

VANESSA LEITE MOTA

DIREITO FUNDAMENTAL AO CUMPRIMENTO DIGNO DA PENA: A
TENSÃO ENTRE O ESTADO PUNITIVO E O ESTADO
RESSOCIALIZADOR

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Prof. Titular Ignacio Poveda Velasco

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2020

VANESSA LEITE MOTA

DIREITO FUNDAMENTAL AO CUMPRIMENTO DIGNO DA PENA: A
TENSÃO ENTRE O ESTADO PUNITIVO E O ESTADO
RESSOCIALIZADOR

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Interinstitucional em Direito do Estado da Universidade de São Paulo e Centro Universitário CIESA para obtenção do título de Mestre.
Orientador: Prof. Titular Ignácio Poveda Velasco
Nível: Mestrado

SÃO PAULO
2020

AUTORIZO A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Assinatura: _____ Data ___/___/___

Catálogo na Publicação (CIP)
Biblioteca da Faculdade de Direito da USP
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

MOTA, VANESSA LEITE MOTA

DIREITO FUNDAMENTAL AO CUMPRIMENTO DIGNO DA PENA: A TENSÃO ENTRE O ESTADO PUNITIVO E O ESTADO RESSOCIALIZADOR ; VANESSA LEITE MOTA ; orientador Prof. Dr. Ignácio Poveda Velasco POVEDA -- São Paulo, 2020.
149

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. DIREITO FUNDAMENTAL . 2. DIREITO FUNDAMENTAL AO CUMPRIMENTO DIGNO DA PENA DE PRISÃO. 3. DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA. 4. TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. I. POVEDA, Prof. Dr. Ignácio Poveda Velasco, orient. II. Título.

Nome: Vanessa Leite Mota

Titulo: Direito Fundamental ao cumprimento digno da pena: a tensão entre o estado punitivo e o estado ressocializador.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre.

Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Edson (Maurício) e Maria Celina (Bentinha), pelos bons exemplos.

Para Thiago, meu esposo, pelo incentivo constante, paciência, compreensão e companheirismo.

A minha cunhada Vanessa Fernandes, pelo auxílio na revisão dos textos.

AGRADECIMENTO

Agradeço à Deus, por conduzir minha vida segundo a vontade Dele e me permitir realizar este sonho.

Agradeço ao Professor Ignácio Poveda Velasco, por me aceitar como sua orientanda e pelas valiosas contribuições ao longo desta jornada.

Agradeço também a todos aqueles que contribuíram com sugestões e soluções, em especial o colega Igor Campagnolli, pelo apoio e incentivo.

"art. 5. Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

art. 8. Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. "1(Declaração Universal dos Direitos Humanos")

¹ *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20/08/2018

MOTA, Vanessa Leite. *Direito Fundamental ao cumprimento digno da pena: a tensão entre o estado punitivo e o estado ressocializador*. 2020. 149 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

Visando a evitar o excesso de intervenção do Estado na vida do cidadão e buscando garantir que os entes públicos envidassem os esforços necessários à implementação de políticas que garantissem a todos uma vida digna, a Constituição Federal de 1988 enumerou uma infinidade de direitos fundamentais. Dentre esses direitos estão aqueles relacionados à segurança pública, previsto de forma genérica no caput, do art. 5º, e de forma específica no art. 144, desse diploma; e os direitos da pessoa presa, esses previstos, em sua quase totalidade, nos incisos do art. 5º, da Carta Constitucional. À exceção do caput do art. 5º, que a doutrina entendeu se tratar de direito de primeira geração e que por isso exigem uma conduta passiva do Estado, todos os outros direitos fundamentais relacionados à segurança pública e à pessoa presa devem ser classificados como de segunda e terceira geração, exigindo, assim, uma ação ativa do órgão público, no sentido de garantir seu efetivo exercício pelo cidadão. Dada a deficiência das políticas públicas voltadas a alguns desses direitos, e a total ausência dessas políticas com relação a outros, o sistema de segurança pública e o sistema prisional entraram em colapso. Ao mesmo tempo em que a violência cresceu em um padrão geométrico, poucas foram as vagas criadas nos presídios do país, havendo um déficit assustador entre estas e o número de presos. Esse número se torna ainda mais assustador, se considerados os mandados de prisão que aguardam cumprimento. A falta de vagas e a superlotação das unidades prisionais não são os únicos problemas a atormentar os juízos de execuções penais. A grande maioria dos presídios hoje em funcionamento não dispõe de condições mínimas de segurança e higiene, sendo de fácil constatação a violação da quase totalidade dos direitos garantidos aos encarcerados na Constituição Federal e na Lei de Execuções Penais. Em lado oposto, a sociedade, que se vê refém da violência e do crime organizado, cobra do Executivo, do Legislativo e do Judiciário uma ação mais firme, que garanta o encarceramento daqueles que incorrerem no ilícito penal. No meio de todo esse caos nasce um dilema que atormenta Magistrados das Varas Criminais e da Execução Penal: na

tensão entre o direito da sociedade à segurança pública e o direito do preso ao cumprimento digno da pena, o que deve prevalecer? Até que sobrevenham políticas públicas que diminuam a violência e permitam a efetiva implementação daquilo que é garantido na LEP, há como conciliar esses direitos conflitantes? Deve o Magistrado fechar os olhos para esse total descumprimento dos direitos fundamentais da pessoa presa, mantendo o encarceramento e garantindo a paz social, ou deve ele reconhecer esse estado de completa inconstitucionalidade, pondo em liberdade aqueles que se encontram recolhidos em condições subumanas? É aqui que reside o objeto desse estudo: analisar os direitos fundamentais da sociedade à segurança pública e do preso ao cumprimento digno da pena, buscando uma solução, a curto prazo, para esse conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Segurança Pública. Dignidade Preso. Ponderação.

MOTA, Vanessa Leite. *Fundamental right to a dignified sentence: the tension between the punitive state and the re-socializing state*. 2020. 149 f. Master's Degree - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

Aiming to avoid over-intervention by the State in the citizen life, and seeking to ensure that public entities avoided the necessary efforts in the implementation of policies that guarantee a dignified life the Federal Constitution of 1988 enumerated a multitude of fundamental rights. Among these rights are those related to public security generically provided in the caput, art. 5, and specified in art. 144, of that diploma; and the rights of the arrested person, those foreseen, in their almost totality, in the subsections of art. 5th, of the constitutional letter. The exception of the caput of art. 5, that the doctrine understood it is a first generation right, to demand a passive conduct of the State these rights should be classified as second and third generation, thus requiring active action by the public agency in order to guarantee the effective exercise by the citizen. Given the deficiency of public policies in relation a serie of them, and the total essence of these, with respect to others, the system public security system and the prison system collapsed. At the same time that the violence grew, in a geometric pattern few were the vacancies created in the prisons of the country, creating, with this, a deficit between the number of places / prisoners. This number becomes even more frightening if one considers the arrest warrants awaiting enforcement. The lack of vacancies and overcrowding of prison units is not the only problem that criminal executions judgments. The vast majority of existing prisons do not have minimum conditions of safety and hygiene and it is easy to verify the violation of almost all the rights guaranteed to the prisoner in the Federal Constitution and the Law on Criminal Executions. On the opposite side, the society, which is hostage to violence and organized crime, charges the Executive of the Legislative and Judiciary with a firmer action, which guarantees the incarceration of the person who incurs the criminal offense. In the midst of all this chaos there arises a dilemma that torments Magistrates who work in criminal courts and criminal execution. In the tension between society's right to public safety and the prisoner's right to accomplish a deprivation of liberty in a dignified manner, what should prevail? Until public policies that reduce the violence takes place that allow the effective implementation of the

rights guaranteed in the LEP, which rights should prevail? Should the Magistrate close his eyes to this total non-compliance with the fundamental rights of the prisoner, maintaining incarceration and guaranteeing social peace, or should he acknowledge this state of complete unconstitutionality, releasing those who find themselves in this situation of penury? This is where the object of this study resides. Analyze the fundamental rights of society the public security and the prisoner to the fulfillment worthy of the penalty, seeking a short-term solution to this conflict.

KEYWORDS: Fundamental rights. Public security. Dignity Arrested. Weighting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO NO BRASIL: VISÃO HISTÓRICA	22
1.1. Do Livro V das Ordenações Filipinas ao Código Criminal do Império	23
1.2 As ideias humanitárias de Beccaria e sua influência no direito penal brasileiro	32
1.3. O Direito Penal nas Constituições Brasileiras	34
CAPÍTULO 2 ESTADO PUNITIVO E ESTADO RESSOCIALIZADOR	40
2.1 Direito Fundamental à segurança pública	44
2.1.2 Princípios Constitucionais inerentes à segurança pública	50
2.1.3 O sistema prisional como integrante da segurança pública e seu financiamento	53
2.2 Políticas de Prevenção e ressocialização	59
2.2.1 Restrição da Liberdade, Suspensão Condicional do Processo e Regime de Penas Alternativas	62
2.2.1.1 Suspensão condicional da pena	65
2.2.1.2 Das penas alternativas	68
2.2.2 Cautelares diversas da prisão, audiência de custódia e Juízo de Garantias	74
2.2.3 Justiça restaurativa e direito penal	83
CAPÍTULO 3 JUDICIALIZAÇÃO DO PROBLEMA CARCERÁRIO	89
3.1 Garantismo Judicial e Ativismo Judicial	97
3.2 Estudo de caso: Julgamentos da ADPF 347 e dos Recursos Extraordinários n. 580252, n. 641320 e n. 592.581 pelo STF.....	98
3.2.1 Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 347	99
3.2.2 Recurso Extraordinário n. 580252	106
3.2.3 Recurso Extraordinário n. 641.320	112
3.2.4 Recurso Extraordinário n. 592581	116

CAPÍTULO 4. PONDERAÇÃO DOS VALORES “DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA E DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA PRESA”, A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY	118
4.1 A Lei da Colisão de Robert Alexy aplicada ao conflito direito à segurança pública e direito ao cumprimento digno da pena	122
CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a discussão sobre a violência e o caos instalado no sistema prisional do Brasil vem tomando espaço no meio acadêmico e nos veículos de comunicação. Há quem defenda que parte do problema deve ser imputado à política de encarceramento, que domina o Judiciário nacional. Fala-se que os juízes do país prendem muito e prendem mal. São apontados numerosos casos nos quais não haveria a mínima necessidade de privação de liberdade, quer em caráter cautelar, quer em caráter definitivo, e, ainda assim, os infratores da norma penal estariam sendo colocados no cárcere.

A gravidade desse quadro exige a ampliação do debate. Ao tratar de segurança pública e política criminal não se pode limitar a questão ao mero ataque ao Poder Judiciário. É necessário que se tenha em mente a situação econômica do país e a deficiência das políticas públicas voltadas à educação e ao emprego, pois é certo que a falta de investimento nessas áreas levará ao crescimento da violência e ao conseqüente aumento da população carcerária.

Ainda que considerada a sua importância e dada a devida prioridade na implementação, essas políticas demandam tempo, de modo que, até que sejam colhidos os primeiros resultados, o Estado se vê dividido entre garantir a segurança pública, tirando do convívio social aquele que praticam um crime; e o dever de garantir ao encarcerado o cumprimento digno da pena e a ressocialização. Deve-se perguntar aqui se, no atual estado de calamidade em que se encontram os presídios do país, há como conciliar o direito à segurança pública e o direito à dignidade dos encarcerados.

A simples leitura da legislação substantiva penal permite concluir que é imposta pena de privação de liberdade à grande maioria dos delitos descritos no ordenamento jurídico pátrio. Dessa afirmativa surgem as questões que compõem a primeira parte desse trabalho: Qual a origem histórica da imposição da privação de liberdade como principal sanção a ser imposta no sistema penal brasileiro? Quando e onde surge a chamada polícia de encarceramento, hoje vigente no ordenamento jurídico brasileiro?

Dadas as condições precárias da quase totalidade dos estabelecimentos penais do país, a pena de prisão passou a ser considerada cruel e degradante; não em razão da privação de liberdade em si, mas em razão da completa violação dos

direitos fundamentais no interior das penitenciárias. Conforme se verá, os primeiros diplomas criminais aplicados no território brasileiro foram aqueles vigentes em Portugal: Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1595). Esse último diploma, que compilava toda a legislação extravagante anterior, entrou em vigor em 1603 e trouxe, em seu Livro V, a base de toda a política criminal a ser imposta nos territórios dominados pela Coroa Portuguesa. Conhecido por sua extrema crueldade, nesse diploma era comum a imputação de castigos físicos ou da pena de morte.

Ainda na vigência das Ordenações Filipinas, e antes da Proclamação da Independência do Brasil, teve início, na Europa, o chamado movimento Iluminista. Essa corrente de pensamento dominou o século XVIII, tornando-o conhecido como “o século das luzes”. Defendia-se o uso da razão, a liberdade política e a liberdade econômica.

Dentre os principais nomes do iluminismo, Cesare Beccaria deve ser apontado como aquele de maior relevo na mudança da política criminal então vigente. Seu pensamento humanitário é considerado a base do Direito Penal Moderno, sendo ele um dos primeiros a contestar a imposição de castigos físicos, tanto como pena, quanto como meio de obtenção de prova. Sua principal obra, “Dos Delitos e das Penas”, teve papel fundamental na elaboração do Código Criminal do Império, que, em 1830, veio a substituir o Livro V, das Ordenações Filipinas, trazendo uma nova face para o sistema penal do Brasil pós-independência.

Baseado no pensamento iluminista, esse novo diploma penal excluiu, quase que por completo, as penas de castigo físico, substituindo-as pela pena de prisão. Essa deve ser considerada a origem da hoje chamada política de encarceramento. Ao tornar a pena privativa de liberdade a principal espécie de reprimenda a ser imposta àqueles que violavam as leis penais, não se pretendia encher cadeias, transformando-as em masmorras. O que se buscava era a eliminação do castigo físico, tendo a privação de liberdade se apresentado como a solução mais satisfatória. Em sua origem, a pena de prisão não pode ser tida como cruel, pois foi ela implementada para preservar a dignidade humana, em substituição ao regime até então vigente.

Ao longo dos séculos a pena de prisão, massificada no direito penal com o objetivo de dar tratamento digno aos que violavam aquela norma, veio a se

transformar na completa e total violação dos direitos fundamentais. O estado de abandono e a superlotação das unidades prisionais fizeram com que a execução das reprimendas ultrapassasse a privação de liberdade, ficando o condenado e o preso provisório privados de outros direitos não atingidos pela sentença penal condenatória ou pela prisão cautelar. O aumento da violência só vem agravando esse quadro, sendo crescente o número de flagrantes e outros procedimentos criminais.

Sentindo-se acuada pela violência, a população exige, de seus representantes, a edição de normas penais cada vez mais severas. Idêntico comportamento é exigido do Judiciário, sendo comum o apelo popular para que, a cada novo caso de violência, os juízes imponham penas mais elevadas. Esse será o objeto de estudo do segundo capítulo desse trabalho: o direito à segurança pública, aqui classificado como direito fundamental de terceira geração.

É dever do Estado, por meio de seus poderes constituídos, garantir a todo cidadão a segurança pública indispensável ao exercício de outros direitos e à paz social. O poder público deve adotar todas as medidas necessárias para impedir que os direitos à vida, ao patrimônio, à liberdade sexual, entre outros, venham a ser violados. A partir disso, levanta-se o seguinte questionamento: o aumento das penas impostas nos processos criminais e a edição de leis cada vez mais severas seriam suficientes para diminuir a violência? Essas medidas vêm se mostrando ineficazes, sendo cada vez mais óbvia a necessidade de adoção de políticas públicas de acesso à educação e à oportunidade de emprego, que venham retirar os jovens das mãos do crime organizado.

Importa destacar que, embora seja dever do Estado atuar na segurança pública, essa atuação não é ilimitada. Ao fazê-lo, as polícias e demais órgãos encarregados desse serviço devem observar os princípios constitucionais correlacionados, pois essa intervenção na vida do particular não deve ultrapassar o mínimo necessário à garantia da ordem pública.

Na tentativa de conciliar o direito constitucional à segurança pública, o direito ao cumprimento da pena em condições dignas e a imposição de reprimendas proporcionais ao mal causado pelo crime, passou-se a questionar a postura do Poder Executivo. Sem maior esforço, constatou-se que, como responsável pela segurança pública e pela administração do sistema prisional, os governos Federal e

Estaduais deixaram de investir na construção de novos presídios e na manutenção daqueles já existentes. Do mesmo modo, foi constatada uma total omissão desses na implementação de políticas públicas voltadas aos egressos do sistema prisional; o que justificaria os elevados índices de reincidência.

O financiamento do sistema penitenciário brasileiro provém, quase que exclusivamente, do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN - não cabendo se falar, por isso, em realocação desses valores para outras rubricas orçamentárias essenciais, como saúde e educação, por exemplo. Após o massacre ocorrido nas prisões dos Estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, no início de 2017, sobreveio a informação de que o Governo Federal vinha, há anos, contingenciando as verbas do FUNPEN, com o único objetivo de criar superávit primário e passar ao mercado internacional a falsa imagem de estabilidade econômica. Por motivos de política econômica não foram criadas novas vagas no sistema, nem se procedeu à conservação daquelas já existentes, permitindo-se assim que as penitenciárias fossem entregues ao crime organizado.

A ausência de investimento agravou em muito a crise do sistema carcerário do país, fazendo com que se multiplicassem, por todos os Estados, demandas judiciais nas quais era exigida a construção e/ou a imediata reforma dos presídios já existentes. Citados, corriqueiramente os Estados vêm a juízo levantando o “Princípio da Reserva do Possível”. Segundo essa tese defensiva, a ser analisado no capítulo III, o ente público não poderia ser compelido a fazer além do que permitiria seu orçamento. Em contrapartida, os autores dessas demandas sustentam que tal argumento defensivo não é válido quando discutido direito fundamental. Nessas hipóteses, deveria prevalecer a tese do “mínimo existencial”, garantindo-se aos presos provisórios e condenados o indispensável a uma existência digna. Na mesma esteira, os autores dessas demandas sustentam que a pena privativa de liberdade deveria cercear apenas o direito de ir e vir não podendo a reprimenda cercear outros direitos como a saúde, a educação, etc. Vê-se, portanto, que o conflito entre os direitos fundamentais da sociedade à segurança pública e da pessoa presa à dignidade, alcança a esfera orçamentária. Atingida a esfera orçamentária, indispensável será tratar aqui das decisões judiciais que determinam a construção de presídios, frente ao orçamento público e ao princípio da separação dos poderes.

Permanecendo a ausência de políticas públicas voltadas à população carcerária, o Legislativo, os Tribunais Superiores, e, posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça, vêm criando instrumentos que visam a diminuição do número de prisões. Vem daí a imposição das penas restritivas de direito, como uma das alternativas à pena de prisão.

Outro instrumento, com idêntico objetivo, que merecerá destaque nesse estudo, é a Lei n. 12.403/2011. Por meio dessa norma, o Legislativo procedeu à reforma do Código Processo Penal, introduzindo as chamadas medidas cautelares diversas da prisão. De acordo com essa norma, nos casos em que não se fizer necessário o encarceramento cautelar, e estando ausentes os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, caberia ou Magistrado conceder a liberdade provisória, associada ou não às cautelares diversas da prisão.

Na prática, nos casos em que não é necessária a segregação cautelar, mas se mostre aconselhável a manutenção de um mínimo de controle do Estado sobre a vida do indivíduo, é concedida a liberdade provisória, associada a uma ou mais das cautelares descritas no art. 319, do Código Processo Penal. Sem sombra de dúvida, a maior inovação desse dispositivo foi a introdução do monitoramento eletrônico, pois, através de tornozeleiras controladas via satélite, tornou-se possível cercear parte do direito de ir e vir, sem que o investigado venha a ocupar vaga no sistema prisional.

Também, como forma de solucionar ou ao menos minimizar a crise no sistema prisional, após decisão do Supremo Tribunal Federal e edição de resolução específica pelo Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais passaram a implementar as audiências de custódia. A obrigatoriedade de apresentação dos presos a um Juiz, no prazo de 24 horas após efetivada a prisão, decorreu da ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica. Datado de 22 de novembro de 1969, e tendo entrado em vigor em 1978, essa convenção é tida como a base da proteção dos direitos humanos nos países a ela vinculados.

Em decorrência da condenação de ocupantes de altos cargos públicos e da prisão dos maiores nomes do setor da construção civil do país, o STF, por alguns anos, modificou entendimento anterior, passando a admitir o início da execução, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por esse curto período, a Suprema Corte deu nova interpretação ao princípio constitucional da

presunção de inocência. Enquanto perdurou, esse entendimento - recentemente modificado - também contribuiu para o aumento do número de encarcerados.

Essa constante mudança de entendimento do STF quando da interpretação das normas constitucionais, traz novas indagações: Deve o Judiciário pautar seus julgamentos no anseio popular e no clamor público? Pode o Magistrado, sob a justificativa de atender a vontade popular, se afastar da interpretação literal da norma?

Visando a conciliar a aplicação da lei à vontade popular, à garantia do direito à segurança pública e a crise no sistema carcerário, são implementados mecanismos que garantem a efetividade das prisões e mecanismos que buscam outras alternativas, que não o encarceramento.

A gravidade da crise carcerária e sua amplitude, abrangendo a totalidade dos Estados do país, fizeram com que o tema fosse levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Por meio ADPF n.347, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL - pleiteou, junto à Suprema Corte, fosse declarado o Estado de Coisas Inconstitucionais dos presídios brasileiros. Essa tese, originária nos Tribunais colombianos, é aplicada aos casos em que há a completa violação dos direitos fundamentais, em razão da omissão de vários entes federativos. Quando do julgamento dessa demanda, o STF reconheceu que os presídios do país não vinham cumprindo seu papel ressocializador. Ao contrário, como bem disse Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, os presídios do Brasil são verdadeiras “masmorras medievais”, havendo no interior deles a violação da quase totalidade dos direitos fundamentais.

Ainda nessa mesma decisão, a Suprema Corte proibiu o contingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, determinando que fossem os valores ali depositados aplicados na construção de novos presídios e na melhoria daqueles já existentes. Quanto ao Judiciário, foi determinada a realização de mutirões carcerários; além da implementação, em todo o território nacional, das audiências de custódia, o que deveria ocorrer no prazo máximo de 90 dias, a contar daquela sessão de julgamento.

Embora tenha representado um grande avanço, essa decisão do STF não foi capaz de impor mudanças no sistema carcerário. Os problemas encontrados naquela ocasião ainda persistem, havendo casos em que o drama só veio a se

agravar. O fato é que ainda hoje os presos condenado e provisório não têm respeitados os direitos mínimos garantidos na Carta Constitucional. As atuais condições de cumprimento de pena permitem dizer que nem mesmo a vedação da tortura tem sido observada. No interior da quase totalidade dos presídios do Brasil não há acesso à saúde, ao trabalho ou à assistência jurídica. Casos há em que até mesmo a oferta de alimentos é precária. Do mesmo modo, a grande maioria dos encarcerados não tem acesso a produtos de higiene pessoal ou à educação.

Em não havendo solução para esses problemas a curto ou a médio prazo, o STF continua tentando minimizar esse drama por meio de construções jurisprudenciais; algumas acolhidas pela maioria dos Ministros e outras rejeitadas. Sobre esses *decisums*, merece destaque o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, nos autos do Recurso Extraordinário n. 580252, que discutia a responsabilidade civil do Estado, pelos danos morais decorrentes da superlotação dos presídios. Nesse julgado, o eminente Ministro defendeu a aplicação da remição - legalmente prevista em favor dos presos que trabalham ou estudam - às populações carcerárias de Unidades Prisionais onde fosse reconhecida a superlotação e a violação dos direitos fundamentais. Para ele, declarada a violação desses direitos básicos, a cada três dias em que o encarcerado fosse mantido nessas condições, deveria ser reduzido um dia da reprimenda imposta. Dada a ausência de amparo legal, essa tese acabou não sendo acolhida pela Corte, devendo, porém, ser analisada nesse trabalho.

Outro julgado de larga importância para o tema aqui tratado, diz respeito à colocação dos condenados em regime prisional menos gravoso, quando da inexistência de estabelecimento ou de vaga, no regime indicado na sentença ou na decisão que concedeu a progressão de regime. Quando do julgamento do Recurso Extraordinário 641.320, decidiu o STF que, nesses casos, o apenado teria direito subjetivo a colocação em regime menos gravoso do que aquele estabelecido na decisão judicial; sendo ilegal sua manutenção em regime mais severo, enquanto se aguardasse vaga no regime adequado. Desse modo, na inexistência de vaga no regime aberto, deverá o condenado ser colocado em prisão domiciliar, e na inexistência de vaga no regime semiaberto, o condenado fará jus a sua colocação no regime aberto. Tamanha foi a reiteração desse entendimento na Suprema Corte, que a matéria foi objeto da Súmula Vinculante 56.

Todas essas decisões, de impacto imediato na execução penal, serão analisadas no capítulo III.

Como parte final desse estudo, no Capítulo IV, cuidar-se-á da necessidade de reconhecimento, pela sociedade como um todo, e principalmente pelos operadores do direito, do drama vivido na segurança pública e no interior dos presídios do Brasil. Só a partir dessa consciência será possível se pensar em soluções para esse quadro. Há que se reconhecer ainda que a questão prisional não diz respeito apenas ao Estado, aos encarcerados e a seus familiares. Trata-se de um problema de toda a população, pois, cedo ou tarde, aquele que hoje se encontra com a liberdade cerceada, voltará ao convívio social. São necessários investimentos urgentes no sistema prisional, em políticas públicas de educação e oportunidade de emprego; tudo como forma de se reduzir a violência, impedir o crescimento da população carcerária e proporcionar a devida ressocialização daqueles que já se encontram ou ingressarão no sistema prisional.

Enquanto não implementadas as políticas acima citadas, cabe ao Executivo, ao Legislativo e, principalmente, ao Judiciário, buscar uma forma de ponderação entre o direito fundamental à segurança pública, garantido na Carta Constitucional a toda a sociedade; e o direito do preso ao cumprimento digno da pena, com a devida ressocialização.

É preciso esclarecer que, embora positivados na Constituição Federal de 1988, tanto o direito fundamental à segurança pública, quanto os direitos fundamentais à ressocialização e ao cumprimento digno da pena, são normas principiológicas, de modo que é possível a ponderação, a conciliação entre elas, sem que um ou outro deixe de ser aplicado ou venha a ser excluído do ordenamento jurídico.

Além do direito fundamental à liberdade, classificado pela grande maioria dos autores como direito de primeira geração, esse trabalho irá tratar dos direitos de segunda geração, sobretudo o direito à saúde, à educação e ao trabalho. Enquanto aqueles exigem apenas a não intervenção do Estado para seu exercício, esses exigem uma atuação ativa do poder público; sendo seu papel precípua adotar todas as medidas necessárias a sua efetiva implementação. Cabe ao Estado criar políticas públicas que garantam esses direitos fundamentais de segunda geração. Ocorre que, em certos casos, haverá um conflito entre alguns desses direitos fundamentais,

ou entre o exercício de um ou diversos direitos fundamentais por vários indivíduos. Surge daí o objeto principal desse trabalho: buscar uma solução para o conflito hoje existente entre o direito fundamental à segurança pública e o direito fundamental da pessoa presa, aqui incluído o direito à ressocialização.

Frente a esse conflito, há que se estabelecer critérios objetivos que deverão ser aplicados quando da análise do caso concreto. Afinal, quando confrontados o direito do cidadão à segurança pública e o direito do infrator de cumprir pena em condição digna, o que deve prevalecer? Deve o Estado-Juiz ignorar a violação dos direitos fundamentais do preso, mantendo a privação de liberdade, em prol da segurança pública e do bem comum? Ou deve ele reconhecer a violação desses direitos fundamentais no interior dos presídios, colocando o infrator em liberdade, em prejuízo da paz social? Responder a essas questões implicará na solução de um dos maiores dramas que hoje assola o Direito Penal pátrio.

CAPÍTULO 1 - A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO NO BRASIL: VISÃO HISTÓRICA

Para que se possa compreender o atual estado caótico as unidades prisionais do Brasil e o elevado número de prisões, é necessário entender em que circunstância e por que razão a pena privativa de liberdade passou a ser a reprimenda imposta a quase totalidade dos delitos previstos na legislação substantiva penal. Ao se tratar de tema tão relevante, não se pode manter um discurso raso, atribuindo a responsabilidade a um ou outro poder. Mais do que se apontar um culpado, é vital saber se aquelas circunstâncias que levaram o legislador a impor a pena de prisão a uma determinada conduta criminosa ainda subsistem e se tal reprimenda vem cumprindo o papel desejado.

Em um breve comparativo entre as penas impostas na época do Brasil colônia, aqueles que vigoraram no Império e aquelas aplicáveis nos dias atuais, constata-se que, com o passar dos anos, as reprimendas de castigo físico e da pena morte foram gradativamente substituídas pela privação da liberdade. Importa saber quais os fundamentos dessa mudança, para que então se venha a saber se a pena de prisão vem atingindo o fim para o qual foi criada.

Conforme se verá nessa breve análise histórica, a substituição dos castigos físicos pela pena de prisão não se deu de forma célere, tratando-se de processo gradual, diretamente influenciado pela mudança no comportamento da sociedade, pelo nascimento de novas correntes filosóficas e pelas mudanças políticas. As Cartas Constitucionais do país retrataram com clareza essa mudança no comportamento social, refletida diretamente no direito penal e nas normas que disciplinavam a execução das penas.

Só depois de compreendidos os motivos que fizeram da pena de prisão a principal reprimenda imposta no direito brasileiro, poder-se-á dizer se essa medida ainda é eficaz, ou se é necessária uma nova mudança na base do Direito Penal pátrio.

1.1 DO LIVRO V DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS AO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

Quando do Brasil Colônia, o sistema jurídico aqui vigente era o mesmo aplicado em Portugal. Essas normas, conhecidas como Ordenações, eram batizadas com o nome do monarca que ocupava o trono português, no momento de sua edição; isso por ser ele quem determinava a elaboração desses diplomas.

Nos idos do descobrimento, as relações jurídicas foram pautadas pelo disposto nas Ordenações Afonsinas (1446). Esse diploma é considerado a primeira compilação da legislação à época em vigor. Já em 1521, esse primeiro compêndio veio a ser substituído pelas Ordenações Manuelinas. Datadas do reinado de D. Manoel I, esse código serviu de atualização das Ordenações Afonsinas, sendo somada a esta toda a legislação extravagante.

Outorgadas em 1603, as Ordenações Filipinas foram o terceiro e último diploma português a vigorar no Brasil. Editado no reinado de Felipe II, era composto pelas Ordenações Manuelinas, somada a legislação extravagante editada após o fim do reinado de D. Manoel I.

Como traço comum, as três ordenações reais citadas não buscaram inovar no ordenamento jurídico, tratando-se da compilação da legislação esparsa então vigente, de modo que a Ordenação seguinte era a atualização daquela editada anteriormente, com a adição das normas posteriores. Dentro todo o conjunto de normas portuguesas aplicadas no Brasil, as Ordenações Filipinas são as mais estudadas, não por representar um grande avanço em relação às anteriores; mas por se tratar de uma coletânea atualizada das Ordenações que a precederam.

Em seu Livro V, as Ordenações Filipinas traziam toda a norma penal aplicada àquela época. Vigorando no Brasil por quase 230 anos, a parte substantiva desse diploma penal só deixou de ser aplicada por ocasião da entrada em vigor do Código Criminal do Império. Quanto à sua parte processual, foram elas substituídas pelo Código de Processo Criminal do Império, em 1830.

Não se tratava, até então, de uma legislação clara, escrita nos moldes dos Códigos hoje conhecidos, com divisão em artigos, descrição do tipo e da pena a ser imposta. Eram normas confusas, com longa descrição das condutas criminosas e com grande influência da religião.

Nesses antigos ordenamentos raramente era prevista a prisão como pena, sendo comum a permanência do condenado no cárcere, até que fosse executada a reprimenda imposta em sentença. Na grande maioria dos crimes era evidente a diferença entre as penas impostas aqueles que integravam as mais altas camadas da sociedade e aquelas impostas a quem não gozava dessa mesma condição. Havia casos, porém, em que a pena aplicada a um e outro eram idênticas.

Qualquer que arrenegar, descrer, ou pezar de Deos, ou de sua Santa Fé, ou disses outras blasfemias, pola primeira vez, sendo Fidalgo, pague vinte cruzados, e seja degredado humanno para a Africa. E sendo Cavalleiro, ou Scudeiro, pague quatro mil reis, e seja degradado humanno para Africa. E se fôr peão, dem-lhe trinta açoutes ao pé do Pelo urinho com baraço e pregão, e pague dous mil reis. E póla segunda vez, todos os sobreditos incorram nas mesmas penas em dobro. E póla terceira vez, além da pena pecuniaria, sejam degradados trezannos para Africa, e se fôr peão, para as Galés. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5.^o, tit. II)¹

Em não raros casos as condutas criminosas eram punidas com a morte, pena essa quase sempre acompanhada de uma série de atos cruéis, como o esquartejamento. Não havia qualquer proporção entre a natureza do delito e a pena a ser aplicada, sendo imposta a pena de morte tanto para os crimes de falso testemunho e adultério; como para o estupro ou homicídio, por exemplo. Tão cruéis eram as penas previstas no Livro V, das Ordenações Filipinas, que essa norma passou a ser denominada do *Libris Terribilis*.

Apenas a título de exemplo, cabe citar algumas das reprimendas impostas no livro V, das Ordenações Filipinas: morte natural - normalmente executada por meio de enforcamento; morte natural para sempre - o condenado era enforcado, devendo seu corpo permanecer pendurado até que caísse no chão, o que geralmente ocorria quando já se encontrada em estado de putrefação, não tendo o condenado direito ao sepultamento; morte cruel - após enforcado, o condenado era esquartejado, com a exposição das partes de seu corpo em via pública. Em regra, esse último tipo de pena vinha acompanhada do confisco de bens e da declaração de infâmia de seus descendentes, até sua quarta geração.

Havia ainda a morte pelo fogo - como forma de se garantir que não restasse qualquer vestígio do corpo do condenado, de modo que seu corpo permanecia nas

¹ Portugal. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle>>. Acesso em: 29. Dez. 2017

chamas até que fosse reduzido a pó; os açoites - castigo físico; a pena de galés - o condenado era acorrentado e obrigado ao trabalho forçado no serviço público ou nos porões das embarcações, onde deveria remar; pena de degredo perpétuo ou temporário - os condenados eram obrigados a sair da Comarca, da Vila ou mesmo do território da Colônia, de forma definitiva ou por certo tempo; a mutilação de partes do corpo, geralmente mãos e/ou língua; pena de queimaduras com ferro em brasa; pena de confisco de bens - reprimenda essa que acabava por atingir os herdeiros, pois os mesmo eram privados de herdar os bens do condenado; e prisão até a nossa mercê - que significava uma pena de prisão por tempo indeterminado, ficando seu fim a depender da conveniência do julgador.

Era possível ainda a imposição de penas de caráter moral, com a humilhação do condenado perante a sociedade. Um exemplo desse tipo de pena, era a imposta ao cônjuge complacente com o adultério ou daquele que alcovitava tal prática. No primeiro caso o condenado era obrigado a ostentar sobre a cabeça um chapéu com um par de chifres; enquanto que na segunda hipótese lhe era imposta a obrigação de levar sobre a cabeça um adereço de cor vermelha.

Sem sombra de dúvida a mais famosa condenação ocorrida quando da vigência do Livro V das Ordenações Filipinas foi à imposta a Joaquim José da Silva Xavier, personagem esse que entrou para história com o inconfidente Tiradentes.

Depois de sufocado o movimento revolucionário da “Inconfidência Mineira”, teve início, em 1789, o julgamento dos envolvidos, acusados de prática de crime de lesa-majestade. Somente em 1792 a sentença foi tornada pública. Como esperado, a grande maioria dos réus foi condenada a morte, cabendo a alguns poucos a pena de degredo perpétuo na África.

De acordo com a legislação então vigente, somente o soberano poderia substituir a pena de morte por outra reprimenda, benefício esse concedido a quase totalidade dos os condenados, a exceção de Joaquim José da Silva Xavier que, considerado líder do movimento, deveria morrer de forma exemplar, conforme trecho de sentença abaixo:

(...) Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha o Tiradentes, Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas, a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, aonde em lugar mais público dela será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregado em postes pelo caminho de Minas no

sítio da Varginha e das Cebolas, aonde o Réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e a Câmara Real, e a casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infâmia deste abominável Réu (...).²

Em uma única sentença ficou clara toda a barbárie esculpida naquele ordenamento, que não se contentava com morte pura e simples do condenado, impondo-lhe um suplício que servisse para amedrontar todos que dele tomassem conhecimento.

Ainda sobre o julgamento dos inconfidentes, merece destaque o caso de Joaquim Silvério dos Reis. Dado o caráter inquisitorial do ordenamento então vigente e da escassez dos meios investigativos, à confissão era dado elevado valor de prova. Ao lado dela estava a delação, instituto muito comentando nos dias atuais, em razão das inúmeras investigações de desvio de dinheiro público.

De acordo com relatos históricos, falido e endividado, Joaquim Silvério dos Reis teria aceitado o convite para integrar o movimento da Inconfidência Mineira; porém, diante da promessa de perdão de suas dívidas pela Coroa, teria ele decidido por delatar todos os inconfidentes. A delação operada por Silvério dos Reis era textualmente prevista no Livro V, Título 6, Parágrafo 12, das Ordenações Filipinas, que dispunha:

“E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar sabe”.³

Além do perdão das dívidas, teria sido prometido ao delator: ouro, a nomeação para o cargo de Tesoureiro, uma mansão para moradia, pensão vitalícia, título de Fidalgo da Casa Real, fardão e hábito da Ordem de Cristo, um encontro em

² A sentença de Tiradentes. Disponível em: <<http://historianet.com.br>>. Acesso em: 23 de dez. 2017

³ Portugal. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/handle>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

Lisboa com o Príncipe Regente Dom João. Não se sabe se tais promessas foram ou não cumpridas, sendo certo, porém, que o inconfidente traidor teve que conviver com essa má fama durante toda a sua vida, fato que o obrigou a fugir para Portugal.

Outro importante julgamento foi aquele ao qual foi submetido Claudio Manoel da Costa. Nesse julgado ficou demonstrado o caráter impessoal das penas impostas nas Ordenações Filipinas. Em que pesem as inúmeras controvérsias, prevalece a tese de que esse condenado teria cometido o suicídio na prisão, enquanto aguardava seu julgamento. Embora sua morte tenha se dado antes de sua condenação, aos seus descendentes foi imposta a pena de infâmia, o que levou ao confisco dos bens do falecido. Como se vê, um único evento histórico trouxe à tona toda a crueldade presente na legislação penal vigente no período colonial.

Em seu texto a Constituição do Império do Brasil, datada de 1824, previa a publicação de um Código Civil e de um Código Criminal. Os deputados José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos apresentaram projetos do Código Criminal, passando a matéria a ser discutida na Câmara e no Senado; com posterior aprovação do projeto elaborado por esse último.

O Código Criminal possuía 313 artigos, divididos em quatro partes: dos crimes e das penas, dos crimes públicos, dos crimes particulares e dos crimes policiais. Esse diploma tinha como pilar a legalidade e a anterioridade da lei, de modo que não haveria crime sem prévia lei que assim o definisse. Quanto às penas, também foram elas fixadas de forma clara e quase sempre valoradas em patamares máximo, médio e mínimo.

O referenciado Código era disciplinado em duas partes: a geral e a especial. Na parte geral, as normas penais não incriminadoras e classificadas em explicativas, esclarecedoras ou permissivas, consoante trouxessem em seu bojo um esclarecimento sobre a utilização das normas, uma assertiva afirmativa ou negativa sobre a interpretação de determinado instituto ou a previsão de um princípio. Por fim, a permissão de violação de um princípio em condições excepcionais e, na parte especial, os crimes e a cominação das penas. Os bens e interesses jurídicos eram disciplinados em títulos e capítulos, sendo que o primeiro título tratava dos Crimes Contra o Estado que ofendiam o imperador e que se confundiam com a pessoa jurídica do Império. Depois eram disciplinados os crimes referentes à pessoa física.⁴

Nesse novo ordenamento, a pena de morte deixou de ser a regra e passou a ser exceção, sendo quase sempre substituída pela pena de prisão. Os castigos

⁴ TAQUARY. Eneida Orbage de Britto. A Formação do Sistema Penal Brasileiro. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus>>. Data do acesso: 20. jan. 2019)

físicos também foram deixados de lado, tudo em conformidade com o pensamento iluminista. A pena passou a ser aplicada conforme a natureza do crime, não se considerando a qualidade pessoal do criminoso. Esse novo diploma passou a tratar o crime como conduta praticada com ação ou omissão.

Enorme foi o avanço representado pelo Código Criminal de 1830 frente à legislação até então em vigor. Foi prevista a punição da tentativa, com pena menor que aquela imposta ao crime consumado⁵. Era previsto o crime de ameaça, sendo-lhe imposta pena que em muito se assemelhava aquela prevista no Código Penal hoje vigente.

Optou o legislador por excluir o crime culposo, prescrevendo: art. 3º. Não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar.⁶

Em seu art. 10 esse diploma previa os casos de inimputabilidade, cabendo destacar o caso dos menores de 14 anos que, em regra, não eram julgados por prática de crime; salvo se provado que, quando dessa prática, tivessem eles agido com discernimento. Nesses casos, os menores deveriam ser recolhidos as casas de correção, por tempo determinando pelo Juiz. Completados 17 anos, o condenado era posto em liberdade. Quanto aos loucos, em regra não eram eles punidos, ressalvados os casos em que os mesmos apresentassem lapsos de lucidez e fosse o crime praticado em um desses lapsos.

O Código Criminal do Império trazia em seu bojo a descrição de agravantes e atenuantes, havendo certa confusão entre essas e os crimes justificáveis. Comparados à legislação hoje em vigor, os crimes justificáveis se assemelhariam às excludentes de ilicitude, sobretudo aquela descrita no art. 23, II, do CPB – legítima defesa.

A pena passou a ser pessoal, não passando a reprimenda da pessoa do condenado para os seus herdeiros. Os herdeiros só respondiam quando da indenização do dano causado pelo crime, indenização essa limitada ao valor da

⁵ 6. Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho, ou sem elle por vinte annos. Se fôr de banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr de degredo, ou de desterro perpetuo, impôr-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos. Código Criminal do Império. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁶ Portugal. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/handle>>. Acesso em: 29 dez. 2017

herança por eles recebida. Não se tratava de violação a impessoalidade da pena, mas de responsabilidade civil *exdelicto*, sempre limitada ao montante da herança deixada pelo condenado.

Embora ainda prevista em lei, a pena de galés teve sua aplicação limitada, sendo vedada sua imposição a mulheres, aos menores de 21 anos e aos maiores de 60 anos.⁷

Quanto à pena de morte, embora ainda prevista em lei, sua aplicabilidade foi extremamente reduzida, sendo imposta apenas nos casos de insurreição e homicídio, e executada na forca. E mesmo nos crimes de homicídio, quando fosse esse praticado sem agravantes, a pena de morte dava lugar à pena de Gales.⁸

Foi nesse período que se cogitou, pela primeira vez, a importância de o condenado cumprir a pena de prisão próximo ao local a sua residência, isso quando fosse imposta a pena de prisão com trabalho. Nessas hipóteses a pena deveria ser cumprida em prisões públicas, que oferecessem comodidade e segurança, e que estivesse situada na maior proximidade possível do local onde houvesse sido praticado o delito. Esse diploma previa ainda a substituição da pena de prisão com trabalho, pela prisão simples, nos locais onde o trabalho não pudesse ser exercido. Nesses casos, o tempo de pena de prisão fixado em sentença seria acrescido em um sexto.

Data do Código Criminal do Império o início da preocupação do legislador pátrio com as condições de cumprimento da Pena. Em seu art. 179, parágrafo 21,

⁷Art. 45. A pena de galés nunca será imposta:

1º A's mulheres, as quaes quando tiverem commettido crimes, para que esteja estabelecida esta pena, serão condemnadas pelo mesmo tempo a prisão em lugar, e com serviço analogo ao seu sexo.

2º Aos menores de vinte e um annos, e maiores de sessenta, aos quaes se substituirá esta pena pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo.

Quando o condemnado á galés, estando no cumprimento da pena, chegar á idade de sessenta annos, ser-lhe-ha esta substituida pela de prisão com trabalho por outro tanto tempo, quanto ainda lhe faltar para cumprir. . Código Criminal do Império. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>>. Acesso em: 10 dez.2017.

⁸ . Art. 113. Julgar-se-hacommittido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

Penas - Aos cabeças - de morte no gráomaximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.

Art. 192. Matar alguém com qualquer das circumstanciasaggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numerosdous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.

Penas - de morte no gráomaximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

Art. 193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circumstanciasaggravantes. Penas - de galés perpetuas no grão maximo; de prisão com trabalho por doze annos no médio; e por seis no minimo. Portugal. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/handle>>. Acesso em: 29 dez. 2017

esse diploma dispunha que as casas destinadas ao cumprimento da pena de prisão deveriam ser “seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme as circunstâncias e natureza dos seus crimes”.⁹

Além da pena de prisão, o Código Criminal do Império previa a aplicação de pena de banimento, casos nos quais o condenado perdia os direitos de cidadão brasileiro, não podendo voltar ao Brasil. Em regra, essa pena era imposta nos crimes praticados contra o Império. A esse tipo de delito também poderia ser imposta a pena de prisão perpétua, com ou sem trabalho. Havia ainda a pena de degredo, que obrigava o condenado a residir por certo tempo, no lugar indicado na sentença.

Em que pese esse seu caráter humanitário, o Código Criminal de 1830 previa imposição da pena de açoite, a ser aplicada exclusivamente aos escravos. De acordo com esse diploma, caso condenado à reprimenda diversa das penas de morte ou galés, ao escravo seria imposta a pena de açoite, até o máximo de 50 por dia.

O parecer da comissão mista do Senado e da Câmara desejou suprimir a pena de morte devido à inutilidade de sua aplicação, mas ressaltou que no estágio em que se encontrava a população do Brasil, cuja educação primária não era generalizada, sua manutenção era uma triste necessidade. A comissão confiava, portanto, na intervenção do Poder Moderador, para comutar a pena capital quando conviesse.¹⁰

Da detida análise de todas as penas prevista do Código Criminal de 1830 chega-se a conclusão de que, ao substituir as penas de castigos físicos pela pena de prisão, pretendia o legislador adequar o sistema penal ao pensamento humanitário que veio a tona com o iluminismo. Embora muito tenha se discutido no parlamento sobre a manutenção ou não da pena de morte, ainda que aplicada em casos restritos, terminou por ser ela aplicada aos delitos já citados. Só após comprovados alguns erros judiciais, a pena de morte foi devidamente excluída do ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos fundamentos para a manutenção da pena de morte foi a inexistência de casas de correção ou outros estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena de prisão. Também a existência de escravos e a necessidade de subjugar-los

⁹ Portugal. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/handle>>. Acesso em: 29 dez. 2017

¹⁰PESSOA. Gláucio Tomáz de Aquino. Código Criminal do Império. Disponível em <<http://mapa.an.gov.br/index>>. Acesso: 21. Jan. 2019.

pelo medo, justificaram a manutenção da pena de morte no Código Criminal do Império, sendo essa reprimenda considerada a forma mais eficaz de impedir a insurreição ou o início de movimentos abolicionistas.

Embora houvesse sido repudiada por vários deputados, a pena capital foi incluída na redação final do Código devido a dois entendimentos e justificativas a favor de sua inclusão: a certeza de que o Poder Moderador, que podia comutar a pena de morte na pena de galés, o faria sempre que possível, levando em conta o “caráter dócil e pacífico do povo brasileiro; a presença do escravo que, como foi dito, por ser tido como ignorante, indócil e, por isso mesmo, violento, só poderia ser intimidado pela pena capital, forçando-se, desse modo, a inclusão desta punição no diploma legal. [37]. Em suma, o que levou os deputados brasileiros, mesmo adeptos à filosofia liberal e ao discurso humanista, a optarem pela permanência da pena de morte foi uma questão de ordem interna, que poderia ser a qualquer momento abalada pela escravaria, tida por perigosa e ameaça constante ao poder senhorial, e somente a morte, segundo as elites, poderia demovê-la da prática de crimes. Porém, podemos disso inferir um outro aspecto: a manutenção de uma pena no Código Criminal por causa do elemento escravo nos faz perceber o interesse das elites pela manutenção da escravidão e, conseqüentemente, na construção de uma nação independente sem grandes mudanças nas relações de poder, nos privilégios econômicos e na hierarquia social, confirmando, dessa forma, a prevalência da classe proprietária de terra e escravos sobre as demais. Ou seja, novas instituições e um novo arcabouço jurídico, servindo de moderna aparência para antigas tradições.¹¹

Nos raros casos em que era imposta a pena de morte, o condenado poderia clamar pela graça imperial, pedido esse que, se deferido, substituía a pena de morte pela prisão. Em inúmeros casos esse benefício foi concedido, porém, só depois de constatado alguns graves erros judiciais, a graça passou a ser a regra, excluindo-se, ainda que informalmente, a pena de morte do ordenamento.

A partir de 1876 a pena de morte, embora ainda prevista em lei, passou a ser constantemente substituída pela pena de prisão, sempre por determinação do Imperador Dom Pedro II, quando da análise dos pedidos de clamor imperial. Conforme já citado, o deferimento de tais pleitos teve por fundamento inúmeros erros judiciais, levando à morte de réus que, depois de executados, foram reconhecidos como inocentes.

Sem sobra de dúvida o erro de maior repercussão e que teve fundamental importância para nessa mudança de postura imperial, foi aquele conhecido como “O Caso da Fera de Macabu”. Condenado pela chacina de alguns de seus empregados

¹¹ NETO. Flávio de Sá Cavalcanti de Albuquerque. A inclusão da pena de morte no Código Criminal do Império. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 07 Jan. 2018.

e negado pedido de clamor, o fazendeiro Mota Coqueiro foi executado na forca. Após sua execução sobreveio a informação de que não seria ele o mandante de tal crime, mas sim sua esposa, senhora Úrsula das Neves que, naquele momento, já demonstrava sinais de loucura.

Visando evitar o cometimento de novos erros dessa natureza e para conter uma possível revolta popular decorrente da comoção pela execução de um inocente, o Imperador passou a substituir todas as condenações à pena de morte, por pena de prisão. Após a execução de Mota Coqueiro, primeiro homem de posses condenado a morte no Brasil, outras poucas penas de morte foram levadas a cabo, sendo a última delas data de 1876.

Formalmente a pena de morte imposta a civis foi excluída do ordenamento jurídico brasileiro quando da promulgação da primeira Constituição Republicana, em 1891. Foi mantida a possibilidade de imposição da pena de morte aos crimes militares, cometidos em tempos de guerra.

Além das penas de morte, açoite, galés e prisão, com ou sem trabalho, o Código Criminal de 1830 também previa a imposição das penas de banimento, quando o condenado era obrigado a deixar definitivamente o território nacional; de degredo, que implicava na obrigação de o condenado residir em determinado local, durante o tempo determinado na sentença; desterro, que proibia o condenado de acessar determinado local; multa, e suspensão ou perda de emprego.

1.2. AS IDEIAS HUMANITÁRIAS DE BECCARIA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A imposição de penas desumanas e cruéis não era exclusividade do direito vigente no Brasil e em Portugal. Inconformado com a crueldade desses diplomas e influenciado pelo pensamento iluminista, Cesare Beccaria, o Marquês de Beccaria, já na segunda metade do século XVII, passou a se dedicar ao estudo da matéria criminal. Sua obra mais famosa, “Dos Delitos e das Penas”, é considerada a base do Direito Penal moderno.

Logo no início dessa obra o autor defendeu que a opção do homem pela convivência em sociedade implicava em abrir mão de parte de sua liberdade, em favor do bem comum. Esse comportamento serviria de autorização para imposição

de leis pelo governo. Nessa mesma obra o autor defendeu a legalidade das penas, ao prescrever que somente a lei poderia impor penas aos delitos.

A primeira conseqüência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há.¹²

Beccaria combateu duramente a tortura, quer como meio de prova, quer como pena. Para ele, só poderia haver condenação quando houvesse certeza; de modo que, em havendo dúvida, o acusado deveria ser absolvido. Tem-se aqui o princípio da presunção da inocência, hoje garantido no texto constitucional.

Outro ponto de destaque foi a defesa do que hoje se denomina razoável duração do processo. Em sua obra “Dos delitos e das Penas”, Cesare Beccaria defendia que a aplicação da pena deveria ocorrer de forma célere, evitando-se assim fosse criado, no criminoso e na sociedade, o sentimento de impunidade. Ao mesmo tempo em que defendia a celeridade do julgamento, o autor destacava a necessidade de se garantir o direito de defesa ao acusado.

É uma barbaria consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.

(...)

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios de justificar-se, se lhe for possível; é preciso, porém, que esse tempo seja bastante curto para não retardar demais o

¹² BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Ed. Eletrônica. Ed Ridendo Castigat Moraes. P. 10. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/>. Acesso: 20. Dez. 2017.

castigo que deve seguir de perto o crime, se se quiser que o mesmo seja um freio útil contra os celerados.¹³

De todas essas inovações defendidas pelo citado autor, sem sombra de dúvidas, as de maior relevo foram a condenação da tortura e a necessidade de se impor pena proporcional ao delito imputado ao condenado. Tal posicionamento foi amplamente difundido em toda a Europa, chegando aos estudiosos de Portugal e, posteriormente, ao Brasil. E foi a partir dos ensinamentos do Marquês de Beccaria que, tão logo declarada a independência, passou-se a cogitar a criação de uma lei nacional, que viesse a substituir o Livro V das Ordenações Filipinas.

1.3 O DIREITO PENAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ao longo de sua história o Brasil teve um total de sete Constituições, alguma delas ditas outorgadas, pois imposta ao povo, e outras promulgadas, uma vez que elaboradas por representantes de toda a sociedade ou de parcela dela. Cada nova Carta Constitucional refletia o momento histórico e o comportamento social da época de sua publicação, de modo que as mudanças registradas entre uma e outra Constituição eram sentidas em todo o ordenamento jurídico.

Em matéria de Direito Penal, a análise dos inúmeros textos constitucionais permite constatar o gradativo abandono das penas corporais, para a introdução da pena privativa de liberdade. Mais recentemente as normas penais constitucionais vêm refletindo uma nova mudança social, com a adoção de outros tipos de pena, em substituição a privação de liberdade.

A primeira Constituição do Brasil, datada de 25 de março de 1824, foi imposta pelo Imperador Dom Pedro I. O traço mais marcante da Carta Magna de 1824 foi a criação do Poder Moderador, exercido diretamente por Dom Pedro I e colocado em posição superior aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Em matéria penal, cabia ao Imperador, no exercício desse poder, perdoar os autores de crimes ou modificar as penas impostas pelo poder Judiciário. Decorria do exercício dessa função a análise dos pedidos de clamor, para substituição da pena de morte, pela pena de prisão.¹⁴

¹³ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Ed. Eletrônica. Ed Ridendo Castigat Moraes. P. 10. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/>. Acesso: 20. Dez. 2017.

¹⁴ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que

Ao contrário do que defendem alguns historiadores, a Constituição de 1824 não excluiu a pena de morte, tanto é assim que, já em 1830, o Código Criminal do Império trouxe a pena de morte como reprimenda imposta a alguns delitos. O que houve foi a quase que total exclusão dos castigos físicos e a redução dos casos em que os crimes eram punidos com pena capital.

Embora mantida a pena de morte, a visão iluminista adotada pela Constituição de 1824 levou a abolição dos açoites, da tortura e da marca de ferro quente. Também foram proibidas todas as demais penas cruéis. Em seu art. 179, VII, a Carta de 1824 vedava a prisão sem formação de culpa, a exceção dos casos expressos em lei. Também por meio desse dispositivo foi introduzida a obrigatoriedade de apreciação das prisões pelo Juiz, no prazo de vinte e quatro horas, nos locais onde houvesse Juiz, e em um prazo razoável, onde não houvesse Magistrado. Nesse mesmo prazo a Autoridade Judiciária deveria cientificar o réu dos motivos de sua prisão, da pessoa que estaria lhe acusando e dos nomes das testemunhas.

Havia ainda a possibilidade de pagamento de fiança aos crimes para os quais era imposta pena máxima de até seis meses de prisão ou pena de desterro para fora da Comarca. Em sendo aplicável a fiança o réu se livraria solto, aguardando o julgamento em liberdade.

Tal qual na atual Constituição, a Carta de 1824 rezava que as prisões só poderiam decorrer de ordem de Autoridade competente; a exceção dos casos de flagrante, quando essa ordem era dispensada. Essa Constituição também privilegiava o princípio do juiz natural; a segurança jurídica, com a impossibilidade de reapreciação de processos já julgados; a igualdade – embora ainda houvesse a possibilidade de penas distintas a escravos e homens livres -; e a limitação da pena a pessoa do condenado.

Datam dessa Constituição as primeiras preocupações com estrutura do local onde seriam cumpridas as penas privativas de liberdade, exigindo o texto constitucional que tais locais fossem seguros, limpos e bem arejadas. Quando do

incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condenados por Sentença. Constituição de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 05. Jan. 2019.

recolhimento a prisão os réus deveriam ser separados conforme as circunstâncias e a natureza do crime praticado, norma que se assemelha a atual determinação de separação dos encarcerados conforme a periculosidade.

Proclama a República em 15 de novembro de 1889, veio a necessidade de se elaborar um novo texto constitucional que se adequasse ao fim da Monarquia, a abolição da escravatura e a recém implantada forma republicana de governo. Promulgada em 1891, essa segunda Constituição do país extinguiu o Poder Moderador, voltando o Estado a ter três poderes independentes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em matéria Penal a Carta de 1891 instituiu o Habeas Corpus, em moldes idênticos aos hoje conhecidos. Foram abolidas as penas de galés e banimento. A pena de morte foi expressamente extinta para os crimes civis, sendo permitida apenas para os crimes militares, em tempo de guerra e mediante previsão legal.

Foram mantidas as garantias decorrentes dos princípios da legalidade, da anterioridade da lei e do Juiz natural. Foi mantida a exigência de que fosse a prisão ordenada por Autoridade competente, a exceção da prisão em flagrante. A garantia da concessão da liberdade nos casos em que fosse permitido o pagamento de fiança e a determinação de que a pena não passasse da pessoa do condenado foram mantidas. A Constituição de 1891 fixou, pela primeira vez, o prazo de 24 horas para entrega da nota de culpa ao acusado.

Após a Revolução 1930, foi instalado um governo provisório no Brasil. Getúlio Vargas assumiu a presidência, nomeando um grupo de 05 juristas para a elaboração da nova Constituição. Essa Carta representou um marco quanto aos avanços dos direitos sociais e político. Datam da Constituição de 1934 as criações das Justiças do Trabalho e Eleitoral, o voto secreto para todos aqueles maiores de 18 anos, inclusive as mulheres, que não fossem mendigos nem analfabetos.

Em matéria penal foram mantidas as garantias processuais previstas na Constituição anterior. Permaneceu a proibição de imposição das penas de banimento, morte para crimes civis, confisco ou de caráter perpétuo. Foi mantida a pena de morte nos tempos de guerra para os crimes militares.

Três anos depois de promulgada a Constituição de 1934, sobreveio o golpe militar, quando Getúlio Vargas passou a exercer poderes ditatoriais. Após dissolver o Congresso, Vargas outorgou a Constituição 1937, a chamada Carta Constitucional do Estado Novo. Marcada pelo espírito ditatorial, essa Constituição anulou a

independência dos poderes Legislativo e Judiciário, reduzindo suas prerrogativas. Era prevista a eleição indireta para o cargo de Presidente da República, que governaria o país por 06 anos.

Em termos penais a Carta de 1937 reinstituuiu a pena de morte, permitiu a prisão e exílio dos opositores do Governo.

Em 31 de agosto de 1942, foi publicado o Decreto nº 10.358, que instituiu o estado de guerra e revogou uma série de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional. A partir da entrada em vigor desse decreto foram suspensos os direitos à inviolabilidade do domicílio, de reunião, a exigência de ordem fundamentada expedida por autoridade competente para a decretação da prisão. Também foi suspenso o dispositivo que garantia o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Embora vedasse a aplicação de penas corpóreas perpétuas, a Constituição de 1937 ampliou os delitos aos quais poderia ser imposta pela de morte. Enquanto as Constituições anteriores só admitiam a pena Capital para os crimes militares, a Carta de 1937 permitiu que essa reprimenda fosse aplicada aqueles que tentassem submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; tentassem, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, destruir a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; tentassem por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional; tentassem, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; tentassem subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social. Também era possível a imposição da pena de morte nos casos de cometimento de homicídio por motivo fútil e com extremos de perversidade.

O art. 122, 13, da Constituição de 1937 previa, em seu texto original, a irretroatividade das penas estabelecidas ou agravadas na lei nova, de modo que essas normas não se aplicariam as condutas praticadas antes de sua entrada em vigor. Essa garantia constitucional veio a ser suspensa pelo já citado Decreto 10.358/42. Esse mesmo decreto suspendeu a eficácia do art. 122, 16, que tratava do Habeas Corpus como remédio à garantia do direito de ir e vir.

Datam da vigência da Constituição de 1937 o Código Penal, Código Processo Penal e Lei de Execuções Penais.

Embora não guarde relação direta com o objeto desse estudo, devem ser citados os dispositivos da constituição de 1937 que permitiram a censura prévia e que limitaram a liberdade de imprensa.

Restabelecida a democracia, foi necessária a promulgação de uma nova Carta Constitucional, que restabelecesse os direitos individuais previstos na Constituição de 1934. Essa nova Constituição, datada de 1946 pôs fim a censura e a pena de morte. Voltou a vigorar o princípio do juiz natural, extinguindo-se o tribunal de exceção previsto na Constituição anterior.

Já em seu §1º, o art. 144, da Constituição de 1946 trazia o princípio da igualdade, da legalidade, a irretroatividade da lei, o direito de petição, a segurança jurídica, expressas pela garantia do ato jurídico perfeito e coisa julgada. A Carta 1946 resguardou o direito ao Habeas Corpus, o juiz natural, a ampla defesa, o direito a fiança, entre outros.

Quanto aos tipos de pena foram proibidas as penas de morte, admitida apenas quando prevista na legislação militar em tempo de guerra com outro país; de banimento; de confisco e de caráter perpétuo. Foi transferida para a legislação infraconstitucional as disposições sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. Foi permitida a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos.

No ano de 1967 foi promulgada uma nova Constituição. Mais do que seu texto em si, essa Carta Constitucional foi marcada pelos 17 Atos Institucionais publicados durante a sua vigência, utilizados para legitimar a arbitrariedade e o abuso de poder do governo militar. Inúmeros foram os direitos individuais violados durante esse período.

Em sua redação original a Constituição de 1967 proibia a pena de morte para crimes civis, sendo repetida a ressalva da Constituição anterior quanto à possibilidade de imposição da pena capital pela legislação militar, em tempos de guerra. Porém, por meio do AI-14, houve uma ampliação nos casos que caberia a aplicação da pena de morte, prisão perpétua, de banimento, ou confisco; tratando esse texto de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva. Contrariando todos os abusos autorizados pelos Atos Institucionais, o art. 155, § 15,

da Constituição de 1968 impunha a todas as autoridades o dever de respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

Findo o período militar e retomada a democracia fez-se necessária a promulgação de uma nova Constituição, que refletisse os anseios de uma sociedade que buscava liberdade, igualdade e respeito aos direitos e garantias fundamentais. Conforme se verá no capítulo destinado ao estudo do estatuto constitucional da pessoa presa, a constituição de 1988 prima pelo garantismo, sendo uma de suas bases a garantia da integridade física da pessoa presa que, quando condenada a pena de prisão, não poderá ter violados outros direitos além daquele de ir e vir.

CAPÍTULO 2 - ESTADO PUNITIVO E ESTADO RESSOCIALIZADOR

O direito de punir do Estado decorre da opção humana pela vida em sociedade. Inviável seria a existência de aglomerados humanos, não fosse à edição de normas que conferissem ao Estado, o direito de punir aqueles que incorressem em práticas ilícitas. Trata-se de um poder-dever que obriga o ente público, ao mesmo tempo em que permite a sua atuação.

Em razão desse pacto social, o homem abriu mão de parte das suas liberdades; passando, em contrapartida, a exigir do Estado a segurança que não alcançaria, caso continuasse a viver isolado. Ao mesmo tempo em que serviu de instrumento de controle social, essa mudança de comportamento transferiu da esfera individual, para a esfera estatal, o dever de garantir a segurança.

Reconhecida a necessidade de intervenção do Estado para disciplinar as relações humanas, surge à necessidade de se impor limites a essa interferência. Há muito prevalece à idéia de intervenção mínima, sobretudo quando se trata da limitação de direitos. Pode o ente estatal impor normas que facilitem o convívio em sociedade, não podendo essas normas ultrapassar o limite mínimo necessário a essa função.

Nessa esteira de pensamento, as normas constitucionais de caráter penal e o direito penal como um todo, surgem com a função primordial de impor limites ao poder punitivo do Estado. Ao mesmo tempo em que visam punir aquele que incorre na prática de ilícito penal e garantir a ordem e a segurança pública; essas normas impedem que, quando do exercício desse poder, o Estado venha a praticar excessos, violando direitos fundamentais. Considerada essa função dúplice, o direito penal e o direito de punir do Estado, devem ser sempre a *ultimaratio*; enquanto a segurança pública deve funcionar de forma preventiva, afastando a necessidade de aplicação daquele.

Praticado o ilícito, surge no Estado o direito subjetivo de punir seu infrator, direito esse que deverá ser exercido com observância dos limites impostos na legislação pátria. A legitimidade desse poder punitivo estatal pode ser aferida em uma infinidade de dispositivos constitucionais, a exemplo dos incisos XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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; dentre outros.

Todavia, assim como se busca limitar a poder punitivo do Estado, os estudiosos do direito vêm buscando justificativas para essa forma de intervenção na vida da sociedade. Vem daí as chamadas teorias da pena, de modo que, encontrada uma razão para a imposição da reprimenda, restaria respaldada a ação punitiva do poder público.

A primeira dessas teorias recebeu o nome de absoluta ou retributiva. Segunda essa corrente de pensamento a pena teria como fim a retribuição do mal causado pelo crime, não havendo, portanto, um caráter preventivo ou ressocializador.

Por seu turno, a teoria relativa ou preventiva entende a ação punitiva do estado e a imposição da pena como forma de se evitar o cometimento de novas práticas delituosas. A pena implica na imposição de um mal para o apenado, e simultaneamente serve de meio de controle social. Dadas algumas divergências de pensamento, essa corrente doutrinária se subdividiu em teoria preventiva geral e teoria preventiva especial. Enquanto aquela entendia a pena como forma de intimidação social, servindo a reprimenda imposta a um indivíduo para amedrontar toda a sociedade; essa corrente – teoria preventiva especial – entendia que o temor originado na imposição da pena, seria dirigido ao próprio apenado, servindo para evitar a reincidência.

Modernamente, o direito brasileiro justifica o estado punitivo e a imposição da pena por um viés misto. Dessa forma, a imposição de uma reprimenda tem o poder de retribuir o mal causado pelo crime, também servindo para prevenir a prática de novos ilícitos. Nessa última faceta, o poder punitivo do estado servirá para ressocializar o infrator, evitando, ainda, o cometimento de infrações por terceiros que dessa pena venham a tomar ciência.

Várias são as concepções de sistema penal, que no correr dos tempos inspiraram os filósofos e penalistas com o objetivo de permitir que a intervenção do

Estado, nesse âmbito, considerado o mais grave de todos, fosse limitada ao essencial e indispensável para a manutenção da paz social.¹⁵

Ainda sobre os limites a serem observados pelo Estado, quando do exercício de seu poder punitivo, deve-se ter em mente que todo o arcabouço do nosso ordenamento jurídico deve ser elaborado a partir do texto constitucional. Não se admite, em qualquer dos ramos do direito, edição de norma contrária a Constituição Federal. Caso tal venha a ocorrer, essa norma deve ser declarada inconstitucional e excluída do ordenamento jurídico. Esse preceito deve ser observado tanto no momento da edição das leis penais; quanto no momento da adoção de medidas que visem à efetivação do direito constitucional à segurança pública.

Sob o argumento de garantir a ordem pública e a paz social, o direito de punir do Estado não pode ser exercido de forma ilimitada. Ao elevar os direitos fundamentais à esfera constitucional, ao mesmo tempo em que pretendeu garantir ao cidadão o mínimo necessário a uma vida digna, o legislador limitou a intervenção do Estado na vida daquele. Não pode o ente público, ao exercer seu *jus puniende*, violar direitos garantidos na Carta Magna.

Além da observância das normas vigentes no país, o exercício do poder de punir deve considerar os princípios introduzidos no ordenamento jurídico pátrio, por meio de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Os tratados internacionais de direitos humanos têm suas bases no pensamento humanitário e nas idéias de pensadores mais recentes, a exemplo de Michel Foucault, para quem o estado punitivo deveria ter uma dupla vertente, sendo ora punitivo, ora disciplinador.¹⁶

Dentre os princípios a serem observados pelo Estado, quando do exercício de seu poder punitivo, está o da dignidade da pessoa humana. Expressamente previsto no texto constitucional, esse princípio não se limita a esfera penal e à segurança pública, devendo ser observado em todos os ramos do direito. Mencionada de forma expressa no art. 1º, da Constituição Federal, e elevada a condição de fundamento do Estado democrático de direito, a dignidade é inerente a todo e qualquer indivíduo da espécie humana, pela simples condição de o ser. No dizer de Immanuel Kant, a dignidade da pessoa humana seria uma garantia de que

¹⁵ . CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Sistemas de Penas Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal. Tese apresentada para Concurso de Professor Titular de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001, p. 18

¹⁶FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999. 20 ed.

o homem fosse encarado como um fim em si mesmo, evitando-se a sua coisificação.¹⁷

(...) todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.¹⁸

Em seu bojo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece ser a dignidade inerente aos seres humanos, e, em sendo o Brasil subscritor desta, sua preservação torna-se dever inafastável do Estado. No dizer de Flávia Piovesan, trata-se de um “superprincípio constitucional”, daí sua irrenunciabilidade e indisponibilidade, mesmo que por ocasião do exercício do poder punitivo do Estado.

Dada a sua importância, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado não só como um limite à ação estatal; mas também como uma garantia ao pleno exercício de todos os outros direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que esse princípio serve de proteção para o indivíduo; ele permite à vítima do crime exigir uma ação ativa do Estado contra o infrator.

O exercício do dever/direito punitivo do Estado implica na limitação de alguns dos direitos fundamentais incertos na Carta Magna, a exemplo do direito constitucional à liberdade. A dignidade da pessoa humana servirá de medida a essa limitação. É dessa limitação que decorrem todos os direitos enumerados no estatuto da pessoa presa, a ser tratado mais a frente.

Também o princípio da legalidade guarda relação direta com o Estado Punitivo. Por expressa previsão constitucional, não haverá crime sem lei anterior que assim o defina. Inversamente, é vedado ao agente público considerar crime conduta assim não prevista em lei. Do mesmo modo, também com base no princípio da legalidade, não pode o estado impor reprimendas não previstas em lei.

Ao tratar dos princípios do direito penal, Guilherme de Souza Nucci defende que “os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do poder legislativo, respeitado o

¹⁷ KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. 2^o ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian. Trad. José Lamego, 2011

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais : Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

processo previsto na Constituição¹⁹. Para o autor, do princípio da legalidade decorrem os princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei penal, de modo que, o direito/dever punitivo do estado só pode ser exercido quando praticada conduta que, anteriormente já era prevista como crime na legislação em vigor. Na mesma medida, lei posterior que venha a considerar um fato como crime, não pode lançar seus efeitos sobre condutas praticadas antes do início da sua vigência.

Ao aderir ao contrato social, o Estado atraiu para si o poder-dever de punir o infrator. Com essa tarefa, veio a obrigação de manter a ordem, sempre respeitando as normas e os princípios vigentes.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

O direito fundamental deve ser analisado a partir da definição de direitos humanos, esses surgidos antes daquele. Não se sabe ao certo quando a ideia de direitos humanos foi concebida pela humanidade. Há quem defenda que o pensamento de preservação de uma esfera de direitos mínimos, inerentes a toda pessoa, decorreu do pensamento cristão; da ideia de que a espécie humana foi concebida a imagem e semelhança de Deus. Essa linha de pensamento pode ser encontrada por ocasião da prevalência do *jusnaturalista*, quando se acredita que tais direitos eram inerentes ao homem, surgindo antes da própria raça humana. Outros entendem que os direitos humanos surgiram antes do cristianismo, havendo registros datados da Antiguidade, ainda que não se empregasse essa denominação.

Quando se fala em direitos humanos, pretende-se garantir um mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. Conforme o momento histórico e a cultura de um determinado povo, esse mínimo pode variar, incluindo-se ou excluindo-se um ou outro direito. Para o renomado autor André de Carvalho Ramos, independente do momento histórico, os direitos humanos deverão guardar um caráter de universalidade, essencialidade, superioridade normativa (preferencialidade) e reciprocidade. Segundo ele, não seria correto diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais, sob a alegação de que aqueles teriam um caráter internacional, enquanto que estes estariam positivados na Constituição Brasileira. Ao

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 18^o Ed. São Paulo: Forense, 2018. 13 p.

equiparar os tratados de direito humanos às emendas constitucionais, o legislador acabou por positivá-los na Carta Magna. Trata-se, portanto, de expressões sinônimas.²⁰

Sob a denominação direitos humanos, a positivação desses direitos foi registrada, pela primeira vez, no século XVIII. Datam desse período os primeiros textos legais que objetivavam garantir ao homem o mínimo necessário a uma existência digna. Em sua configuração original, os direitos fundamentais eram uma forma de proteção do indivíduo contra o Estado. Era uma tentativa de coibir a prática de atos arbitrários pelo poder público, e de se garantir ao homem uma existência digna. Essa forma de limitação do poder estatal é denominada na doutrina de liberdades negativas, justamente por limitar o poder do Estado, proibindo a prática de certos atos.

Em oposição à liberdade negativa, anos mais tarde surgem as liberdades positivas, que nada mais são que ações a serem adotadas pelo Estado, como forma de garantir a implementação dos direitos fundamentais. Dada a importância das liberdades positivas e negativas, o legislador constituinte decidiu incluí-las no texto da Carta Magna.

Pacificada a questão da existência de direitos fundamentais, a doutrina passou a dividi-los em gerações, conforme a sua importância, prioridade de implementação ou ordem em que são descritos no texto constitucional. Embora haja doutrinadores que dividam os direitos fundamentais em até cinco gerações, a maior parte deles opta pela divisão em três gerações.

Os direitos fundamentais de primeira geração abarcam os direitos individuais. Por seu turno, os direitos fundamentais de segunda geração englobam os direitos sociais, tais como saúde, educação, lazer e trabalho. Já os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles que não pertencem a um indivíduo específico, mas a toda a coletividade, servindo de exemplo o direito ao meio ambiente e a cultura.

A primeira delas abrange os direitos referidos nas revoluções americana e francesas. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretende-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em

²⁰ RAMOS, Andre de Carvalho. Curso de direitos humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 22/50 p.)

postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e à inviolabilidade de domicílio. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (...) O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendida por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titularidade indivíduos singularizados. (...) Já os chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de uma coletividade, de grupos. Tem-se aqui o direito à paz social, ao desenvolvimento, a qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. (...) A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade, Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão.²¹

Partindo dessa divisão dos direitos fundamentais em três gerações; onde aqueles de primeira geração exigem uma não intervenção do Estado, enquanto aqueles de segunda e terceira geração exigem uma ação estatal; permite-se que o cidadão recorra ao Judiciário, buscando a implementação desses últimos, na medida mais ampla possível.

O direito fundamental a segurança é tratado em dois momentos distintos, no texto constitucional. No caput, do art. 5º, o legislador constituinte tratou do direito a segurança de forma genérica, que, segundo José Afonso da Silva, não se refere ao direito à segurança pública, mas a um direito a segurança em termos gerais, de exercício de vários outros direitos fundamentais, sem a intervenção indevida do Estado ou de outros indivíduos.

(...) o caput, do art. 5º, fala em inviolabilidade do direito [...] à segurança, o que, no entanto, não impede seja ele considerado um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsito no termo segurança. Efetivamente esse conjunto de direito aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral).²²

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018. 137 p.

²² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40 ed. São Paulo : Malheiros, 2017, p. 440

Garantir a segurança significa garantir o livre exercício de vários outros direitos constitucionalmente previstos. A título de exemplo, o autor subdivide o direito à segurança em direito à segurança do domicílio, direito à segurança das comunicações pessoais, direito à segurança em matéria penal e segurança em matéria tributária. A segurança individual foi a forma encontrada pelo legislador, para proteger o indivíduo da ação de terceiros e da ação do próprio Estado. Nesses termos, tal direito, previsto no caput do art. 5º, da Carta Magna, deve ser entendido como direito fundamental de primeira geração.

De outra banda, tem-se o direito à segurança pública, insculpido no art. 144, da Constituição Federal. Da análise conjunta desses dispositivos, é possível afirmar que o direito fundamental à segurança é gênero, do qual decorre o direito à segurança pública. A segurança pública é o meio pelo qual se garantirá o exercício de inúmeros outros direitos, a exemplo do direito à liberdade, à propriedade, à vida. É dever do Estado envidar esforços para que o cidadão consiga usufruir de todas aquelas garantias elencados na Carta Magna, cabendo-lhe adotar ações que venham a prevenir e punir o crime, e que mantenham a paz social.

A segurança pública, nos moldes atuais, visa garantir a todos os cidadãos a proteção dos seus direitos, inclusive os sociais, deixando de lado um passado não muito distante, em que sua função se resumia à defesa da propriedade de uma pequena elite da população brasileira... A ordem pública também precisa ser analisada no seu sentido positivo, em que os entes governamentais são chamados para proporcionar condições dignas de vida à coletividade. Ela não pode ser analisada relegando-se a importância dos direitos fundamentais, como a vida, o bem-estar, o trabalho, entre outros. O estabelecimento da ordem pública encontra sua razão de ser na realização dos direitos fundamentais.²³

Por tratar da segurança em caráter coletivo, o disposto no art. 144, da Constituição Federal, deve ser interpretado como direito de terceira geração, de acordo com excerto de autor abaixo:

Assim, toda pessoa tem direito a segurança pública, leia-se, ao bem-estar, à sensação de tranquilidade e paz. Evidente que, para se atingir tal estágio, deve-se contar com uma eficiente segurança pública, que é direito de toda a *sociedade*, justamente por isso vem prevista no art. 144, já mostrando ser dever *de todos* – e não somente responsabilidade da polícia.²⁴

²³ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 775 p.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos x segurança pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 51

Cabe ao Estado adotar todas as medidas necessárias a manutenção da ordem e da paz social; e a redução da violência. Quando dessa atuação, é vedado ao ente público a violação dos direitos de primeira e segunda geração. Deve-se buscar meios de conciliar o direito genérico à segurança e o direito específico à segurança pública, de modo que esses direitos fundamentais, de gerações distintas, venham a co-existir.

Em atenção aos ditames constitucionais, segurança pública poderia ser pontuada como uma condição de qualidade de vida, levando-se em conta a segurança de vida e cidadã, em todos os sentidos de direitos humanos, ressaltando o indivíduo, as comunidades e a sociedade civil em geral perante o papel do Estado ¹⁸O dever de garantir a segurança pública será exercido, primordialmente, pela União e pelos Estados, sendo as competências de um e outro estabelecidas na própria Carta Magna. Quanto aos Municípios, coube a constituição das guardas municipais, que terão o papel de garantir a preservação do patrimônio público Municipal, ficando livres do dever constitucional de garantir a segurança por meio do policiamento preventivo ou repressivo.²⁵

Ainda no art. 144, da Constituição Federal, o legislador constituinte decidiu tratar da organização das polícias. Dada a sua natureza, a atividade policial é tipicamente estatal e indispensável à garantia do direito à segurança pública. Só o Estado dispõe dos meios necessários ao exercício dessa atividade.

Afastada a competência da União, nas hipóteses elencadas no § 1º, do art. 144, da CF/88, caberá aos Estados garantir a segurança, por meio do Polícia Militar, a quem competirá o policiamento ostensivo, e da Polícia Civil, que cumprirá o papel de Polícia Judiciária. Essa última – polícia judiciária-, “tem por objetivo, precisamente, aquelas atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público”²⁶.

Nucci ainda explica:

Segurança pública é o conjunto de ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou a manutenção da ordem pública e que tem por fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica –

²⁵ FREITAS, Vladimir Passos. TEIXEIRA, Samantha Ribas. Segurança Pública - Das Intenções à Realidade, Juruá Editora, 2014, p. 82

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40 ed. São Paulo : Malheiros, 2017, p. 793

proteção contra a repressão autoritária do Estado – e *segurança material* – proteção contra agressão de todo tipo.²⁷

Embora o art. 144, da Constituição Federal, trate apenas da atividade policial, a garantia da segurança pública é dever do Judiciário, ao processar e julgar as ações penais; do Ministério Público, como titular da ação penal, principalmente nos casos de ação penal pública; e dos demais órgãos auxiliares da Justiça. De nada adianta o trabalho desenvolvido pelas polícias, se não houver a devida prestação jurisdicional, com o julgamento célere dos processos criminais.

A Constituição trata a segurança pública como se esta fosse apenas a polícia. Está lá no art. 144, que institui o sistema. Em que pese o enunciado de ser dever do Estado e responsabilidade de todos, a Carta isola e compartimenta a polícia (com duas diversas ramificações), do Ministério Público e do Poder Judiciário, como se estes pudessem agir dissociadamente. O pior é que essa posição não alterou o modelo anterior e “engessou” as instituições, permitindo que estas alçassem vãos isolados como se não fizesse parte de um conjunto necessariamente harmonioso cujo objetivo final é o mesmo, ou seja, o de alcançar a paz social. E esta exige a interação entre elas e delas com a sociedade.²⁸

Na mesma linha, afirma Guilherme de Souza Nucci que “a segurança pública, como ficou claro, não é atividade ou responsabilidade exclusiva da polícia civil ou militar. Cuida-se de dever de todos, em particular dos órgãos realmente vinculados à Justiça Criminal, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário”.²⁹

Ao mesmo tempo em que o próprio texto constitucional impõe ao Estado o dever de garantir a segurança pública, ele estabelece que a segurança será dever e responsabilidade de todos; o que só vem a corroborar o entendimento de que Judiciário, Ministério Público, órgãos auxiliares da Justiça, e até mesmo o Legislativo, devem trabalhar em prol desta. Também com base nesse trecho do texto Constitucional é possível afirmar que todo cidadão é co-responsável pela segurança pública, o que não significa dizer que deverá ele agir ativamente para impedir a prática de um delito. Ao cidadão não integrante dos órgãos da segurança pública

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos x segurança pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 40

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos x segurança pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 41, citando CÂMARA, Paulo Sette. Reflexões sobre Segurança Pública. Belém: Editora UNAMA, 2002.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos x segurança pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 41

caberá o papel de não incorrer na prática de atos ilícitos, colaborando, assim, com a ordem pública.

De forma ativa, o particular pode atuar na segurança pública, por meio da chamada segurança privada, atividade essa a ser fiscalizada e autorizada pelo Departamento de Polícia Federal.

Tendo em mente a finalidade da segurança pública, cabe incluir, dentre os órgãos dela incumbidos, as Secretarias de Administração Penitenciária, os agentes penitenciários e todo o sistema prisional; uma vez que a reintegração do condenado à sociedade e a diminuição da reincidência têm relação direta com os números da violência.

2.1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À SEGURANÇA PÚBLICA

Não é de hoje que os princípios integram as ciências jurídicas. Após a segunda guerra mundial, quando da difusão do pensamento pós-positivista, os princípios deixaram de ter um caráter dogmático e ético, passando a adotar um caráter normativo, com sua introdução nas constituições e leis de vários países.

Para muitos, os princípios são a base do ordenamento jurídico, servindo de parâmetro para a elaboração e interpretação das normas. Por meio da obediência aos princípios constitucionais se garantiria uma lógica entre as leis que compõe o ordenamento jurídico. Diferentemente das leis que deverão obrigatoriamente ser claras e precisas; os princípios têm caráter abstrato e aberto, dando maior margem à interpretação.

Os princípios são o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³⁰

Em se tratando de serviço prestado primordialmente pelo Estado, devem ser aplicados à segurança pública, os princípios inerentes ao serviço público em geral. Desse modo, além dos princípios constitucionais gerais da legalidade, liberdade, igualdade, ampla defesa, isonomia, contraditório, simetria e proporcionalidade da lei;

³⁰ MELO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2016

aqueles que atuam na segurança pública deverão observar ainda os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ao lado da saúde, educação e demais direitos fundamentais, a segurança pública possibilitará o desenvolvimento pessoal do indivíduo e de toda a sociedade. A segurança pública é serviço a ser prestado pelo Estado, de forma universal, uma vez que deve abarcar toda a sociedade, e não apenas parte dela.

Sobre isso, Maria Silvia Zanella Di Pietro leciona que serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.³¹

Dada a sua natureza de direito fundamental, o fim essencial de preservar a ordem pública, e em observância ao disposto no art. 144, da CF/88, a segurança deve ser prestada diretamente pelo Estado, primordialmente por meio das polícias, mas não apenas por elas. Conforme já destacado, vários outros órgãos estatais devem zelar pela segurança pública, a exemplo do Judiciário e do Ministério Público. Somente nos casos de segurança privada, a atividade não é exercida diretamente pelo ente público, cabendo a ele, porém, a fiscalização e a autorização.

Também em razão do seu papel de garantidor do exercício de vários outros direitos fundamentais, o legislador constituinte decidiu por impor a todo o aparelho da segurança pública as prerrogativas e formalidades impostas à administração pública; de modo que, os bens relacionados à segurança pública são geridos nos moldes dos demais bens públicos, com observância da lei de licitação, inclusive. Quanto aos servidores públicos designados para o exercício dessa atividade, a exceção daqueles poucos relacionados à atividade administrativa, são eles regidos pelo regime estatutário; cabendo destacar que, no caso específico das polícias militares, deve ser observada ainda a legislação penal militar e os estatutos das polícias militares de cada Estado.

Sendo serviço público, a Segurança Pública deve obedecer aos princípios da busca do interesse público, da continuidade, da regularidade, da igualdade ou uniformidade, da generalidade ou universalidade, da participação dos usuários, da cortesia e da responsabilidade.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 85

Do mesmo modo que ocorre com os demais serviços públicos, ao tratar da segurança, deve o estado buscar a satisfação do interesse público. No dizer de Mateus Carvalho³², trata-se, aqui, do interesse público primário, aquele composto pela soma dos interesses de todos os indivíduos que compõe uma sociedade, e não do interesse do Estado, com pessoa de direito público. Nesse último caso, tratar-se-ia de interesse público secundário, que será subjugado ao interesse público primário, em havendo conflito. Assim, caso haja conflito de interesse entre o que a sociedade espera da segurança pública e o que o estado pretende oferecer, deverá prevalecer aquele.

Pelo princípio da igualdade, tem-se que a segurança pública não pode discriminar um ou outro cidadão. Tal princípio tem estreita relação com o já citado princípio da universalidade. Porém, enquanto aquele exige a prestação desse serviço a todo e qualquer cidadão; esse veda a discriminação, o tratamento não isonômico entre um e outro beneficiado. Não pode o Estado, por exemplo, destacar o efetivo policial para um bairro, em detrimento de outro. Do mesmo modo, não pode a Autoridade Policial decidir por atender as solicitações de uns, em prejuízo de outros.

Nesse ponto, importa dizer que embora se trate de serviço universal a ser prestado de igual forma para todo cidadão, o poder público mantém a sua discricionariedade, podendo escolher dentre os inúmeros caminhos apresentados, o mais adequado para a efetivação desse direito. Caberá ao Estado escolher e traçar as políticas públicas para a implementação e garantia da segurança.

O princípio da continuidade da segurança pública decorre de sua essencialidade, de modo que esse serviço deve ser prestado sem interrupção. Ao retirar das polícias civis e militares o exercício do direito de greve, o STF se manifestou pela aplicação, à segurança pública, do princípio da continuidade. Como exemplos de julgados nesse sentido podem ser citados o Recurso Extraordinário 654.432, de 2017³³ e as Reclamações 6568 de 2009. Em todas essas ocasiões a

³² Carvalho. Matheus. Manual de direito administrativo. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 119.

³³ Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 541 da repercussão geral, deu provimento ao recurso e fixou a seguinte tese: “1 – O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado os policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. 2 – É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do CPC, para vocalização dos interesses da categoria”. Vencidos, no julgamento de mérito e na fixação da tese, os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Marco Aurélio. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram: pelo recorrido,

Suprema Corte decidiu que, dada a natureza do serviço prestado pelas polícias e pela impossibilidade de se atribuir essa atividade a terceiros, deveria ser aplicado às polícias civis e militares o disposto no art. 142, § 3º, IV, da CF/88, dispositivo esse que proíbe a sindicalização e a realização de greve pelos membros das forças armadas.

Nesse tocante importa dizer que, de um modo geral, os Tribunais do país, aí incluído o Supremo Tribunal Federal, adotam o entendimento de que as normas que limitam direitos devem ser interpretadas de forma restritiva. Desse modo, a norma que veda a sindicalização e a realização de greve pelas forças armadas não poderia ser estendida a outras entidades, que não o exército, marinha e aeronáutica. Porém, em razão da necessidade de manutenção constante da ordem pública e da indelegabilidade dessa atividade, o STF decidiu por aplicar tal norma restritiva, de forma extensiva.

Outro princípio inafastável à segurança pública é o da regularidade, citado por João Luiz Scaramella Filho. Esse princípio em muito se aproxima do princípio da legalidade, que rege a Administração Pública como um todo. Aqui não se trata de obediência apenas a lei, em sentido formal, mas todas as normas aplicáveis a matéria. Cabe lembrar que, em se tratando do poder público, não se fala em legalidade apenas, mas em estrita legalidade ficando a ação estatal adstrita àquilo que expressamente é autorizado em lei.

2.1.3 O SISTEMA PRISIONAL COMO INTEGRANTE DA SEGURANÇA PÚBLICA E SEU FINANCIAMENTO

No direito moderno o poder punitivo do Estado é associado ao dever ressocializador. Ao impor penas privativas de liberdade, o poder público fica obrigado a construir e manter estabelecimentos penais adequados à execução dessa reprimenda, de modo a permitir a reintegração do apenado à sociedade. Toda essa estrutura exige um pesado investimento e, embora as penitenciárias integrem a

Sindicato dos Policiais Civis de Goiás – SINDPOL, o Dr. Bruno Aurélio Rodrigues da Silva; pelo amicus curiae União, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05. Jan. 2018

segurança pública, os financiamentos dos presídios e das polícias recebem tratamento distinto.

Visando garantir o financiamento do sistema prisional, em 07 de janeiro de 1994, foi sancionada a Lei Complementar n. 79/94, norma essa que instituiu o Fundo Penitenciário Nacional. Por ocasião de sua criação, esse Fundo era vinculado ao Ministério da Justiça, sendo administrado pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça. Atualmente, o FUNPEN permanece vinculado ao Ministério da Justiça, sendo gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional.

Logo em seu artigo 2º, a Lei Complementar 79/1994 trata dos recursos que compõem o FUNPEN, sendo eles: dotações orçamentárias da União; doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras; recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras; recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de Combate Prevenção, Recuperação e Combate as Drogas (Lei n. 7560/86); multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado; fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal; rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN; outros recursos que lhe forem destinados por lei.³⁴

Em sua redação anterior, essa norma rezava que deveriam ser repassados ao FUNPEN 50% do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União, relativas aos seus serviços forenses; além de 3% do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, no âmbito do Governo Federal; porém, essas fontes de custeio foram excluídas por meio das medidas provisórias n. 781/17 e n. 841/18.

A partilha dos recursos desse fundo será realizada nos moldes previsto no art. 3º-A, § 7º, dessa norma, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal 90% do total,

³⁴ Lei Complementar n. 79/94. Disponível em <<http://www.planalto.jus.br>>. Acesso em 22/05/2018.

enquanto que os outros 10% serão repassados aos Municípios. Dos 90% destinados aos Estados e ao Distrito Federal, 30% serão divididos conforme as regras do Fundo de Participação do Estado, 30% serão distribuídos proporcionalmente à população carcerária do ente beneficiado; e os últimos 30% serão distribuídos de forma igualitária. Os 10% destinados aos Municípios serão divididos de forma igualitária entre aqueles que possuem estabelecimentos penais em sua área geográfica.

Quando da partilha dos 30% divididos nos moldes do Fundo de Participação dos Estados, devem ser observadas as seguintes regras previstas na Lei Complementar 62/1989, com redação dada pela Lei Complementar 143/2013: 85% do Fundo de Participação dos Estados devem ser destinados aos Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste, e os outros 15% para as regiões Sul e Sudeste. A partir desses percentuais, faz-se o cálculo dos coeficientes individuais de partilha dos Estados, obtidos com base na análise dos números representativos da população, conforme censo do IBGE, e do inverso da renda per capita. A responsabilidade por esse cálculo recai sobre o TCU, que, posteriormente, comunica os números ao Banco do Brasil, responsável pelas transferências bancárias.

Para o cálculo da população, são utilizados os números do censo do IBGE, realizado a cada dez anos. Entre um censo e outro, os dados populacionais são atualizados a partir de uma estimativa de crescimento anual da população.

Considerados os critérios de repartição de recursos previstos na Lei Complementar n. 79/94 e na Lei Complementar n. 62/89, cabe questionar se o padrão utilizado por essas normas é adequado. Tendo em mente sua finalidade, mais correto seria que a divisão dessa verba fosse realizada exclusivamente com base na população carcerária de cada Estado, de modo que aqueles com maior número de presos, recebessem maior parcela do FUNPEN.

De acordo com o último censo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, no ano de 2014, a Bahia contava com 15.611 presos; Ceará com 21.648 presos; Maranhão 6.703 presos; Pernambuco 26.809 presos; Pará 12.622 presos; Rio Grande do Norte 7.658 presos; Amazonas 8.868 presos; Roraima 1.609 presos; Rio de Janeiro 40.301 presos; Espírito Santo 16.694 presos; Mato Grosso do Sul 13.915 presos; Santa Catarina 16.828 presos e São Paulo 200.030 presos.³⁵

³⁵ Censo Penitenciário 2014. Disponível em <<http://www.contasabertas.org.br>>. Acesso em 05.mai.2018

Nesse mesmo período, esses Estados receberam do FUNPEM, os seguintes valores: Bahia, não recebeu recursos; Ceará R\$ 7.188.431,82; Maranhão R\$ 19.878.198,25; Pernambuco R\$ 4.793.669,33; Pará R\$ 338.080,52; Rio Grande do Norte R\$ 2.273.412,00; Amazonas R\$ 1.521.059,83; Roraima R\$ 1.352.053,18; Rio de Janeiro R\$ 828.677,75; Espírito Santo R\$ 817.774,102; Mato Grosso do Sul R\$ 725.093,038; Santa Catarina R\$ 692.382,07; São Paulo R\$ 545.182,73.³⁶

Os números acima demonstram que o sistema de repartição de receitas, implementado pela Lei Complementar n. 79/1994, não vem atendendo aos fins do Fundo Penitenciário Nacional, pois Estados com maior população carcerária vêm recebendo uma parcela menor desses recursos. Argumenta-se que o Estado de São Paulo, por exemplo, não necessitaria de um repasse maior; em razão da elevada arrecadação proveniente dos impostos de sua competência. Ocorre que, na mesma proporção em que cresce a arrecadação dessa fonte primária, cresce a necessidade de aplicação desses recursos no atendimento das necessidades básicas de sua gigantesca população.

A repartição das receitas do Fundo Penitenciário Nacional tem um caráter de política pública, visando à distribuição de recursos para o financiamento de serviço público específico. Desde a sua criação, esse fundo se destinou ao custeio do sistema prisional dos Estados e a implementação de políticas ligadas a sistema prisional nos Municípios. Sem o repasse desses recursos pela União, seria impossível aos Estados cumprir com esse dever.

De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional, quando da realização do último grande censo penitenciário, em 2014, o Brasil contava com 1.424 unidades prisionais; sendo que apenas quatro desses estabelecimentos eram penitenciárias federais; já as outras 1420 unidades eram estabelecimentos estaduais. Havia um total de 376.669 vagas, ocupadas por 607.731 detentos. São Paulo liderava o ranking do país com mais de 200 mil presos. Esses números deixam claro que, somente um regime de cooperação entre União, Estados e Municípios é capaz de manter e impor melhorias nesse sistema falido.

Não há norma legal determinando que as penitenciárias sejam geridas pelos Estados. Essa responsabilidade decorreu da entrega aos Estados das primeiras unidades prisionais, o que faz com que todas as unidades criadas posteriormente

³⁶ ibidem

recebessem o mesmo tratamento. Somente em 27 de fevereiro de 2007, com a publicação do Decreto 6.049/07, foi criado o Sistema Penitenciário Federal, sendo construídas umas poucas unidades prisionais administradas pela União.

Fica a pergunta: por que motivo os recursos do FUNPEN são arrecadados pela União, se a quase totalidade das Unidades Prisionais do país estão sob a administração dos Estados? Da leitura do disposto no art. 2º, da Lei Complementar n. 79/94, se afere que todas as fontes do FUNPEN estão relacionadas a atividades desenvolvidas diretamente pela União, o que justificaria ser o Governo Federal administrador desses recursos.

Como se não bastasse a superlotação dos presídios e a forma errônea de distribuição de parte das verbas do FUNPEN, nos últimos anos o Governo Federal decidiu por não repassar os valores arrecadados por esse fundo aos Estados. Tal política tinha por objetivo básico a criação do chamado superávit primário, de modo a se transmitir, ao mercado externo, uma aparência de estabilidade econômica.

Em 26 de dezembro de 2016, dias antes do massacre nas Penitenciárias do Amazonas, o Governo Federal decidiu repassar aos Estados vultosa quantia, que se encontrava retida no Fundo Penitenciário Nacional. De acordo com os dados divulgados pelo próprio Ministério da Justiça, foram distribuídos cerca de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais). Essa farta distribuição de recursos, somada às rebeliões do início daquele ano, fizeram crescer a curiosidade sobre o montante arrecadado pelo Fundo Penitenciário Nacional e o uso dessas verbas. Por meio da ONG Contas Abertas, sobreveio a informação de que o Governo Federal vinha deixando de cumprir com sua obrigação legal, chegando a manter cerca de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) do FUNPEN contingenciados por pura estratégia econômica. Apesar da liberação de 1,1 bilhão de reais, a União manteve contingenciados cerca de 2,4 bilhões de reais. Ainda de acordo com essa ONG, no ano 2000, o valor depositado e não utilizado nesse Fundo era de R\$ 175,2 milhões. Em 2016 esse depósito chegou ao patamar estratosférico de R\$ 3,8 bilhões. Por diversas vezes o Ministério da Justiça tentou utilizar esses recursos, recebendo resposta negativa da pasta econômica, sob a alegação de que não havia espaço fiscal para uso dessa verba.

Em razão do descaso com que a União vinha tratando a questão prisional e a forma como eram administradas as verbas do FUNPEN, em 2015 foi ajuizada, no Supremo, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, com o

objetivo de obrigar a União a repassar esses valores aos Estados. Essa ação foi proposta pelo PSOL, e, quando de seu julgamento, os Ministros do Supremo, a unanimidade, determinaram que a União repassasse, imediatamente, os valores do FUNPEN aos Estados, ficando expressamente proibidos novos contingenciamentos desses recursos³⁷.

Somente no final de 2016, mais de um ano após a decisão do Supremo, o Governo Federal decidiu liberar parte dessa verba. Porém, ao mesmo tempo em que decidiu por cumprir tal *decisum*, a União, por meio da Medida Provisória n. 755/2016, optou por destinar parte desses recursos à Segurança Pública, finalidade essa não prevista na redação original da Lei Complementar n. 79/1994.

Ao oferecer defesa perante o Supremo, a União, por meio de sua Advocacia Geral, sustentou que a maior parte dos valores liberados pelo Governo Federal, nos anos anteriores, foi devolvida; em razão da não aplicação pelos Estados. Segundo a União, depois de firmados os convênios, os Estados deixaram de apresentar projetos adequados ou se mostraram incompetentes para gerir tais recursos, o que implicou na devolução desses valores aos cofres do Governo Federal.

O fato é que, de acordo com essa decisão, datada de 2015, além de ficar obrigada a liberar os recursos já depositados, a União ficou impedida de realizar novos contingenciamentos.

Também em 2015, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 592581, o STF decidiu que os Magistrados podem condenar os Estados a realizar obras em presídios, ainda que este alegue a inexistência de recursos. De acordo com os Ministros, na questão carcerária não se pode falar em intervenção de um poder sobre o outro; uma vez que tais medidas visam garantir o cumprimento de direitos constitucionais. Ainda nessa decisão, os Ministros sustentaram que, considerada a natureza do direito ali protegido – dignidade da pessoa humana – não caberia se alegar o Princípio da Reserva do Possível. Segundo esse princípio, o Estado não poderia ser compelido a agir além do seu limite orçamentário; porém, em se tratando da garantia de direitos fundamentais básicos, deve sempre prevalecer o “Princípio do Mínimo Existencial”, de modo que, não pode o Estado deixar de prover o mínimo

³⁷ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05. maio. 2018

necessário à sobrevivência digna do indivíduo, sob a alegação de inexistência de recursos.

Quando se trata de garantir a dignidade da pessoa presa, não cabe se falar em ativismo judicial ou em intervenção do Judiciário no planejamento orçamentário e nas diretrizes de políticas públicas dos Estados. Cabe ao Judiciário garantir que, além da privação de liberdade, presos provisório e condenados não sejam privados de outros direitos.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁸

Mais uma vez ressalta-se que: casos de determinação de construção e reforma de presídios, não se trata de ativismo judicial. Ao determinar que o ente Federativo faça investimentos no setor prisional para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais já insculpidos na Constituição e em tratados internacionais, o Judiciário não está legislando ou inovando no mundo jurídico, mas apenas determinando que seja cumprida norma já existente.

Além da já mencionada decisão do Supremo, por meio da Medida Provisória n. 781/2017, convertida na Lei n. 13.500/17, foi introduzido o § 6º, no art. 2º, da Lei Complementar n. 79/1994, ficando expressamente vedado o contingenciamento dos recursos do FUNPEN. Assim, em havendo recursos, a União é obrigada a repassar esses valores aos Estados membros.

2.2. POLÍTICAS DE PREVENÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO

A partir do surgimento dos primeiros aglomerados populacionais, a sociedade passou a buscar meios de controle do comportamento humano que, ao mesmo

³⁸ BARROSO, Luíz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 10 de agosto. 2017

tempo em que permitissem a convivência em grupo, fossem capazes de garantir a individualidade, a liberdade e a segurança. Desde então o direito penal vem se mostrando um instrumento eficaz, seja impondo limites, seja punindo aqueles que violam esses limites.

Já no século XVIII, Rousseau defendia a necessidade da imposição de limites que permitissem a convivência em sociedade. Como idéia central de sua obra “O Contrato Social”, Rousseau defendia que em sua essência o homem era bom, sendo corrompido pela estrutura social. De acordo com o filósofo, em seu estado natural o homem deveria ser reconhecido com o bom selvagem. Parte dessa bondade decorreria da liberdade da vida em isolamento, pois não havendo convívio social, o homem era livre para fazer o que melhor lhe aprouvesse, sem a necessidade de se preocupar com a violação do direito alheio.

O surgimento das primeiras sociedades trouxe consigo o direito a propriedade privada que, segundo Rousseau, foi o berço da desigualdade social. Em meio a essa desigualdade social, houve a necessidade de se criar instrumentos de preservação da propriedade privada, surgindo daí a idéia de celebração de um contrato social, capaz de manter a paz e a segurança na sociedade. A celebração desse contrato deveria fazer prevalecer a vontade coletiva, sendo os interesses individuais transferidos para segundo plano e sempre alinhados com o interesse coletivo. Fica a dúvida, como fazer com que o homem abra mão do interesse individual, em prol do interesse coletivo? Ao longo dos tempos o Direito Penal vem sendo utilizado como importante instrumento de coação, permitindo a convivência em sociedade, a partir da imposição de limites ao direito individual. No estado democrático de direito, o direito penal e a imposição de penas são meios eficazes para se alcançar a convivência em sociedade.

“Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar da existência de outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal –, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. (...) É quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade”³⁹

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – Causas e alternativas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 127/128

Compreendida a necessidade do Direito Penal e da imposição de penas para a preservação da vida em sociedade, surgem as teorias justificadoras dessa atuação estatal. Como principais correntes filosóficas da imposição de pena àquele que viola as normas de convívio social, tem-se a teoria retributiva da pena e a teoria preventiva da pena, podendo essa última adotar um caráter geral ou especial.

No dizer que Cezar Roberto Bittencourt, para a teoria retributiva o infrator era tido com um traidor do contrato social, servindo a pena de retribuição para a prática desse mal. Não se falava em ressocializar o indivíduo, preparando-o para o retorno ao convívio social. Também não se falava em imposição do medo, como forma de se evitar a prática de um crime. A pena era a resposta do Estado à prática do delito, uma forma de se retomar ao estado anterior a infração.

Já para as teorias preventivas, a pena serviria para impedir a prática de um crime, fosse de uma forma geral, fosse sobre cada indivíduo separadamente. De acordo com a teoria preventiva geral, a simples existência de um Estatuto Penal e a ciência pela sociedade de que, no caso do cometimento de um crime, daquele estatuto decorreria a imposição de uma pena, já impediria a prática de crimes; preservando-se, conseqüentemente, a paz social. A pena teria um feito psicológico geral, não só a partir de sua existência, mas também pela consciência geral que ela estaria sendo aplicada.

Do mesmo modo que na prevenção geral, na prevenção especial a pena é utilizada como forma de evitar a prática de delitos, mas não de uma forma absoluta e voltada para toda a sociedade. Aqui a pena é dirigida diretamente ao infrator, como forma de evitar que volte ele a delinquir. Tem-se a primeira visão da pena em seu caráter ressocializador. Até então, tanto na teoria repressiva, quanto para a teoria preventiva geral, a pena servia apenas como instrumento punitivo.

O fato é que, do momento em que indivíduo passou a viver em aglomerados humanos, tornou-se indispensável a criação de instrumentos de controle social. Notou-se, a partir daí, que não se poderia afastar o caráter punitivo da pena de seu caráter ressocializador, não sendo prudente se apartar as ideias retributivas das ideias preventivas. Surge então a Teoria Mista ou Unificadora da pena, até hoje adotada no ordenamento jurídico de vários países. A pena começa a ser utilizada como instrumento de repressão e punição, bem como instrumento de ressocialização.

Tão logo superada a fase de imposição de castigos físicos, a pena de prisão se mostrou a melhor alternativa para o exercício desse controle do Estado sobre o homem social. Já num segundo momento, a pena privativa de liberdade se apresentou como o melhor instrumento de ressocialização, acreditando-se que, para evitar nova privação de liberdade, o indivíduo não voltaria a delinquir.

2.2.1. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E REGIME DE PENAS ALTERNATIVAS

Com o aumento da violência veio a certeza de que, embora ainda necessária, a pena de prisão não se mostrava plenamente eficaz para combater a criminalidade e reabilitar o delinquente para o convívio social. Passou-se então a buscar novas alternativas, novas penas que, embora sem a privação de liberdade, fossem capazes de cumprir esse duplo papel de reprimir e prevenir.

Em grande parte, essa percepção da ineficiência da pena de prisão se deveu ao colapso do sistema prisional, já sentido em meados do século XIX, quando nos Estados Unidos surgiu o que hoje se convencionou chamar de suspensão condicional da pena. Nota-se que a primeira tentativa de reduzir o encarceramento não decorreu da imposição de penas diversas da privação de liberdade, mas da possibilidade de suspensão e não execução de pena de prisão já imposta.

Porém, como já afirmamos, a maioria dos doutrinadores atribui a origem moderna da suspensão condicional ao projeto apresentado por *Berenger* em 1884, no parlamento francês, que consagrava a suspensão condicional da pena. (...) A Bélgica, sabendo do indiscutível valor do trabalho de *Berenger*, adiantou-se, e, com a Lei de 31 de maio de 1888, adotou o novo instituto. Coube-lhe, assim, a honra de ser o primeiro país da Europa Continental a introduzir em sua legislação as vantagens da melhor política criminal por meio do instituto da suspensão condicional da pena, também conhecido como *sursis*. (...) O Brasil o adotou por meio do Decreto n. 16.588, de 6 de setembro de 1924.⁴⁰

Ao criar esse novo sistema Berenger tinha em mente a já visível falência do sistema prisional e o alto índice de reincidência, ficando evidente que os crimes

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – Causas e alternativas. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246/247

subsequentes eram, normalmente, mais graves que aqueles que levaram o indivíduo ao cárcere pela primeira vez.

Conforme já citado alhures, o primeiro regime penal vigente no Brasil foi aquele imposto pela Coroa Portuguesa. Conhecido por sua crueldade, o Livro V das Ordenações Filipinas não trazia qualquer referência a instituto semelhante à suspensão condicional da pena ou as penas alternativas. Jamil Chaim Alvez sustenta que, apesar de haver um parentesco entre a atual pena de prestação de serviço a comunidade e as penas de Gales, estas se diferenciavam em quase todos os aspectos. Enquanto aquelas são aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade, essas eram penas autônomas, e a aplicação não dependia da concordância do condenado. Outro ponto de grande diferença era a duração de uma ou outra medida, tendo a pena de prestação de serviço uma duração previamente estabelecida, enquanto que pena de Gales poderia ser perpétua.

Como última diferença entre uma e outra medida, Jamil Chaim Alvez menciona a finalidade precípua da prestação de serviço a comunidade, qual seja: a ressocialização do condenado. Dado o caráter retributivo do Livro V das Ordenações Filipinas, a pena de Gales tinha por único objetivo punir o condenado, não se cogitando a possibilidade de fazer dele uma pessoa melhor, quando de eventual retorno ao convívio social.⁴¹

Já em 1830, o Código Criminal do império introduziu em nosso ordenamento jurídico a base do sistema de dia-multa, ainda hoje utilizado. Outra inovação desse instituto foi a primeira previsão de possibilidade de imposição de pena de suspensão e perda de emprego, medida essa que pode ser comparada à interdição temporária de direito, hoje prevista no Código Penal.

Nem a pena multa, nem a pena de suspensão de emprego tinham caráter substitutivo, não se tratando de medida adotada para diminuir a pena de prisão. Essas medidas eram penas autônomas, decorrendo sua imposição diretamente da prática do crime.

O Código de 1890 também não trouxe institutos semelhantes à suspensão condicional da pena ou a pena restritiva de direito, embora fizesse referência direta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre esse diploma importa destacar

⁴¹ ALVES, Jamil Chaim. Penas alternativas: teoria e prática. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 36.

a criação do livramento condicional e da possibilidade de cumprimento de pena em colônias agrícolas.

Em 1932, foi publicada uma coletânea das leis penais então vigentes. Tendo recebido o nome de Consolidação das Leis Penais, o Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, recepcionou suspensão condicional da pena, introduzida pelo Decreto n. 16.588, de 6 de setembro de 1924. Foram mantidos o livramento condicional, a pena de multa e suspensão e perda de emprego.

O Código de 1940, ainda hoje em vigor, era um diploma relativamente avançado para o seu tempo. Apesar disso, esse Código não trouxe qualquer referência à pena restritiva de direito.

Data de 1966 a primeira tentativa de se buscar um substituto à pena de prisão. É desse período a primeira referência a criação de colônias agrícolas. A partir de uma tentativa de modernizar o direito penal pátrio, Nelson Hungria elabora o projeto do que seria o Código Penal de 1969. Apesar das inúmeras críticas, o novo código previa a conversão da pena de reclusão em detenção e a substituição desta pela pena de multa, quando o condenado fosse primário e de baixa periculosidade. Em razão das já citadas críticas, esse diploma nunca entrou em vigor.

Em virtude da não entrada em vigor do Código de 1969, a doutrina aponta a reforma penal de 1984 como a origem das penas alternativas e da introdução, em nosso ordenamento jurídico, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade já imposta, por outra que não implicasse no encarceramento do condenado.

Já na exposição de motivos da lei que alterou a parte geral do Código Penal de 1940, o legislador ressaltou que a pena privativa de liberdade só deveria ser aplicada quando estritamente necessária; isso como forma de se impedir o uso do sistema prisional pela criminalidade, em seu próprio favor. Restou claro que as penas alternativas deveriam ser aplicadas aos criminosos de pouca ou nenhuma periculosidade, impedindo-se, assim, que, no meio prisional, fossem eles contaminados por aqueles que cometessem crimes mais graves.

No Código de 1940, o instituto da suspensão condicional da pena foi usado como limite para a substituição da pena de prisão, por pena restritiva de direito. O legislador deixou claro, porém, que, em havendo sucesso nessa experiência inicial, essa possibilidade de substituição poderia vir a ser ampliada.

Com essa reforma, passaram a existir quatro penas alternativas no Código Penal: multa (art. 49 e seguintes) – tendo-se voltado a adotar o sistema dias-multa -, prestação de serviço à comunidade (primitivos arts. 43, I e 46), limitação de fim de semana (primitivos arts. 43, III e 48) e interdição temporária de direitos (primitivos artigos 43, II e 47), a qual se dividia em proibição do exercício de cargo, função, profissão, etc. e suspensão de autorização para dirigir veículo (art. 47, I e III), estas três denominadas restritivas de direitos (art. 43).⁴²

Hoje, além da possibilidade de suspensão da execução da pena, introduzida no nosso direito em 1924, deve o Juiz verificar a possibilidade de substituição da pena de prisão por outra diversa daquela, sendo tanto essa substituição, quanto suspensão da execução, direito subjetivo do condenado; de modo que, somente por meio de decisão fundamentada e quando ausente quaisquer dos requisitos legais, pode o Magistrado deixar de conceder tais benefícios.

2.2.1.1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

A suspensão condicional da pena foi a primeira tentativa de se reduzir a imposição da pena de prisão no Brasil. O primeiro registro desse instituto data de 1924, ou seja, muito antes da reforma penal de 1984, que permitiu a substituição da pena. Foi, porém, durante a reforma de 1984 que esse instituto ganhou maior relevo, sendo aperfeiçoado.

O objetivo desse instituto é idêntico aquele que levou o legislador a criar as penas alternativas: impedir que o autor de crime pouco grave e portador de baixa periculosidade venha a ser levado ao cárcere, onde entrará em contato e poderá ser contaminado por criminosos mais perigosos. Previsto nos arts. 77 a 82 do Código Penal, a suspensão condicional da pena é limitada aos casos em for imposta pena privativa de liberdade não superior a dois anos. O que se considera aqui não é a pena *in abstracto*, prevista no preceito secundário da norma penal, mas a pena *in concreto*, imposta pelo Magistrado na sentença. Essa suspensão da execução da pena poderá perdurar por um período de dois a quatro anos, quando o condenado ficará obrigado a cumprir as condições imposta pela lei e pelo Juízo processante.

⁴² ALVES. Jamil Chaim. Penas alternativas: teoria e prática. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 46.

Além da pena máxima de dois anos aplicada *in concreto*, são requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo: que o condenado não seja reincidente em crime doloso; que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; e que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. Ou seja, quando da prolação da sentença, deve o Magistrado, por primeiro, verificar se é possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Somente nos casos em que não for possível essa substituição, e estando presentes os demais requisitos do art. 77, do Código Penal, será possível a concessão do *sursis* da pena.

Em 1998 foi criada uma nova hipótese de concessão do *sursis* da pena, aplicável apenas aos maiores de 70 anos e aos comprovadamente doentes. Por essa nova hipótese a pena *in concreto* a permitir a concessão do benefício foi ampliada de 02 para 04 anos, sendo ampliado também o período de suspensão ou período de prova, de 02 para 04 a 06 anos. Não custa frisar que a pena superior a dois anos e não superior a quatro anos só poderá ser suspensa quando o condenado contar com mais de setenta anos, ou quando seu grave estado de saúde não permitir seja ele colocado em unidade prisional.

Antes da reforma de 1984, a grande crítica que recaía sobre o instituto da suspensão condicional da pena era a ausência de obrigação a ser imposta ao condenado por ela beneficiado. De acordo com doutrina, a mera não execução da pena, sem a imposição de qualquer obrigação, recaía sobre o condenado como um prêmio, restando esvaziados tanto o objetivo repressor, quando o objetivo ressocializador da norma. Era comum que presos beneficiados pelo *sursis* da pena voltassem a delinquir, pois a completa ausência de execução da pena não lhe permitia criar consciência quanto à gravidade da conduta por ele praticada e o reflexo desta no convívio social.

Visando corrigir esse defeito da norma anterior, o legislador reformador de 1984 introduziu, no art. 78, a obrigatoriedade imposição de condições ao condenado, estas já previstas em lei, bem como a possibilidade de imposição de condições outras pelo Magistrado. Em regra, no primeiro ano de suspensão o condenado deverá prestar serviço à comunidade ou submeter-se a limitação de fim semana, havendo a possibilidade de substituição dessas obrigações pela proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de se ausentar da Comarca onde

reside, sem autorização do juiz, e pela obrigação de comparecimento pessoal a júízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Sendo aplicada essa substituição, as três condições ora citadas deverão incidir de forma cumulativa.

Em sua obra *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, Cezar Roberto Bittencourt enfatiza que a execução das penas de multa e restritivas de direito não pode ser suspensa, ficando o *sursis adstrito* a pena privativa de liberdade. Também nessa obra o autor faz duras críticas a possibilidade de imposição da restrição de fim de semana. Segundo o doutrinador, se o objetivo da suspensão é evitar o encarceramento do condenado e permitir sua reintegração no seio da sociedade através da ressocialização, nenhum sentido terá a imposição de seu recolhimento obrigatório a casa do albergado, nos fins de semana.

O texto reformador trouxe a possibilidade de revogação do benefício, quando então o condenado deverá cumprir a pena privativa de liberdade que lhe fora imposta. Essa revogação será obrigatória quando beneficiado é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; quando frustrar, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano; e quando descumprir a condição do § 1º do art. 78. Por seu turno, a revogação será facultativa, ficando a decisão a critério do Magistrado, quando o condenado descumprir qualquer outra condição imposta pelo Júízo, que não as acima mencionadas, ou for condenado pela prática de crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Expirado o período de prova, sem revogação, restará extinta a pena privativa de liberdade.

Em que pese o reconhecido avanço introduzido por essa norma, na prática o instituto da suspensão condicional da pena não desafogou o sistema prisional, pois se trata de benefício a incidir sobre as condenações em regime aberto. Pela legislação em vigor, aquele condenado a cumprir pena em regime aberto, deveria ser levado a se recolher em casas do albergado. Ocorre que, embora tenha sido fixado prazo legal para a construção dessa unidade pela União e pelos Estados, essa norma foi quase que completamente descumprida, sendo raras as casas do albergado hoje em funcionamento no país.

Na prática, quando condenado a cumprir pena em regime aberto e em não sendo possível a suspensão condicional da pena privativa de liberdade ou substituição desta por pena restritiva de direito, o condenado é colocado em prisão domiciliar, não chegando, por isso, a ocupar vaga no sistema prisional.

Apesar do seu pouco efeito no esvaziamento dos presídios, é inegável que o *sursis* da pena impede o contato dos presos pouco perigosos com aqueles de alta periculosidade, reduzindo-se em muito a reincidência.

Embora não seja objeto desse estudo, deve ser citada a elevada concessão do *sursis* da pena nos Juizados de Combate a Violência Doméstica contra a mulher. A Lei n. 11.340/06 proibiu a aplicação dos benefícios previstos na Lei n. 9.099/95 aos casos de violência doméstica contra a mulher, não cabendo se falar, por isso, em transação penal, composição civil ou suspensão do processo. Por outra banda, em se tratando de delitos praticados com violência ou grave ameaça, também não é possível a imposição de pena restritiva de direito; sendo a suspensão condicional da pena de grande valia quando do julgamento desses delitos.

Dada a natureza dos delitos e a relação familiar normalmente existente entre a vítima e o agressor, é comum que, fazendo usos do disposto nos arts. 79 e 152, parágrafo único do Código Penal, os Magistrados imponham ao condenado a obrigação de comparecer a terapia ou palestras de recuperação e reeducação, onde é realizado o atendimento psicossocial. Enorme é a importância desse instituto no combate a violência contra a mulher.

2.2.1.2 DAS PENAS ALTERNATIVAS.

Também por meio da reforma de 1984 o legislador trouxe a possibilidade de, quando da prolação da sentença penal condenatória, o Juiz substituir a pena privativa de liberdade por medida de outra natureza. Atualmente o Código Penal prevê as seguintes penas alternativas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço a comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, multa e prestação pecuniária. A doutrina costuma subdividir a pena de interdição temporária de direitos em proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública ou de profissão que dependa de habilitação especial; suspensão de autorização para dirigir veículos; proibição para frequentar determinados lugares, proibição de inscrever-se em concurso público e limitação de fim de semana.

Seja qual for o tipo da pena alternativa, sua criação tem por objetivo impedir a imposição da pena de prisão aos casos onde a natureza do delito e a pouca periculosidade do condenado demonstrem não ser necessária a imposição de pena privativa de liberdade. Pretende-se evitar a contaminação do preso pouco perigoso,

por aqueles de elevada periculosidade, dentro do sistema prisional; diminuindo-se, conseqüentemente a reincidência.

a prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução.⁴³

As penas restritivas de direitos estão enumeradas no art. 43, do Código Penal, sendo aplicáveis de forma autônoma e substituindo a pena privativa de liberdade quando presentes os seguintes pressupostos legais: quando for aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; quando o réu não for reincidente em crime doloso; e quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Esses pressupostos são cumulativos, de modo que na ausência de qualquer deles, fica vedada a concessão do benefício da substituição da pena.

Tratando-se de penas autônomas, podem ser elas aplicadas isoladamente ou em conjunto, sempre com a observância do disposto no art. 44, § 2º, do CPB. Assim, imposta pena igual ou inferior a um ano e estando presentes os requisitos acima enumerados, é direito subjetivo do condenado seja a pena privativa de liberdade substituída por uma pena de multa ou por uma pena restritiva de direitos. Já nos casos em que for imposta condenação superior a um ano e não superior a quatro anos, e estando presentes requisitos já citados, a pena privativa de liberdade deverá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Diz-se deverá porque, em se fazendo presentes os requisitos objetivos e subjetivos, essa substituição é obrigatória. Somente no caso de ausência dos pressupostos e de forma fundamentada, poderá o juiz deixar de conceder o benefício.

Como regra geral é vedada a concessão do benefício ao réu reincidente, porém, por razões de política prisional e visando evitar o encarceramento em massa, a Lei n. 9.714/98 permitiu a concessão da substituição da pena ao réu reincidente,

⁴³ FRAGOSO, Cláudio Heleno. Direitos dos Presos. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

quando a medida for socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Caso o condenado venha a descumprir a pena substitutiva ou as condições impostas pelo Juízo, o benefício poderá ser revogado, convertendo a pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Também por meio da Lei n. 9.714/98, o legislador estabeleceu que, nos casos de revogação do benefício, deveria ser aplicada a detração, sendo deduzido da pena privativa de liberdade imposta, o tempo cumprido da pena restritiva de direitos.

A primeira das penas alternativas elencadas no art. 43, do CPB é a prestação pecuniária, podendo ser ela de multa ou pagamento de certa importância a vítima. Há doutrinadores que classificam a perda de bens e valores como espécie do gênero prestação pecuniária.

O legislador penal pátrio, quando da reforma de 1984, permitiu fossem imposta as seguintes reprimendas: pena de privação de liberdade, pena restritiva de direito e/ou pena de multa, tudo a depender da natureza do delito praticado e do *quantum* de pena imposta *in concreto*. No caso específico da pena de multa, o *quantum* a ser imposto, tal qual ocorre com as demais penas substitutivas, não é previsto no preceito secundário do tipo penal, mas na parte Geral da lei substantiva penal, arts. 49 a 52. Alguns tipos penais prevêem a imposição da pena da multa já no preceito secundário, nessas hipóteses a multa não terá um caráter substitutivo, tratando-se de pena principal.

Em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, a reforma penal de 1984 reintroduziu o sistema dos dias-multa.

Para Cezar Roberto Bitencourt, por medida de Justiça, o cálculo do dia multa deveria ser realizado a partir da renda média do autor, de modo que, nos casos em que o acusado auferisse renda menor que um salário mínimo, o dia multa não poderia ser calculado com base neste. Em que pese a justeza dessa teoria, o legislador optou por utilizar o salário mínimo como base do cálculo do dia-multa, estabelecendo que este não poderá ser inferior a um trigésimo do salário mínimo, nem superior a 5 salários mínimos. Somente nos casos em que a situação econômica do réu permitir e quando essa situação fática tornar inócua a pena imposta dentro dos limites ora citados, o Juiz poderá elevá-la até triplo do máximo ora citado.

Em primeira análise deverá o Magistrado estabelecer a quantidade de dias-multa a ser imposta ao caso, passando em seguida a calcular o valor de cada dia

multa. Por derradeiro deverá verificar se o valor encontrado é suficiente para punir e prevenir, ou se seria aconselhável aplicar o aumento previsto no art. 60, § 1º, do CPB.

Ainda sobre a pena de multa é importante dizer que não é possível sua conversão em pena de prisão. Trata-se de dívida de valor, ensejando seu não pagamento no ajuizamento de execução pela Fazenda Pública, com eventual penhora de bens, caso existentes. Dada a grande quantidade de processos de execução movidos pela Fazenda Nacional, o número reduzido de procuradores e a grande probabilidade de restar a execução infrutífera, em razão da inexistência de bens penhoráveis, muitas das vezes o tesouro opta por não ajuizar a execução, passando a imposição da pena de multa substitutiva a ser um prêmio para o condenado, que deixa de sentir a forma repressiva do Estado.

Outra pena alternativa de cunho pecuniário é prestação pecuniária em favor da vítima, consistente no pagamento de certa quantia de dinheiro em favor desta. Não sendo possível a realização do pagamento diretamente a vítima, essa importância pode ser paga aos seus dependentes ou a entidade pública ou provada com destinação social. Também aqui é estabelecido como base o valor de um salário mínimo e como teto 360 salários mínimos. Embora venha classificada como pena restritiva de direito, essa reprimenda é na verdade uma pena pecuniária, tal qual a multa e a perda de bens e valores. Eventual valor pago a vítima a título de prestação pecuniária será deduzido de condenação em ação de reparação civil superveniente, se coincidentes os beneficiários.

A última das prestações pecuniárias é a perda de bens e valores. Para Cezar Roberto Bitencourt essa medida consiste na verdade em pena de confisco, reprimenda esta não admitida no nosso direito. Não se trata aqui de confisco efeito da condenação, quando na sentença o juiz determina o perdimento, em favor da União, dos instrumentos e produto do crime. Na perda de bens e valores substitutiva o Estado se apropria dos bens do condenado, nos limites do prejuízo por ele causado e do proveito obtido com o crime. Tais valores são destinados ao Fundo Penitenciário Nacional.

Sobre a restrição de fim de semana é importante dizer que essa pena foge ao objetivo de esvaziamento do sistema prisional, uma vez que obriga ao recolhimento do condenado as casas de albergados, nos finais de semana e dias de folga. Ao introduzir essa norma, pretendia o legislador fazer valer seu poder punitivo, impondo

a restrição de liberdade nos finais de semana, ao mesmo tempo em que ressocializava o condenado, permitindo-lhe o exercício de atividade laboral e o convívio familiar durante a semana. Ao determinar o recolhimento nos dias de folga e finais de semana, pretendia-se evitar que, no ósseo, o condenado voltasse a delinquir.

Ante a inexistência de casas do albergado no país, a restrição de fim de semana vem sendo pouco aplicada, tratando-se quase que de letra morta. As poucas vagas existentes em albergues vêm sendo destinadas a presos beneficiados com o regime aberto. É desaconselhável colocar, no mesmo ambiente, aqueles inicialmente condenados a regime fechado ou semiaberto, ainda que já beneficiados com o regime aberto, com aquele preso que, desde a época da prolação da sentença fez jus a pena alternativa.

Nos poucos casos em que é aplicada, a restrição de fim de semana vem substituindo o recolhimento em albergue pelo recolhimento domiciliar, ficando o condenado impedido de deixar a sua residência no período determinado na sentença. Ocorre que, em não havendo qualquer tipo de fiscalização, essa medida acaba gerando no condenado a sensação de impunidade, não sentido ele o poder punitivo ou repressivo do Estado. Uma alternativa para essa questão seria a colocação de tornozeleira eletrônica no condenado, as sextas-feiras, com sua remoção toda segunda-feira pela manhã, mesmo procedimento a ser adota nas vésperas e após os feriados. A manutenção desse dispositivo em tempo integral traria ao condenado constrangimento maior do que a pena imposta em sentença, não sendo por isso admitido. A falta de estrutura estatal impede adoção dessa solução.

Dentre todas as penas substitutivas previstas no Código Penal, sem dúvida alguma, a de maior importância e aplicação é a prestação de serviço a comunidade. Sendo das poucas medidas a permitir fiscalização, normalmente exercida por representantes da instituição beneficiada, que comunicam ao Juízo eventual descumprimento. Essa pena vem se mostrando relativamente eficaz, fazendo pesar sobre o condenado o poder punitivo e ressocializador do Estado Juiz.

A substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviço a comunidade é limitada as condenações superiores a 06 meses e inferiores a 04 anos, quando presentes os requisitos descritos no art. 44, do CPB. O apenado prestará serviço gratuito, devendo lhe ser atribuída atividade compatível com sua

aptidão. A quantidade de dias de trabalho será calculada a partir do quantum de pena privativa de liberdade imposta em sentença, correspondendo cada dia de pena a uma hora de trabalho. É essencial que o cumprimento dessa pena não prejudique a atividade laboral do condenado, pois do contrário a medida violaria seu objetivo ressocializador.

Por fim tem-se a restrição temporária de direitos, aplicáveis a tipos específicos de crimes. Essa pena é normalmente imposta quando o delito praticado está relacionado a atividade laboral do condenado. Outra hipótese de imposição desse tipo de pena é aquela prevista nos crimes de trânsito, quando o condenado tem suspenso seu direito de conduzir veículo automotor.

A crítica que se faz a esse tipo de reprimenda é o fato de que, por muitas das vezes, o direito suspenso está ligado à atividade do laboral do condenado, de modo que, ao impedir o exercício da profissão, estar-se-ia impedido o réu de aferir os valores necessários à sua manutenção e de sua família. Ainda que de forma indireta, essa reprimenda estaria saindo da esfera pessoal do condenado, para atingir a sua família e todos aqueles que dependem economicamente dele.

Em que pese o argumento aqui levantado, nos casos em que é necessária a imposição de pena que impeça o condenado de exercer a sua profissão ou que o impeça de conduzir veículo, deve prevalecer o interesse coletivo, que se sobreporá ao interesse individual do condenado e seus familiares. Não pode o Estado, sob o argumento de que a suspensão do direito impedirá o exercício da atividade remunerada, deixar de proteger a sociedade.

A doutrina costuma classificar como interdição temporária de direitos a imposição de restrição para que condenado frequente determinados lugares, como bares e assemelhados, por exemplo. Essa proibição visa evitar que, permanecendo nesses ambientes, o acusado volte a delinquir. Aqui também se estará diante do mesmo problema encontrado quando da restrição de fim de semana cumprida mediante recolhimento domiciliar: a falta de fiscalização. Não havendo fiscalização, a medida se tornará inócua.

Resumidamente, tanto quando da criação da suspensão condicional da pena, como quando da criação das penas substitutivas, o legislador tinha por objetivo inicial encontrar uma alternativa a pena de prisão, ficando essa limitada aos casos estritamente necessários e impostar quando do cometimento de crimes mais graves por preso de maior periculosidade. Ocorre que, em se tratando de medidas

aplicáveis aos casos em que é imposta pena máxima de quatro, a ser cumprida em regime aberto, é mínimo o efeito de uma e outra na superlotação do sistema prisional. Apesar disso deve ser reconhecido o efeito dessas medidas na redução da reincidência.

2.2.2. CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E JUÍZO DE GARANTIAS

Todas as medidas mencionadas no tópico anterior – suspensão condicional da pena e penas restritivas de direito substitutivas de pena privativa de liberdade – surgiram da necessidade de se reduzir o elevado encarceramento. Porém, um outro problema persistia: o elevado número e prolongado encarceramento de presos provisórios, quando o réu é recolhido a prisão, antes da prolação de sentença penal condenatório.

De início é importante ter em mente que, embora haja preceito constitucional a determinar a separação dos presos provisório dos condenados e dentre estes e aqueles os de maior ou menor periculosidade, são raras as Comarcas onde há estabelecimento penal que permita o cumprimento dessa norma. Essa conduta estatal, de manter presos provisório e condenados no mesmo local, é extremamente prejudicial, sobretudo nos dias atuais, onde as unidades prisionais vêm sendo dominadas pelo crime organizado. É comum que as organizações criminosas usem dessa situação para captar novos membros, não sendo raros os casos em que um indivíduo levado ao cárcere de forma provisória, pelo cometimento de crime de média gravidade, venha a ser posto em liberdade, e posteriormente preso por prática de delito mais grave, já relacionado ao crime organizado. Há que se considerar ainda os casos de ameaça e coação exercida por presos condenados, sobre presos provisórios e suas famílias.

Tendo em mente todo esse quadro dramático e não havendo previsão de construção de novos estabelecimentos penais em curto prazo, visando diminuir o número de prisões provisórias, foi realizada reforma em parte do Código de Processo Penal, com a introdução das medidas cautelares diversas da prisão. A Lei n. 12.403/11 alterou a redação ao Título IX, do CPP, que passou a tratar, além da prisão provisória, das medidas cautelares, como alternativas àquela.

Tal qual ocorre nos casos de decretação da prisão preventiva, quando da imposição das cautelares diversas da prisão, o Magistrado deverá verificar a necessidade da medida para a garantia da futura aplicação da lei penal, para a conveniência da investigação ou da instrução criminal. Além disso, deverá ser considerada a natureza do delito praticado e a periculosidade do agente. Somente nos casos em que não for suficiente a imposição de medida cautelar, deverá ser decretada a prisão preventiva. O Juízo deve sempre proferir decisão com base em critério de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Não são medidas substitutivas da prisão preventiva, mas alternativas ao encarceramento (prisão preventiva), embora não percam seu caráter de cautelaridade e nem o de constrangimento do suspeito, imputado ou acusado da prática de infração criminal. Ocupam, portanto, uma posição intermediária entre a liberdade provisória e a prisão preventiva.⁴⁴

Do mesmo modo que não se admite a decretação da prisão preventiva nos crimes em que não for imposta pena privativa de liberdade, não se admite seja a eles imposta cautelar diversa da prisão. No art. 319, do CPP são elencas as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-

⁴⁴ GIACOMOLLI, NEREU. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. Madri: Marcial Pontes. Citado por MARQUES, Mateus. Resolução 213 do CNJ – art. 9º e 10. Audiência de custódia. Comentários à resolução do Conselho Nacional de Justiça. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 116

imputável e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e o monitoramento eletrônico. Trata-se de rol taxativo.

Quando da análise do caso concreto, o Magistrado pode optar por aplicar uma ou mais cautelares, sendo regra que o encarcerado seja intimado para se manifestar, antes de proferida a decisão. Somente nos casos em que a prévia ciência do encarcerado puder levar a ineficácia da medida, essa intimação será dispensada.

Eventual descumprimento da cautelar imposta ensejará sua substituição por outra ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva. A norma adjetiva penal não estabeleceu prazo para a manutenção das cautelares, devendo o Magistrado reavaliar sua necessidade sempre que sobrevier pedido das partes ou mesmo de ofício, quando da análise de procedimento criminal. Eventual revogação não impede seja a medida novamente decretada.

Sem sombra de dúvida a possibilidade de monitoramento eletrônico foi a maior inovação introduzida pela reforma processual penal de 2011, pois, por meio da instalação de um dispositivo monitorado via satélite, é possível manter certo controle sobre a pessoa do investigado/acusado, cerceando-se parcialmente seu direito de ir e vir, sem que venha ele a ocupar uma vaga no sistema penitenciário. Outra vantagem dessa cautelar é seu baixo custo, sendo necessário valor infinitamente menor do que aquele despendido para manter um investigado no cárcere de forma provisória.

De extrema importância tem sido o uso da cautelar do monitoramento eletrônico nos processos de Violência Doméstica. A quase totalidade dos feitos em tramitação nos Juizados de Combate a Violência Doméstica visam apurar a prática de crimes cuja imposição de pena máxima permitiria o seu cumprimento em regime aberto. Em não havendo efetivo encarceramento do agressor, após o trânsito em julgado da sentença, desproporcional seria seu encarceramento provisório. Ocorre que, dada a natureza desses crimes e a relação familiar quase sempre existente entre as partes, faz-se necessário garantir que o agressor não venha a se aproximar da vítima e de seus familiares, seja para resguardar a integridade física destes, seja para impedir a atuação direta do agressor sobre os meios de prova. Dentro desse quadro, o monitoramento eletrônico vem se mostrando extremamente eficaz.

Havendo necessidade, quando da concessão da medida protetiva descrita no art. 22, II, da Lei n. 11.340/06, poderá ser imposta a cautelar do monitoramento eletrônico, garantindo-se assim que o agressor não venha a se aproximar da vítima. Nesses casos, a tecnologia permite seja entregue à vítima o chamado botão de pânico, a ser utilizado quando do descumprimento de medida de afastamento pelo agressor. Acionado tal dispositivo, a central de monitoramento é informada que o agressor está próximo da vítima, sendo possível a sua prisão imediata.

A legislação penal esparsa prevê outras cautelares, além já citadas medidas protetivas da Lei n. 11.340/06. Cite-se a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294, do Código de Trânsito Brasileiro); e o afastamento cautelar do denunciado de suas funções (art. 56, § 1º, da Lei n. 11.343/06).

Outro importante instrumento de combate a encarceramento provisório é a audiência de custódia. Embora originalmente implementada para combater a prática de abusos pelos agentes policiais, quando do cumprimento de mandados de prisão e realização de prisões em flagrante, esse contato imediato do preso com o Magistrado, permite seja analisada a necessidade da manutenção da custódia, antes mesmo do apenado ser levado a uma unidade prisional.

Por meio da Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça buscou dar efetividade ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O julgamento pelo STF do RE 466.343 deve ser considerado um importante marco para a edição da Resolução 213, pois foi a partir desse julgamento que a Supre Corte passou a entender que os tratados de direitos humanos aprovados pelo legislativo e ratificados pela Presidente da República terão uma tratamento supralegal, posicionando-se abaixo da Constituição, mas acima das legislação infraconstitucional; salvos nos casos em que a aprovação no congresso se dê por maioria qualificada, quando os tratados internacionais de direitos humanos passarão a ter tratamento constitucional.

Essa nova postura do STF permitiu a imediata vigência interna dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos, ficando dispensa a edição de Lei posterior a sua ratificação. Considerando tal posicionamento jurisprudencial, os membros do Conselho Nacional de Justiça entenderam que a audiência de custódia já havia sido regularmente introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio da

ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, servindo a Resolução 213 apenas para regulamentar sua implementação pelos diversos tribunais do país.

Já em suas considerandas a Resolução n. 213 esclarece que a prisão é medida extrema, só aplicável nos casos de comprovada necessidade e quando não suficiente a imposição das medidas cautelares já citadas. Também nas considerandas é citado relatório sobre a realidade dos presídios do país, elaborado pelo CNJ em parceria com o Conselho Penitenciário Nacional, que tornou pública a superlotação e o elevado número de presos provisórios. Resta claro que, além de coibir a prática da tortura pelos agentes policiais, a audiência de custódia visa impedir o encarceramento em massa, reduzindo o número de prisões provisórias apenas aos casos extremamente necessários.

Em seu art. 1, a Resolução n. 213 determina que toda pessoa presa seja apresentada a autoridade judiciária competente, no prazo máximo de 24 horas, contado da comunicação da prisão em flagrante. Esse prazo admite prorrogação nos casos em que prisão se dê em local onde não haja juiz, sendo necessária a condução do preso até a Comarca mais próxima, ou no caso de impedimento do Juiz Competente, quando o flagranteado deverá ser conduzido até o seu substituto legal, que, por vezes, poderá estar em Comarca distinta.

Embora a Resolução trate da apresentação do flagranteado, passados quatro anos de sua publicação, restou pacificado que quando a prisão decorrer do cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária, o preso também deverá ser levado à audiência de custódia. Há quem defenda que também aqueles recolhidos para início de cumprimento de pena, têm direito a apresentação na audiência de custódia.

Dúvida persiste quando a necessidade de apresentação do menor apreendido, em razão da prática de ato infracional. Analisada a questão a partir da Convenção Americanas de Direitos Humanos, chegar-se-á a conclusão de que a apresentação ao representante do Ministério Público, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, supre a necessidade de apresentação na audiência de custódia, isso por que a CADH determina que “toda pessoa detida ou retida de ser conduzida, sem demora, à apresentação de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer as funções judiciais”. Se entendermos que o *parquet* foi autorizado pelo ECA a exercer essa função judicial, fica afastada a necessidade de apresentação do menor infrator apreendido à audiência de custódia.

Em sentido opôs há quem sustente que, ainda que Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleça a obrigatoriedade de apresentação do menor apreendido ao Ministério Público, seria obrigatória sua condução à audiência de custódia sempre que, oferecida a representação, fosse requerida a internação provisória. Por ora, vem prevalecendo o primeiro entendimento, com a apresentação dos adolescentes ao Ministério Público e ficando o *parquet* incumbido de verificar eventual prática de abuso por parte dos agentes policiais. Também caberá ao Ministério Público a análise preliminar sobre a necessidade da internação provisória. Quanto à autoridade judiciária, caber-lhe-á a função de decidir sobre o pedido de internação provisória, isso sem a apresentação física do apreendido.

Ao fazer uso do termo “audiência”, o Conselho Nacional de Justiça tinha por objetivo deixar claro se tratar de ato formal e oral, sendo obrigatória a presença do Ministério Público e do Defensor do acusado; que poderá ser por ele constituído ou nomeado pelo Juízo, na condição de dativo, caso o apresentado não tenha advogado. Deverá sempre se assegurado o direito do preso de ser previamente atendido por seu defensor, de forma reservada.

O art. 8º, da Resolução n. 213/15 trata do procedimento a ser adotado na audiência de custódia e os questionamento do Magistrado ao apresentado. Nessa fase não serão realizadas indagações sobre os motivos da prisão ou sobre o delito imputado ao apresentado, devendo a Autoridade Judiciária se limitar a perguntar sobre o ato da prisão em si, se foram garantidos os direitos constitucionais do preso, se foi ele torturado ou vítima de qualquer outro tipo de violência, se foi submetido a exame de corpo de delito; bem como sobre seu meio de vida e profissão. O preso deverá ser inquirido ainda sobre a existência de dependentes menores e se faz uso de substancia entorpecente. Após obtidas todas essas respostas e analisado o auto de prisão em flagrante, caberá ao Juiz decidir pela homologação ou não do auto, pela concessão da liberdade provisória com ou sem cautelares e, se for o caso, pela decretação da prisão preventiva.

Portanto os objetivos da audiência de custódia consistem em: a) averiguar a ocorrência de algum tipo de violência porventura praticada contra a pessoa apresentada, em particular tortura e maus-tratos, desde a efetivação de sua prisão cautelar por parte das autoridades públicas encarregadas do ato, até o momento de sua apresentação em audiência de custódia; b) identificar corretamente a pessoa apresentada, sobretudo, a fim de confirmar se ela é realmente a pessoa contra quem foi expedida a ordem de prisão; c) ouvir a pessoa apresentada acerca das circunstâncias em que se realizou sua

prisão pelas autoridades públicas (cientificando-a, em todo caso, acerca da possibilidade do uso do direito constitucional ao silêncio); d) verificar a legalidade do ato de prisão; bem como se não se encontra extinta a punibilidade.⁴⁵

Constatado indício de tortura, caberá ao Magistrado encaminhar cópia do termo de audiência à autoridade competente para apurar possível prática dessa infração. Em regra, noticiada a prática de tortura pelo apresentado ou sendo constatada a violência por meio do exame de corpo de delito ou de forma visual, o Magistrado que preside a audiência de custódia determinará a remessa de cópia do termo ao órgão do Ministério Público responsável pelo controle externo da atividade policial e a Corregedoria de Polícia, cabendo a esses órgãos apurar tal fato.

Também por meio da Resolução n. 213/15, o Conselho Nacional de Justiça impôs às Secretarias de Segurança Pública e às Secretarias de Administração Penitenciária dos Estados a obrigação de conduzir o preso à presença do Magistrado responsável pela realização da audiência. Somente no caso de grave enfermidade do preso, que impossibilite sua apresentação na audiência, deverá o Magistrado se deslocar até o local onde ele se encontra internado, isso acompanhado do Ministério Público e do Defensor ou Advogado.

Desde a implementação da audiência de custódia, a entrada de presos nas unidades prisionais ficou condicionada a apresentação de mandado de prisão preventiva, de modo que, só após realizada a audiência de custódia e convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, poderá ser ele levado ao presídio. Antes de expedido esse documento, o preso deverá ser mantido nas delegacias de polícia ou em outro local designado pelas Secretarias de Segurança Pública. Tal medida visa garantir que somente nos casos de necessidade, o indivíduo terá cerceada sua liberdade e entrará em contato com outros presos.

Mais recentemente, por entender que a audiência de custódia, nos moldes implementados pelo CNJ, não tem sido suficiente para garantir os direitos fundamentais e a integridade física do preso, o Legislador criou o Juízo de

⁴⁵ ARIAS VICENCIO, Cristián. El Control Jurisdiccional de la Detención. Santiago do Chile: REJ Revista de Estudios de la Justicia. Citado por ALFLEN, Pablo Rodrigo. Resolução 213 do CNJ – art. 1º. Audiência de custódia. Comentários à resolução do Conselho Nacional de Justiça. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 21.

Garantias. A Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, pretende o legislador aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

Já em seus primeiros artigos a Lei n. 13.964/19 põe fim a velha discussão sobre a competência para execução da pena de multa. Em se tratando de dívida de valor, cujo descumprimento não permite sua conversão em pena privativa de liberdade, havia quem defendesse que a execução deveria ocorrer perante as Varas da Dívida ativa. Por meio dessa norma restou estabelecida a competência das Varas de Execuções Penais para a execução da pena de multa.

Na contra mão das políticas de desencarceramento aqui tratadas, essa lei aumentou o tempo máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos. Ao assim agir o legislador privilegiou a segurança pública, em detrimento ao direito do preso. Cabe lembrar que é vedada a retroatividade da lei mais gravosa.

O Juízo de Garantias exercerá sua competência na fase de investigação, restando esta cessada pelo recebimento da denúncia, quando os autos deverão ser remetidos ao Juízo competente para o processo e julgamento do feito. O Magistrado que atuar na condição de Juiz de Garantias fica impedido de atuar na instrução do processo. Esse impedimento, criado para garantir a imparcialidade do Magistrado e a observância dos direitos do preso, irá causar uma séria de dificuldades quando do seu cumprimento, sobretudo nas Comarcas de Vara única, uma vez que o Magistrado titular não poderá atuar como Juiz de Garantias e Juiz de instrução. Os Tribunais necessitarão de prazo e até mesmo de adequação em seus orçamentos, para a implementação dessa medida. Imagine-se a instituição do Juízo de Garantias nos Estados da região norte do país, onde o deslocamento de uma Comarca para outra é demorado e custoso, e onde a pouca qualidade da internet não permite a realização desses atos de forma digital.

Ao mesmo tempo em que privilegiou a segurança pública, ao aumentar o tempo máximo de cumprimento de pena, o legislador atuou em defesa da pessoa presa, garantindo a preservação de sua imagem. A partir dessa norma, a autoridade que permitir a espetacularização, exibindo de forma desnecessária e vexatória a imagem do preso, responderá cível, administrativa e penalmente.

Também em favor do desencarceramento, a Lei n. 13.964/19 passou a prever a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal, entre o Ministério Público e o acusado, quando não for cabível o arquivamento, o investigado houver confessado formal e circunstancialmente a prática de crime, e o delito a ele imputado

não tiver sido praticado com violência ou grave ameaça. Exige ainda que ao delito seja aplicada pena mínima *in abstracto* inferior a 4 (quatro) anos. Como pressuposto subjetivo é imprescindível que esse acordo de não persecução penal seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Optando pela celebração do acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá impor ao beneficiado as seguintes condições, de forma cumulativa e alternativamente: a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; a prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social; e/ou o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público. Somente após a realização de audiência para se verificar a voluntariedade de sua aceitação, o Magistrado poderá homologar o acordo de não persecução penal. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, estará extinta a punibilidade.

Em consonância com recente decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 45, o Legislador fez constar da Lei n. 13.964/19 que a pena só poderá ser executada após o trânsito em julgado da sentença. Frise-se que proibição de execução provisória não impede a prisão antes do esgotamento dos recursos, podendo a medida restritiva de liberdade ser decretada, em caráter provisório, sempre que presentes os pressuposto e requisitos legais e quando não forem suficientes as cautelares diversas da prisão.

Outro debate encerrado pela Lei n. 13.964/19 foi a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa, em razão do cumprimento de mandado de prisão, a autoridade judiciária, no prazo de 24 horas. Restou esvaziada a tese de que a audiência de custódia só se aplicaria aos casos de prisão em flagrante.

Ao contrário da legislação anterior, que não previa prazo para a reavaliação da necessidade de manutenção da prisão, esse novo diploma determina que, a cada 90 dias, o Magistrado deverá reavaliar a medida, fundamentando sua decisão.

Em matéria de execução penal, a Lei n. 13.964/19 alterou radicalmente o regime da progressão de regime. Enquanto o sistema anterior previa, como regra

geral, a progressão de regime após cumprido 1/6 da pena, nos casos de condenação por crime comum; e de 2/3 da pena, nos casos de condenação por prática de crime hediondo; o novo ordenamento criou um escalonamento que varia de 16% a 70% do cumprimento da pena imposta em sentença.⁴⁶

Da leitura da Lei n. 13.964/19 conclui-se que o legislador buscou endurecer o sistema penal, como forma de combater o crime organizado e garantir a segurança pública. Em vários de seus trechos essa legislação afasta algumas das garantias da pessoa presa, em benefício do interesse coletivo. Cite-se como exemplo a proibição de concessão de saída temporária, quando do cometimento de crime hediondo. Porém, ao mesmo tempo em que privilegiou a segurança pública, aumentando o tempo máximo de prisão e o tempo necessário a concessão da progressão de regime, por exemplo, o Legislador garantiu a dignidade da pessoa presa, por meio da criação do Juízo de Garantias. Trata-se de norma que espelha claramente o conflito entre o direito fundamental à segurança público e o direito dos presos a dignidade, objeto desse estudo.

2.2.3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITO PENAL

Seja por meio do castigo físico, seja por meio da pena de prisão ou das penas alternativas, no Brasil sempre imperou a ideia de que pena seria a resposta do

⁴⁶ 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.

Estado à prática de um crime. Originalmente, essa resposta estatal tinha por único objetivo punir o autor do crime. Em um segundo momento passou-se a entender que a pena serviria para prevenir a prática do crime, e só mais recentemente os teóricos passaram a entender a pena como instrumento de ressocialização.

A verdade é que, independentemente do caráter dado a pena – punitivo, repressivo ou ressocializador – o sistema penal hoje vigente tem se mostrado ineficaz; ineficiência essa que vem se refletindo no aumento da violência e nos elevados índices de reincidência. Independentemente da teoria da pena que venha a ser adotada, a verdade é que o atual sistema penal não trata a vítima como parte do evento criminoso, sendo raríssimos os casos de efetiva reparação do dano; seja ele financeiro ou emocional. Da mesma forma, nos moldes hoje vigentes, a pena não traz ao criminoso a consciência dos danos causados pela sua conduta.

Constatada essa falência do sistema, a doutrina buscou alternativas com foco na humanização do direito penal. Surge dessa busca a chamada Justiça restaurativa, onde o conflito gerado pela prática do crime seria resolvido pelas próprias partes – autor e vítima – servindo o estado de mero mediador.

A Justiça Restaurativa busca restabelecer o estado anterior ao crime, reintegrando ao convívio social não só o autor do crime, mas também a vítima. É inegável que ao sofrer uma violência, o indivíduo experimenta um abalo psicoemocional, não podendo o Estado virar as costas para esse fato. A imposição de pena ao agressor, normalmente não é suficiente para reparar o dano sofrido pela vítima.

O chamado princípio da obrigatoriedade da ação penal, que determina seja oferecida denúncia, pelo Ministério Público, quando praticado crime de ação penal pública, é o grande obstáculo à implementação mais efetiva da Justiça Restaurativa no Brasil. Ainda que considerado esse obstáculo, esse novo modelo de Justiça Criminal vem sendo aplicado de forma bastante eficiente nos Juizados Especiais Criminais, nas Varas Infractionais e nos Juizados de Combate a Violência Doméstica.

Como marco inicial da Justiça Restaurativa no Brasil, tem-se a Carta de Araçatuba, datada de 30 de abril de 2005. Publicada após a realização do I Simpósio de Justiça Restaurativa do Brasil, essa carta estabeleceu os princípios desse novo modelo.

Essa nova concepção de justiça está em construção no mundo e propõe que, muito mais que culpabilização, punição e retaliação do passado, passemos a nos preocupar com a restauração das relações pessoais, com a reparação dos danos de todos aqueles que foram afetados, com o presente e com o futuro.

Acreditamos que só desse modo será possível resistir às diversas modalidades de violência que contaminam o mundo sem realimentar sua corrente de propagação.⁴⁷

A Justiça Restaurativa passa à vítima e ao agressor a solução do conflito gerado pelo crime, devendo ser observados os seguintes princípios: prévia informação da prática restaurativa; autonomia e voluntariedade na participação; respeito mútuo entre os participantes, co-responsabilidade ativa dos participantes; atenção a pessoa que sofre o dano e atendimento de suas necessidades, envolvimento da sociedade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação; atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes; atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural; garantia do direito à dignidade dos participantes; promoção de relações equânimes e não hierárquicas; expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimento restaurativo; observância do princípio da legalidade quanto ao direito material; direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo; integração com rede de rede de assistência social em todos os níveis da federação; integração com o Sistema da Justiça.

Dentro os princípios ora citados importa destacar a voluntariedade na participação, manifestação de vontade essa a ser exercida após a prévia ciência de todo os atos e fundamentos da Justiça Restaurativa. Esse modelo não atingirá seu fim, caso sejam as partes coagidas a participar, daí a obrigatoriedade de observância desse princípio.

Buscando uma alternativa a justiça retributiva vigente no país, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Essa resolução põe a mediação e a conciliação em um novo patamar, sendo incentivada a solução de conflitos por meio da composição. Além de auxiliar na pacificação social, essa medida serviria para desafogar o judiciário.

A Justiça Retributiva sempre foi o horizonte do Direito Penal e do Processo Penal. Desprezando-se, quase por completo, a avaliação da vítima do

⁴⁷ Carta de Araçatuba. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Data da consulta 05 de janeiro de 2020.

delito. Obrigava-se, quase sempre, a promoção da ação penal por órgãos estatais, buscando a punição do infrator. Levava-se às últimas consequências a consideração de bens indisponíveis, a ponto de quase tudo significar ofensa ao interesse coletivo. Eliminavam-se, na órbita penal, a conciliação, a transação e, portanto, a mediação.⁴⁸

Por vezes, a prolação da sentença extingui o processo, mas não o conflito existente entre as partes, advindo dessa insatisfação um infindável número de recursos. Ao primar pela mediação e conciliação, a Resolução n. 125/10 transfere a responsabilidade da solução do conflito às partes, sendo maior a probabilidade de que, ao final, as partes fiquem satisfeitas com o resultado. Embora essa resolução não trate especificamente da Justiça Restaurativa, ela cria toda uma estrutura capaz de permitir sua efetiva implementação.

Ao criar o SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, Lei n. 12.594, de 12 de janeiro de 2012, elencou a Justiça Restaurativa como um dos seus princípios básicos. Dispõe o art. 35, dessa norma:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:
II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;⁴⁹

Esse artigo deixa transparecer a nova postura do legislador que, ao menos com relação aos adolescentes, vem abandonando a idéia de pena como retribuição a prática criminosa, para buscar a efetiva solução do conflito e o bem está da vítima e do infrator. Vê-se assim a busca da humanização do sistema.

Ante a falência do sistema prisional, proveitosa seria a implementação da Justiça Restaurativa no direito penal. Ocorre que o sistema retributivo e o já mencionado princípio da obrigatoriedade da ação penal, vêm se mostrando limites intransponíveis, reduzindo o uso dessa sistemática aos Juizados Especiais, aos Juizados Infractionais e a um ou outro delito julgado perante as Varas de Combate a Violência Doméstica.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme Souza. Código de Processo Penal Comentado. ed. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.

⁴⁹ Lei n. 12.954, de 12 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10. Nov. 2019.

Especificamente nos crimes de violência doméstica, dada a relação familiar quase sempre existente entre agressor e vítima, ideal seria a solução do conflito de interesses por meio da mediação e com intervenção mínima do Estado. Quando da prática de crimes contra honra ou ameaça, onde é possível a retratação, antes do oferecimento da denúncia, o encaminhamento das partes aos núcleos de conciliação e o acompanhamento pelo setor psicossocial das varas, são importante instrumento de pacificação social. Porém, quando do cometimento de crime de lesão corporal, em razão de decisões dos Tribunais Superiores, no sentido de que, nesses casos, a ação penal pública incondicionada, não é possível o uso desse modelo.

Em não raros casos, quando da realização da audiência de instrução, o conflito familiar já está superado, servindo a intervenção estatal tardia para trazer instabilidade ao ambiente familiar já pacificado. Em casos como esse, interessante seria a aplicação dos instrumentos da Justiça Restaurativa, o que não é possível, em virtude das citadas decisões judiciais, que obrigam seja oferecida denúncia. Visando contornar esse quadro, os Juízes e Promotores que atuam nas Varas de Violência vêm aceitando a postura da vítima de permanecer em silêncio, quando de sua oitiva na audiência de instrução. Importante, porém, seja a vítima cientificada das consequências dessa postura – principalmente quanto à provável revogação da medida protetiva, após a absolvição - e da possibilidade de vir ela novamente a buscar o judiciário, caso a conduta violenta venha a se repetir.

Conforme citado acima, a recém publicada Lei n. 13.964/2019 representou um grande avanço em direção a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao permitir que o Ministério Público proponha acordo de não persecução penal, nos casos em que o investigado confessar formal e circunstancialmente o cometimento de crime sem violência ou grave ameaça cuja legislação imponha pena inferior a 04 (quatro) anos; desde que tal medida se mostre suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Não custa lembrar que formulada proposta de não persecução penal, o *parquet* deverá importa ao beneficiado, de forma cumulativa ou isolada, as seguintes condições: reparação o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renuncia voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo

da execução; pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e/ou cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Essa medida permitirá a solução de conflitos relativos a pratica de crimes de furto simples, apropriação indébita, contrabando e descaminho, por exemplo, sem a necessidade de ajuizamento da ação penal. Em decisão datada de 22 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fuz indeferiu liminar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, que pleiteava fosse suspensa a vigência da nova redação do art. 28-A, ora citada. Ao assim decidir, o Ministro reforça a importância da criação de novos institutos despenalizadores, como solução para a crise do direito penal.

CAPÍTULO 3. A JUDICIALIZAÇÃO DO PROBLEMA CARCERÁRIO

Já em seu artigo primeiro, a Carta Constitucional de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Essa opção do constituinte originário, deixa clara a importância do tema, sendo dever do Estado buscar, de todas as formas, sua efetiva implementação. Essa mesma idéia vem refletida no art. 4º, ao dispor que as relações internacionais do Brasil serão regidas pela prevalência dos direitos humanos.⁵⁰

Os direitos e garantias fundamentais são esmiuçados no art. 5º, da Carta Magna de 1988, havendo nesse dispositivo incisos que tratam especificamente dos direitos dos encarcerados. Logo no inciso III, fica estabelecido “que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Já nós incisos seguintes são garantidos a assistência religiosa (art. 5º, VII), a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVI, “e”), a separação dos apenados de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo (art. 5º, XLVIII), a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII).

Também a Lei de Execuções Penais garante uma infinidade de direitos aos apenados, cabendo destacar a assistência material, a assistência à saúde, a assistência jurídica, a assistência educacional, a assistência social e a assistência religiosa.

Não são necessários maiores esforços para se constatar que o sistema carcerário brasileiro não vem cumprindo com a grande maioria desses direitos. Unidades prisionais superlotadas e insalubres expõem os encarcerados a uma infinidade de riscos. Locais há em que o Estado perdeu por completo o controle dos estabelecimentos penais, hoje administrados por facções criminosas.

Na grande maioria das Comarcas do país não há unidades prisionais, sendo comum encontrar condenados cumprindo penas em Delegacias, junto com presos provisórios. Do mesmo modo, não há colônia agrícola ou casa do albergado, o que torna inviável o cumprimento de pena nos regimes aberto e semiaberto.

⁵⁰Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.com.br>. Acesso em 01 Jun. 2018.

A Assembléia Nacional Constituinte fez constar do texto constitucional uma infinidade de direitos e garantias fundamentais, ai incluídos os direitos dos encarcerados. Essas normas, inicialmente consideradas de caráter programático, permitem que a sua implementação seja exigida por meio de ações judiciais. Em não raros casos membros da sociedade tem recorrido ao Judiciário, individualmente, para garantir o acesso à saúde, à educação, ao meio ambiente equilibrado, etc.

As segundas, as constituições dirigentes, não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico... A Constituição brasileira de 1988 tem indubitosa propensão dirigente.⁵¹

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil permite a maior intervenção do Judiciário nas políticas públicas. Em virtude desse modelo híbrido aqui vigente, que permite a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tanto de forma concentrada, como de forma incidental, é possível questionar o cumprimento da Carta Magna ou a validade de norma legal, frente à Constituição, perante os Juízos de primeiro grau ou perante o Supremo Tribunal Federal. Por vezes, ao analisar esse tipo de demanda, o Judiciário acaba impondo obrigações aos demais poderes, atitude esse considerada, por muitos, contrária ao princípio da separação dos poderes.

O que fazer em casos como esses, onde é impossível o cumprimento do disposto na Constituição Federal e na LEP? Deve o judiciário fechar os olhos para essa gritante violação de direitos e continuar executando as penas? Ou deve o juiz reconhecer essa evidente inconstitucionalidade e o completo desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pondo presos condenados e provisórios em liberdade? O tema aqui discutido é extremamente complexo, exigindo, para sua solução, uma conjugação de princípios e da lei.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça “a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira e; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018. 63p.

mil vagas no sistema carcerário. Se considerados os mandados de prisão em aberto – 373.991 – a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas”.⁵²

Infelizmente o déficit de vagas não é o único nem o maior problema do sistema carcerário; mas, nem mesmo este problema está perto de solução. Há anos o sistema prisional sofre com uma total falta de investimento. A questão carcerária não é considerada uma prioridade, vivendo o país uma total falta de políticas públicas para o setor.

A grave crise registrada no início do ano de 2017, com a morte de mais de 60 presos só no Amazonas, deixou ainda mais evidente o abandono dos presídios do país. Naquela ocasião sobreveio a informação de que, por questões meramente econômicas, o Governo Federal vinha contingenciando cerca de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) do Fundo Penitenciário Nacional, tudo para criar superávit primário e passar ao mercado externo a falsa impressão de que o país estava com suas contas equilibradas. Some-se a essa postura econômica irresponsável, o fato de que o investimento no setor prisional não tem apelo político. Ao contrário, por se tratar de parcela marginalizada da sociedade e, em grande parte, com os direitos políticos suspensos; a matéria não levanta o menor interesse eleitoral.

Mas o que fazer diante desse evidente desrespeito aos direitos fundamentais? Até que ponto deve prevalecer a aplicação fria da lei penal, e em que ponto a norma deve dar lugar ao princípio da dignidade da pessoa humana? E mais: até que ponto o Judiciário pode intervir nas políticas públicas, obrigando o Estado a fazer investimentos no sistema prisional? Antes de responder tais questões, torna-se imperiosa uma breve análise da teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais, tese essa que vem ganhando cada vez mais importância em várias partes do mundo.

A Carta Constitucional e a Lei de Execuções Penais garantem inúmeros direitos à pessoa presa. Quando comparados os textos dessas normas, com a realidade atual, fica evidente a violação da quase totalidade dos direitos dos encarcerados. Esse quadro permanente de desrespeito aos direitos fundamentais faz com que, constantemente, o Judiciário seja acionado,

⁵²Censo Penitenciário. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 01.jun. 2017

sendo-lhe requerida uma solução para esse grave problema. Não se trata aqui de mero conflito de interesse entre duas ou três partes; trata-se de questão que envolve centenas ou milhares de encarcerados de uma Unidade Prisional ou de várias unidades.

Em casos como esse, a mera declaração de descumprimento dos direitos fundamentais não resolverá o conflito. Por vezes é necessário que o Judiciário vá além, apontando o caminho a ser percorrido pelos demais poderes da República. E é justamente essa postura do Judiciário, de direcionar a atividade do Executivo e/ou do Legislativo que vem levantando maior discussão.

A grande questão é saber se o Judiciário pode intervir no orçamento e nas políticas públicas, dizendo como, onde e em quanto tempo os recursos do Estado devem ser aplicados. Visando dirimir essa questão e justificar essa intervenção do Judiciário nos demais poderes, a jurisprudência criou o chamado Estado de Coisas Inconstitucionais.

A expressão “Estado de Coisas Inconstitucionais” – ECI – tem origem nos tribunais colombianos; porém, mesmo antes do surgimento dessa denominação já havia registros de decisões judiciais com elevada interferência nas políticas públicas. Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos se deparou com julgado dessa natureza, quando da apreciação do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Ao decidir a questão da segregação racial nas escolas do país, a Suprema Corte Norte Americana se viu obrigada a intervir diretamente na política pública educacional, fixando prazos e criando formas de fiscalização para a erradicação da separação dos alunos pela cor da pele. Tal intervenção do judiciário na política pública se fez necessária depois de constatado que a mera declaração da inconstitucionalidade não seria suficiente para resolver a questão.

Na Colômbia, ao tratar do Estado de Coisas Inconstitucionais, o Judiciário pretendia buscar solução efetiva para situações que implicavam em constante violação de direitos fundamentais. Essas decisões seriam uma tentativa de se deixar o campo da mera declaração de inconstitucionalidade, para a efetiva solução de problemas.

“Definimos los casos estructurales como aquellos que 1. Afectan a gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones [...] alegan violaciones de SUS derechos; 2. Involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos, y que 3. Implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, ordenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos Del caso”.⁵³

Em seu artigo “O Estado de Coisas Inconstitucionais e o litígio estrutural”, Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende que são pressupostos no ECI: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. Para o citado autor, presentes todos os requisitos acima, poderá o judiciário, não só declarar a inconstitucionalidade de determinada situação, mas também interferir diretamente na política pública estatal, dizendo ao Executivo e o Legislativo o que devem fazer.⁵⁴

A grande questão é saber se há limite para essa intervenção do Judiciário em matéria orçamentária e nas políticas públicas. Há quem defenda que o Poder Judiciário, por não ser composto por membros eleitos pelo povo, não teria legitimidade para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos. Outros entendem que a questão é de conhecimento técnico, não tendo os membros do Judiciário a formação necessária para tratar de assunto tão complexo.

⁵³ GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Diana Rodríguez. Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre. O Estado de Coisas Inconstitucionais e o litígio estrutural Disponível em: <<http://conjur.com.br>>. Acesso em 12.03.18

O tema exige uma análise caso a caso. Situações há em que determinada decisão judicial afetará diretamente o orçamento público, pois seu cumprimento implicará na retirada de recursos de uma determinada rubrica, prejudicando sua execução. É o que acontece, por exemplo, com a decisão judicial que condenou o Estado a investir certa importância no hospital de determinada Comarca. A menos que já haja previsão orçamentária nesse sentido, provável será que o Estado se veja obrigado a deslocar recurso de outra atividade, para o cumprimento dessa determinação. O mesmo ocorre com as decisões que determinam a realização de investimento na área de educação ou saneamento básico, não previstos no orçamento. Até mesmo decisões que obrigam o Estado a realizar procedimento cirúrgico ou a fornecer certo tipo de medicamento a determinado paciente acabam por interferir diretamente no orçamento.

Outro argumento digno de menção é aquele segundo o qual as decisões judiciais estruturantes estariam ferindo a separação dos poderes, uma vez que, de acordo com os preceitos da nossa Constituição, o Poder Judiciário não poderia dirigir a conduta do Legislativo e/ou do Executivo.

Mesmo considerando tudo que fora exposto acima, relativamente ao sistema carcerário, nenhum desses argumentos é capaz de impedir a atuação judicial. Primeiramente há que se considerar o completo estado de abandono dos presídios e da população carcerária do país. Não se está falando aqui de políticas públicas deficientes, mas da completa e total inexistência de políticas públicas voltadas para esse setor. Não se trata de desvio, má aplicação de recursos ou de investimento de pequena monta. No caso específico das penitenciárias brasileiras houve uma total falta de investimento, por anos seguidos.

Nesse quadro de completo desrespeito dos direitos fundamentais dos encarcerados, não se pode aceitar que o Judiciário se limite a reconhecer a patente inconstitucionalidade, sem determinar que os responsáveis adotem as medidas necessárias ao cumprimento do que determinam a Carta Constitucional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. O Judiciário deve atuar como garantidor dos direitos fundamentais

Nem mesmo a questão orçamentária pode ser levantada, quando se trata de sistema prisional. Ao contrário do que ocorre com a educação, saúde e

previdência, que são mantidos quase que exclusivamente com valores provenientes da arrecadação de impostos; o sistema prisional do país tem fonte própria de custeio, no caso o Fundo Penitenciário Nacional. Dada a origem dos recursos que compõe esse fundo e de sua natureza, voltada exclusivamente à política prisional, decisões judiciais que obriguem a construção ou reforma de presídios, não levariam a retirada de recursos de outros setores do serviço público. Nesse tipo de demanda caberá ao Judiciário determinar a efetiva aplicação dos valores depositados nesse fundo e a elaboração de políticas públicas para o setor, hoje inexistentes.

Na obra “Estado de Coisas Inconstitucionais”, Carlos Alexandre de Azevedo Campos dedica todo um capítulo ao sistema carcerário brasileiro, defendendo que: “a intervenção judicial, realizada quando da declaração do ECI, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos requisitos próprios e não implicando em supremacia judicial, revela-se postura judicial legítima”⁵⁵. E continua:

“verifica-se, de forma inequívoca, o preenchimento dos pressupostos de configuração do ECI. Primeiramente, o sistema prisional brasileiro revela violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos quanto a dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância da ordem jurídica correspondente pelo Estado, configura tratamento desumano, degradante, cruel, ultrajante e indigno a pessoa que se encontra sob custódia. [...] Em segundo lugar, o quadro de violação massiva de direitos fundamentais está atrelado à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos dos presos – está atrelado a falhas estruturais. [...] Não obstante, configura-se situação de fracasso generalizado das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há, sem embargo, defeito generalizado das políticas públicas. [...] O terceiro pressuposto da ECI, relacionado ao anterior, revela-se pelo alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias à superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais os presos. A redução ou eliminação desse ECI requer atuação de diversos órgãos, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. [...] Também resta configurado o quarto e último pressuposto, de natureza quantitativo, relacionado à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que poderia produzir grave congestionamento da máquina judiciária”.⁵⁶

⁵⁵ CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Estado de coisas Inconstitucionais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 274/275

⁵⁶ CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Estado de coisas Inconstitucionais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 274/275

De forma clara e precisa, Carlos Alexandre de Azevedo Campos demonstra que estão presentes todos os pressupostos para a declaração do Estado de Coisa Inconstitucionais no sistema carcerário brasileiro. Repita-se: o Judiciário não pode assistir passivo à maciça e reiterada violação de direitos fundamentais no interior dos presídios do país. De nada adiantará a mera declaração dessa inconstitucionalidade. É necessário que, ao analisar a questão, o Poder Judiciário venha a proferir as chamadas decisões estruturantes, com determinações diretas sobre as medidas a serem adotadas.

Em se tratando de questão endêmica, que atinge todo o país, e presentes os requisitos acima enumerados, possível seria o ajuizamento de ação, diretamente no Supremo Tribunal Federal, em face da União e Estados membros, com um fim de se reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucionais dos Presídios do Brasil, e com a conseqüente condenação dos réus para que, em prazo razoável, adotem as medidas necessárias a permitir que as penas venham a ser cumpridas nos moldes determinados na Constituição e na LEP. Mais do que impor tais medidas, necessário seria que essa decisão criasse meios próprios para fiscalização do cumprimento desse julgado, sendo viável que tal encargo recaísse sobre o Ministério Público, os Juízos de Execução Penal das Comarcas e os Conselhos Penitenciários.

Cabe mais uma vez lembrar que há recurso próprio para o financiamento do sistema prisional, não implicando, essas decisões, em maiores prejuízos ao orçamento público. Conforme já citado, embora tenha liberado mais de um bilhão de reais para o sistema penitenciário nacional, o Governo Federal mantém outros dois bilhões e meio de reais contingenciados; valores esses que, apesar de insuficientes para a solução da crise, se efetivamente investidos, melhorariam em muito as atuais condições carcerárias.

Quando da declaração desse ECI, não poderia o Supremo se limitar aplicação da letra fria da lei, sendo indispensável que essa atuação viesse conjugada da análise dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico constitucional do Brasil.

3.1 GARANTISMO JUDICIAL X ATIVISMO JUDICIAL:

Essa postura ativa do Judiciário, de proferir decisões estruturantes, que interfiram diretamente no orçamento e nas políticas públicas do país, vem sofrendo duras críticas. A principal questão que se levanta é o desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.

A origem da expressão Ativismo Judicial foi registrada para identificar a postura da Suprema Corte dos Estados Unidos, que entre os anos de 1950 e 1970, passou a adotar um posicionamento progressista, para garantir os direitos fundamentais. O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.⁵⁷

Nos primeiros anos da nova Constituição, o Supremo Tribunal Federal se limitou a interpretar a texto constitucional e a retirar, do mundo do direito, aquelas normas contrárias à nova Carta Magna. Com o passar do tempo essa postura passou a ser abandonada, havendo casos em que a Corte agiu como verdadeiro legislador positivo. “Outro conceito importante analisado é a ideia de ativismo judicial, que está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”⁵⁸

Embora sirva, em grande parte, para garantir direitos fundamentais, essa nova postura do Judiciário não pode ser utilizada para violação do sistema de freios e contrapesos. Não pode o Judiciário, sob o argumento de dar efetividade aos direitos fundamentais, se sobrepor aos demais poderes.

Em dadas situações, os direitos sociais só serão garantidos por meio de uma intervenção do Judiciário nas políticas públicas; porém, essa atuação não pode, de forma alguma, se sobrepor às decisões políticas daqueles legitimamente eleitos. O exagero desse ativismo judicial pode levar a um total desequilíbrio das contas públicas e do orçamento, de modo que, haverá casos,

⁵⁷ PAIXÃO, Juliana Patricio da. Estado de coisas Inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 10.

⁵⁸ . BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponibilizado em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>, consultado em 31 de outubro de 2017.

em que esse excesso de intervenção judicial tornará inviável a execução de um plano de governo.

Especificamente no caso do sistema prisional, a intervenção ativa do Judiciário não trará maiores prejuízos aos orçamentos, pois esse sistema é mantido quase que exclusivamente com os recursos do FUNPEN; de modo que, o cumprimento de decisões estruturantes não irá afetar a execução de outras políticas públicas.

Nem mesmo o princípio da reserva do possível pode ser levantado para impedir essa atuação ativa do judiciário; uma vez que o mesmo não pode servir de argumento para impedir o fornecimento do mínimo necessário à sobrevivência digna dos encarcerados. Trata-se, no caso, de decisão judicial que serviria para garantir o mínimo existencial.

O próprio sistema de informação do Governo Federal deixa evidente que há bilhões de reais em caixa, destinados exclusivamente ao reaparelhamento do sistema carcerário, recursos esses que não vem sendo aplicados, em razão da inércia do executivo e por motivo de política econômica.

Apesar de todas as ressalvas, especificamente no caso dos presídios, a atuação ativa do Judiciário é necessária, devendo os Magistrados e Tribunais obrigar os demais poderes a investirem em políticas públicas para o setor. Não se trata aqui de Ativismo judicial propriamente dito, mas de garantismo judicial, pois, ao proferir decisão de direcione a ação do executivo na execução de políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais dos encarcerados previstos na Constituição, o Magistrado não estará inovando no ordenamento jurídico, não estará criando normas inexistentes ou preenchendo lacunas legais. Ao proferir esse tipo de decisão o Magistrado se limita a determinar que o Estado cumpra seu dever precípua de garantidor dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração.

3.2 ESTUDO DE CASO: JULGAMENTOS DA ADPF 347 E DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 580252, N. 641320 E N. 592.581 PELO STF

O aumento da violência só vem agravando a crise no sistema prisional. Embora ciente da constante violação dos direitos fundamentais no interior das

unidades prisionais, os Magistrados do país têm que cumprir sua função de garantidor da segurança pública, decidindo pela decretação da prisão, sempre que a liberdade do infrator se mostrar uma ameaça à ordem pública.

Antes da instalação do caos nas unidades prisionais, ao analisar um pedido de prisão, ao Juiz cabia observar a presença dos requisitos e fundamentos daquela medida. Hoje, além do que é expressamente previsto em lei, deve ele considerar se o dano decorrente do encarceramento é proporcional à periculosidade do indivíduo. Cabe-lhe sopesar se o perigo a que ficará sujeita a sociedade, caso o delinquente venha a ser posto em liberdade, é motivo suficiente para submetê-lo a condição desumana, em ambiente onde serão violados os mais variados direitos.

Toda essa conjuntura faz com que o Judiciário seja constantemente acionado para, ora garantir direitos da pessoa presa, ora para garantir direitos de uma sociedade amedrontada. Seja em ações coletivas, seja quando do julgamento de recursos, com ou sem repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal vem tentando conciliar esses dois direitos conflitantes.

Como parte desse estudo serão analisadas quatro importantes decisões do STF em matéria de execução penal.

3.2.1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF – 347

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta – ADPF n. 347, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL e teve como interessados a União, o Distrito Federal e os 26 Estados da Federação. Essa ação constitucional tinha por objetivo o reconhecimento judicial do caos instalado nas unidades prisionais do país – estado de coisas inconstitucionais - e a consequente fixação de prazo para que a União e os Estados adotassem as medidas necessárias a garantia de um tratamento digno aos presos.

Já na petição inicial a parte autora sustentou que, em razão da omissão da União e dos Estados, vários dos preceitos fundamentais vinham sendo violados, no interior dos presídios do país. Embora houvesse recurso no Fundo Penitenciário Nacional, não havia projeto de construção de novos presídios.

Quanto ao Poder Judiciário, a parte autora imputou-lhe a conduta omissiva de não cumprimento do art. 9.3, do Pacto de Dos Direitos Civis e Políticos, e o art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direito Humanos, deixando assim de implementar as audiências de custódia. Também foi imputada ao Judiciário uma conduta encarceradora, com a decretação desnecessária e sem fundamentação de prisões provisórias.

Por fim, recaiu sobre o Legislativo a conduta de agir em resposta a pressão popular, com a elaboração de leis cada vez mais severas e sem a menor preocupação com a situação dos encarcerados.

Estava preenchido o primeiro requisito para a declaração do estado de coisas inconstitucionais, qual seja, ser da responsabilidade de diversas autoridades a omissão que permitiu a violação dos direitos fundamentais. Nessa hipótese, de nada adiantaria fosse determinada a adoção de medidas por apenas um dos poderes da República, devendo a decisão estruturante impor obrigações a todas as autoridades anteriormente citadas.

Ao citar as inúmeras mazelas que assolam os presídios do Brasil, os requerentes mencionaram dados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual “quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce, e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinqüência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação”.⁵⁹

Após descrever inúmeras situações de violação dos direitos fundamentais, foi requerido fosse determinado que executivo, legislativo e judiciário formassem planos de ação urgente para a superação desse drama, cabendo ao STF fiscalizar a efetiva implementação desses programas.

Especificamente quanto ao Judiciário, foi requerida a aplicação de todos os instrumentos mencionados no Capítulo 2 desse trabalho: penas alternativas, cautelares diversas da prisão e audiência de custódia. Também foi requerida a flexibilização do tempo exigido em lei para a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais – progressão de regime, livramento condicional – sempre que comprovado que a manutenção do preso na unidade prisional implicasse na violação de outros direitos fundamentais,

⁵⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Data da consulta: 18 de novembro de 2019.

que não a restrição da liberdade imposta em sentença. Esse último pleito implicaria na prolação de decisões judiciais contrárias à norma, pois, sem que houvesse reforma no estatuto penal e na LEP, seria reduzido o requisito temporal ali exigido para a concessão desses benefícios.

Na condição de relator, o Ministro Marco Aurélio Melo ressaltou que o Judiciário tem um papel fundamental na proteção dos direitos das minorias estigmatizadas, sendo provável que, nesses casos, as decisões fossem contrárias aos anseios da maioria. No mérito, ao reconhecer a violação de uma infinidade de direitos fundamentais nos presídios e delegacias do país, o relator sustentou que a execução da pena privativa de liberdade retirava muito mais que o direito de ir vir do preso, implicando, por vezes, no retorno ao período em que era possível a imposição de pena degradante. Para o Ministro os presídios deixaram de ter um fim ressocializador, passando a servir de instrumento de estímulo a reincidência.

Logo no início do seu voto o Ministro Marco Aurélio imputa aos três Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – a responsabilidade pela crise carcerária. Especificamente quanto ao Judiciário, o Ministro faz referência a “cultura do encarceramento”, que poderia ser comprovada através de pesquisas que davam conta de que mais de 40% das pessoas recolhidas nas unidades prisionais eram presos provisórios; sendo que, em mais da metade dos casos, seriam eles absolvidos ou condenados ao cumprimento de pena alternativa, o que não justificaria o encarceramento provisório.

Também ao Judiciário é imputada a responsabilidade pela grande quantidade de presos condenados mantidos nas unidades prisionais, quando já cumprida a pena imposta ou quando já atingidos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da progressão de regime ou livramento condicional. O Ministro relator prossegue citando julgados da Corte Constitucional Colombiana, nos quais são listados os requisitos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais:

(..) estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte

Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T– 025, de 22 de janeiro de 2004).⁶⁰

Sobre a competência do STF para intervir em matéria dessa natureza, com forte reflexo orçamentário de políticas públicas, o Ministro defende que o estado de coisas inconstitucionais e a comprovada violação de uma infinidade de direitos fundamentais se sobreporiam a eventuais conflitos e argumentos em defesa da separação dos poderes. Em se tratando de atuação que tenha por fim garantir o oferecimento do mínimo existencial aos encarcerados, seria legítima a atuação do Supremo sobre os demais poderes.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações.⁶¹

Ao analisar os pleitos cautelares, de forma acertada, o Ministro se mostrou contrário a flexibilização dos prazos para concessão dos benefícios da progressão de regime e livramento condicional, pois há norma legal específica sobre a matéria, que não pode ser modificada por meio de decisão judicial. Ainda que defenda certa intervenção do Supremo nos demais poderes, quando comprovado o Estado de Coisas Inconstitucionais, o Ministro ressaltou que o STF não pode atuar como legislador positivo, alterando norma legal vigente.

Além da determinação de implementação da audiência de custódia, por todos os tribunais do país, no prazo de noventa dias, foram deferidas cautelares que determinavam: a) a concessão, sempre que possível, do benefício da pena substitutiva; b) que fosse considerada a grave crise carcerária, quando da análise de pedidos de concessão da liberdade

⁶⁰ Disponível em:

<http://www.http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Data da consulta: 05/12/2019

⁶¹ ibidem

provisória, devendo tal constar das decisões; c) fundamentação específica quando da não concessão das cautelares diversas da prisão e decretação da prisão preventiva; e) determinação de imediata liberação dos valores contingenciados no FUNPEN.

Nesse ponto importa dizer que as cautelares relativas à atuação dos juízes e Tribunais não interferiram na discricionariedade, independência, livre apreciação da prova e autonomia dos Magistrados. Foram utilizadas expressões como “sempre que possível”, ficando claro que caberia ao Juiz avaliar o cabimento ou não da concessão da liberdade. O que se exigiu foi a fundamentação dessa decisão, obrigação essa já prevista na Constituição, no Estatuto da Magistratura e legislação penal.

O Ministro Edson Fachin divergiu em parte do voto do relator, cabendo transcrever trecho inicial de sua manifestação:

Ao contrário, quando os direitos de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada.⁶²

O trecho acima transcrito responde duas das primeiras indagações desse trabalho: Qual o papel do Judiciário, ante a patente violação dos direitos fundamentais no interior das unidades prisionais? Deve haver uma atuação ativa, ou deve o Judiciário manter sua isenção, deixando a solução desse drama para o poder responsável pela elaboração do orçamento? Ao dizer que o Judiciário é o último defensor dos direitos das minorias, o Ministro Fachin defendeu fosse adotada uma postura ativa, com a atuação direta dos Juízes e Tribunais na solução desse drama.

Por seu turno, o Ministro Luis Roberto Barroso sustentou ser desnecessária a concessão de liminar com relação à necessidade de fundamentação das decisões que deixavam de impor cautelares e decretavam a prisão preventiva; bem como quanto ao pedido de substituição, sempre que possível, da pena de prisão por penas alternativas a essa. Como bem disse o Ministro, tais obrigações decorrem de lei, sendo suficiente a expedição de recomendação a juízes e tribunais para que observassem tais normas.

⁶² ibidem

Quanto ao pedido de redução do tempo de pena cumprida em condições subumanas, o Ministro reiterou voto proferido quando do Julgamento do RE 580252, a ser analisado nesse trabalho, no sentido que seria necessário o ajuizado de ação de reparação de danos, perante o Juízo das Execuções Penais, com a posterior conversão de indenização pecuniária em remição. Sobre essa tese é importante dizer que, ao proferir voto quando do julgamento do citado RE, o Ministro pretendeu inovar no ordenamento jurídico, criando regra de remição não prevista na legislação penal pátria.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)
- Porque, se Vossa Excelência me permite, há um certo autismo do juiz criminal, porque ele manda prender independentemente do espaço físico existente para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Isso é uma completa dissociação entre a atividade jurisdicional e a atividade administrativa. Inclusive, um dia desses, o eminente decano estava dizendo que há uma disposição da Lei de Execução Penal que obriga que o juiz vá mensalmente, salvo melhor juízo, ao presídio, enfim, sob a sua jurisdição, para que verifique as condições físicas nas quais os presos se encontram. Mas isso não acontece na realidade.⁶³

A manifestação do eminente Ministro Ricardo Lewandowski acima transcrita, vem no sentido oposto ao objeto desse estudo, deixando transparecer o total desconhecimento do drama vivido por milhares de juízes criminais Brasil afora, quando do cumprimento de seu mister. Ao que parece, o senhor Ministro não tem ciência do conflito citado no título desse trabalho. Não sabe ele que, diariamente os Juízes Criminais do país são obrigados a decidir entre o atendimento ao direito da sociedade à segurança pública e o atendimento do direito do preso ao cumprimento digno da pena.

Caso decidissem por aplicar a tese esposada nessa frase, de forma literal, os juízes criminais do país deixariam de decretar prisões, pondo em liberdade todos aqueles que violassem a norma penal. E quem experimentaria o resultado dessas decisões? A própria sociedade, que ficaria exposta a todo e qualquer tipo de violência. Curioso que, o mesmo Ministro que trata do “autismo dos juízes criminais”, defende que cabe ao Judiciário, como um todo, preservar o respeito e a confiança da população no sistema de justiça.

⁶³ ibidem

Ao contrário do que pode parecer da leitura da manifestação acima transcrita, a crise prisional vivida no Brasil não pode ser interpretada com uma simples questão matemática, do tipo: não havendo vaga, não se decreta prisão! Paralelamente ao drama carcerário, há toda uma sociedade que clama por segurança e exige uma resposta do Estado, ante o avanço da criminalidade.

Diferentemente da fala do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes traduziu perfeitamente o conflito direito à segurança pública x direito ao cumprimento digno da pena:

O tema é de prisão, o tema é do sistema repressivo, mas o tema, também, é de segurança pública, o tema é da funcionalidade ou disfunção do próprio Poder Judiciário. O tema aguarda, portanto, intrinca das relações com as expectativas do cidadão, que se vê às voltas com um quadro de grande insegurança.⁶⁴

Não pode o estado juiz, sob o argumento de garantir a dignidade do preso, esvaziar os presídios ou deixar de prender, e virar as costas para toda uma sociedade que anseia por mais segurança. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre um e outro direito, sempre dentro dos limites das normas legais.

Computados todos os votos, foi deferida cautelar determinando a implementação da audiência de custódia, em todo o país, no prazo de 90 dias; e o descontingenciamento imediato dos valores bloqueados no FUNPEN. Decorridos quatro anos desse julgamento, nenhuma dessas medidas foi plenamente cumprida, havendo Comarcas onde ainda não são realizadas audiências de custódia e ainda há valores retidos no FUNPEN. Sobre as verbas do FUNPEN ainda não aplicadas, deve ser apontada a responsabilidade dos governos Estaduais que, ou não apresentam projetos para a aplicação desse recurso, ou não executam esses projetos no tempo previsto, o que obriga a devolução desses valores aos cofres da União.

O mérito dessa ADPF não foi apreciado até essa data, estando o feito em tramitação.

⁶⁴ ibidem

3.2.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 580252

Esse Recurso Extraordinário teve origem em processo de reparação por danos morais, movido por detento condenado a cumprir pena de 20 anos de reclusão, por prática de crime de latrocínio. O dano moral por ele alegado decorria das condições subumanas a que estava submetido, quando do cumprimento de pena da Comarca de Corumbá. Em primeiro grau, o pleito foi julgado improcedente; sentença essa reformada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que decidiu por condenar o Estado a pagar indenização no valor de R\$ 2.000,00.

Ao condenar o Estado, os desembargadores do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul destacaram que, quando não assegurado o mínimo existencial, era incabível se falar em princípio da reserva do possível. Interpostos Embargos Infringentes, a decisão foi radicalmente modificada, enfatizando a Corte que o pagamento de indenização pecuniária não melhoraria as condições de cumprimento de pena, de modo que, caso deferido aquele pleito e não havendo melhora na estrutura prisional, em pouco tempo o requerente manejaria nova ação de indenização.

A posição da Corte, manifestada quando do julgamento dos embargos infringentes é extremamente questionável. Ao contrário do que sustentaram os senhores desembargadores, ao manejar ação de reparação por danos morais, o condenado não pretendia melhorar as condições do cárcere, não se tratando de ação de obrigação de fazer. O objetivo de detento era ser indenizado pelos danos já sofridos, todos decorrentes da omissiva do Estado, que não garantiu as condições mínimas para o cumprimento digno da pena.

Na condição de Relator, o Ministro Teori Zavascki destacou que não haveria necessidade de discussão sobre a prática de ato ilícito pelo Estado ou sobre o dano moral experimentado pelo recorrente, pois ambos os fatos foram amplamente reconhecidos, tanto em sentença, quanto no julgamento perante o TJ Mato Grosso do Sul.

Portanto, repita-se, os fatos da causa são incontroversos: o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas

também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida. Sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano, a questão jurídica desenvolvida no presente recurso ficou restrita à sua indenizabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. É nesses limites e sob esse enfoque que o recurso extraordinário deve ser examinado.⁶⁵

Logo em seguida o relator esclarece que o Estado é responsável pela garantia da segurança dos encarcerados. Em outras palavras, é dever do Estado garantir que, durante o cumprimento da pena, o condenado sofra apenas a privação da liberdade e a redução em sua privacidade, sendo ilegal a violação de qualquer outro direito. Para o Ministro aceitar o argumento de que não seria cabível a indenização por danos morais, por não ser ela capaz de melhorar as condições do cárcere, seria o mesmo que permitir a perpetuação desse tratamento desumano. Ao final de seu voto o relator se manifesta pela condenação do Estado a indenizar os danos morais experimentados pelo detendo, mantido em unidade prisional sem os padrões mínimos de humanidade, decisão a qual se deveria atribuir repercussão geral.

Quando da discussão do tema posto em julgamento, novamente o Ministro Ricardo Lewandowski põe em dúvida a postura dos juízes criminais. Para o Ministro, os Magistrados teriam uma tendência, um impulso de decretar prisões, sendo necessário estimulá-los a fazer uso das cautelares diversas da prisão:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)
- Inclusive, Ministro, se Vossa Excelência me permite, nós precisamos estimular os juízes a aplicar as medidas alternativas, à prisão provisória, à prisão preventiva, que estão fixadas no art. 319 do Código de Processo Penal. Mas hoje o primeiro impulso do magistrado é aplicar o art. 312 e prender preventivamente aquele que é detido em flagrante.⁶⁶

Ao pedir vista dos autos, o Ministro Luis Roberto Barroso destacou que não pretendia divergir do voto do Ministro Relator, servindo sua manifestação para aprofundar o debate e buscar uma contribuição concreta do STF para a

⁶⁵ RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 580252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>. Acesso: 20. Dez. 2019

⁶⁶ ibidem

solução do problema carcerário. Importa frisar que, durante essa justificativa o Ministro Barros destacou que eventual solução apresentado pela STF deveria respeitar os limites de sua competência.

Retomado o julgamento, o Ministro Luis Roberto Barroso acompanhou o voto do relator, reconhecendo a existência do dano moral e a impossibilidade de acolhimento da tese da reserva do possível, para eximir o Estado de responsabilidade. As normas legais que tratam de direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, devendo o Estado envidar todos os esforços para garantir o mínimo indispensável a uma vida digna. Do não cumprimento dessa obrigação, decorrerá o dever de indenizar.

Após enfatizar o dever de indenizar, o Ministro salienta que a indenização pecuniária não seria suficiente para minimizar os danos experimentados pelo detento mantido em condições desumanas. Deveria ser considerado ainda efeito cascata que essa decisão geraria, com o ajuizamento de milhares de demandas idênticas em todo o país, que acabariam por comprometer ainda mais o orçamento público.

A partir de todas essas observações Ministro Barroso constrói o entendimento de que, reconhecidos o ato ilícito - consistente no tratamento degradante ao qual o preso estaria submetido - e o dano moral, a indenização pecuniária deveria ser substituída pela remição, ou seja, pela diminuição no tempo de pena a cumprir. Somente nos casos em que o preso a ser indenizado já estivesse em liberdade, em razão do fim do cumprimento da pena, seria cabível a indenização em dinheiro. Essa nova possibilidade de remição seria possível a partir de uma interpretação extensiva do art. 129, da Lei de Execuções Penais.

Em sua redação original, o art. 126, da LEP previa a remição de um dia de pena, a cada três dias de trabalho. A Lei n. 12.433/2011 passou a permitir a remição de um dia de pena, para cada 12 horas de frequência escolar, divididas em três dias. Em nenhum de seus incisos a norma prevê a remição em razão do cumprimento de pena em condições degradantes, de modo que, caso acolhido o voto do Ministro Barroso, o STF estaria inovando no ordenamento jurídico, criando hipótese de remição não prevista em lei.

Após citar uma infinidade de casos internacionais, vários deles registrados na Corte Européia de Direitos Humanos, o Ministro sustenta o

entendimento de que a reparação pecuniária não é capaz de restaurar o estado anterior a ocorrência do dano moral. Para ele, no caso específico dos encarcerados, a indenização seria insuficiente para reparar o dano decorrente da violação dos direitos fundamentais, o que justificaria o abandono do caráter patrimonial dessa reparação.

Outro argumento levantado pelo Ministro é a total falta de parâmetro para a fixação da indenização no valor de R\$ 2.000,00. Conforme muito bem exposto no voto divergente, ao STF caberia apenas a análise do mérito da decisão recorrida, sendo vedada a reapreciação da prova. Assim, ao analisar o recurso, aos Ministros caberia apenas dizer se é ou não devida a indenização de R\$ 2.000,00, qualquer manifestação sobre a justeza desse valor, implicaria na análise da prova, o que não é permitido em cede de Recurso Extraordinário.

Sobre o valor da indenização fixada pelo Tribunal de Mato Grosso do Sul, quando do Julgamento da apelação, e reafirmada pelo Ministro Relator, é inevitável constatar que tal importância é irrisória, ante a gravidade da violação dos direitos fundamentais dos presos. Por meio de rápida pesquisa nas sentenças prolatadas nos Juizados Especiais Cíveis do país, no ano de 2019, facilmente se constatará que, nos casos de dano ao consumidor, decorrente de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, normalmente é fixada indenização por danos morais em valor superior a R\$ 2.000,00. Ora, se uma negativação indevida deve ser reparada por mais de R\$ 2.000,00, parece completamente desarrazoado reparar o dano decorrente da violação de uma série de direitos fundamentais com essa importância.

Caso acolhida a tese da reparação dos danos morais dos detentos pela remição, caberia ao Magistrado, quando da análise do caso concreto, verificar quantos e quais direitos fundamentais foram violados, para, a partir daí, concluir quantos dias de encarceramento em condições degradantes implicarão da redução de um dia de pena. Lembrando que, ao tratar da remição pelo trabalho e estudo, a Lei de Execuções Penais estabelece a proporção de três para um.

Sobre a inexistência de norma a permitir a remição em razão do encarceramento em condições degradantes, o Ministro defende não se tratar da aplicação de norma de execução penal, mas de reparação cível, de modo que deveria ser aplicado todo o arcabouço do Direito Civil a disciplinar a

matéria. Ainda em defesa da possibilidade de aplicação dessa nova espécie de remição não prevista em Lei, o Ministro Barroso lembra que a remição por estudo, hoje prevista na Lei de Execuções Penais, passou a ser aplicada a partir de 2003, em razão de decisão do STJ. Somente em 2011 essa possibilidade de remição foi incluída no ordenamento jurídico. Usando esse caso como parâmetro, seria possível a imediata aplicação da remição proposta pelo Ministro.

Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei. A hipótese é regulada pela Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, que prevê a possibilidade de redução de 4 dias de pena por obra lida por mês pelo detento, no limite de 48 dias de remição de pena por ano, e foi objeto da Recomendação nº 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais estaduais a reconhecerem a remição pela leitura de acordo com os mesmos critérios.⁶⁷

Ainda na defesa dessa tese, o Ministro diz que a aplicação dessa remição seria melhor em termos de responsabilidade fiscal, pois não oneraria os cofres públicos; melhor para o sistema prisional, uma vez ajudaria a reduzir a população carcerária; e melhor para o preso, pois reduziria a pena e o tempo de permanência naquelas condições desumanas. E a sociedade? Como ficam a população e a segurança pública, diante dessa redução de pena?

Não há dúvida que, embora não prevista em lei, a solução apresentada pelo Ministro Barroso reduziria em muito a superpopulação carcerária. É mais que justo que aquele que teve violado direito fundamental não suprimido pela sentença penal condenatória, tenha sua pena diminuída. Ocorre que essa medida não implica em melhoria nas condições do encarceramento ou em restabelecimento do caráter ressocializador da pena, de modo que não haveria melhora nos índices de reincidência. As prisões continuariam a servir de escola do crime, sendo penalizada a sociedade, que receberia de volta pessoas não reabilitadas para o convívio social. Essa medida seria útil a garantia do direito ao cumprimento digno da pena, mas nenhum resultado teria na garantia da segurança pública.

⁶⁷ *ibidem*

A remição da Lei de Execução Penal consiste no direito do preso de reduzir o tempo de cumprimento da pena, em razão do trabalho ou do estudo. O instituto possui, assim, um sentido ressocializador. Busca estimular o interno a desenvolver atividades que lhe darão melhores condições de reingressar na sociedade. Já a remição penal aqui proposta é um mecanismo de reparação de danos. No entanto, ela deverá ser executada a partir do mesmo *modus operandi* da LEP60.

Ao diferenciar a remição da LEP com a remição proposta no voto, o Ministro deixou de observar um ponto importante: enquanto a remição da LEP – seja por estudo, seja pelo trabalho – tem por base o esforço do condenado, que é beneficiado com redução da pena; a remição em virtude das condições degradantes da prisão decorreria da omissão do Estado. Correto seria impor ao Estado a obrigação de implementar de políticas que melhorassem a estrutura dos presídios do Brasil, pois aplicar essa remição poderia servir de estímulo a manutenção da inércia dos entes públicos.

Encerrada a leitura do voto do Ministro Barroso, teve início a discussão, indagando o Ministro Ricardo Lewandowski se, nos casos de condenação superior a 30 anos de prisão, essa remição seria aplicada com base na pena imposta, ou nos 30 anos previsto na Constituição como limite máximo para o cumprimento de pena. Ao fazer tal questionamento, o Ministro lembrou que os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional são contados a partir da pena imposta, e não da pena máxima de 30 anos. Passou-se então a questionar a constitucionalidade desse procedimento, pois, ao se utilizar o quantum de pena imposta em sentença, estar-se-ia privando o preso de tais benefícios.

Novamente aqui os senhores Ministros deixam de considerar o direito da sociedade à segurança pública, passando a analisar a questão apenas do ponto de vista do direito ao cumprimento digno da pena. Os próprios Ministros destacam que as penas superiores a 30 anos são aplicadas em casos extremamente graves, como latrocínios em série. Nessas hipóteses, considerada a gravidade do crime e a elevada periculosidade de seu agente, seria justo devolver-lo o criminoso ao convívio social, após cumpridos 20 anos de pena (2/3 dos 30 anos previstos na Constituição, como limite máximo para o encarceramento)? Não parece ser essa a solução mais adequada, sobretudo se considerada a inviabilidade da ressocialização dentro dos presídios.

Os Ministros Celso de Melo e Luiz Fux acompanharam o voto do Ministro Barroso, reconhecendo o dano moral e a responsabilidade civil do Estado, propondo fosse a indenização pecuniária substituída pela remição da Pena. Os demais Ministros também reconheceram o dano moral e responsabilidade civil do Estado, entendendo os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin que a indenização deveria ser deferida nos termos requeridos na inicial, qual seja: um salário mínimo para cada mês em que o recorrente fosse mantido preso em condições degradantes. Prevaleceu o entendimento de que, reconhecido o dano moral e a responsabilidade civil do Estado, deveria ser restabelecido o acórdão recorrido, com o pagamento de indenização no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), valor esse que, sem sombra de dúvida, não é suficiente para reparar o dano.

3.2.3 Recurso Extraordinário 641.320

O Recurso Extraordinário 641.320 foi interposto pelo Ministério Público do Rio Grande Sul, em razão de acórdão da lavra do Tribunal de Justiça daquele Estado, que, quando do julgamento de apelação, decidiu por reduzir a pena de Luciano da Silva Moraes, determinando permanesse ele em prisão domiciliar, enquanto não houvesse vaga para cumprimento da pena imposta no regime semiaberto. Ao interpor tal recurso o Ministério Público sustentou que a inexistência de vaga no regime prisional previsto na sentença, não poderia servir de justificativa para o deferimento da prisão domiciliar, em casos diversos daqueles previstos em lei. Para o *parquet*, a colocação do preso condenado a cumprir pena no regime semiaberto em prisão domiciliar afastaria a proporcionalidade entre o crime praticado e pena imposta, de modo que a essa última não atingiria seu caráter punitivo.

Na condição de Relator, o Ministro Gilmar Mendes defendeu fosse o recurso apreciado com repercussão geral, pois a inexistência de vaga para cumprimento de pena dos regimes aberto e semiaberto é problema que atinge todos os Estados da Federação. Já no início do relatório o Ministro se mostra contrário a manutenção do preso em regime mais gravoso, em razão da inexistência de vaga no regime prisional adequado ao cumprimento da pena. O relatório ressalta a importância de se edificar estabelecimentos prisionais

menores, o que facilitaria a administração e a implementação de projetos voltados a ressocialização; além de diminuir a resistência da sociedade em relação à construção de unidades prisionais próximas aos núcleos urbanos.

Nesse aspecto, é preciso abrir parênteses para ressaltar a importância de que as unidades sejam pequenas. Menos presos facilitam o controle e a disciplina, além de permitirem a ênfase em atividades de educação e trabalho. Unidades menores permitem uma maior capilarização, fazendo com que os estabelecimentos penais sejam parte da estrutura urbana das cidades. Com isso, reduz-se a resistência da comunidade à construção de novas unidades e propicia-se ao preso o contato com suas origens e sua família, favorecendo a ressocialização.⁶⁸

Após apresentar dados que dão conta da necessidade do triplo de vagas hoje existente para atendimento de todos os presos condenados à cumprir pena no regime semiaberto, o Ministro destacou a importância de uma reforma na Lei de Execução penal, elogiando o PSL n. 513/2013, de autoria do Senador Renan Calheiros que prevê a substituição do regime aberto em casas do albergado, pela prestação de serviço à comunidade com recolhimento domiciliar.

Ainda sobre esse PSL o relator destaca a obrigatoriedade de edificação de uma Cadeia Pública em cada Comarca; a possibilidade de concessão antecipada da progressão de regime, como forma de se evitar a superlotação; e a possibilidade de concessão da progressão de regime e do livramento condicional pela própria unidade prisional, sem a necessidade de decisão judicial. O relator reconhece que o projeto contém pontos polêmicos, que dificultarão sua aprovação.

Ainda que considerado o vultoso valor bloqueado no Fundo Penitenciário Nacional, é fácil constatar que não haverá recurso para a edificação de uma cadeia pública em cada Comarca. É cerco que o ideal seria que todo condenado cumprisse pena próximo do local de sua residência, o que facilitaria a assistência da família e seu retorno ao convívio social, após cumprida a pena. Ocorre que a implementação dessa medida implicará em outras despesas, além daquela decorrente da construção. Deve ser considerada a

⁶⁸ Recurso Extraordinário 641.320.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso: 05. Dez. 2019

despesa com agentes penitenciários e alimentação dos detentos, por exemplo, cabendo questionar quem arcaria com tais valores – União, Estado ou Municípios. A grande maioria dos Municípios do país sobrevive do repasse de parte do que é arrecadado com impostos Estaduais e Federais, sendo certo que não teriam eles recursos para manter uma unidade prisional, ainda que pequena. Outro ponto a ser considerado é que, ainda que raro, algumas Comarcas do país apresentam baixo índice de criminalidade, o que não justificaria a construção de um presídio.

A possibilidade de antecipação da progressão de regime, em razão da superlotação, e o deferimento da progressão pela administração penitenciária também deverão ser pontos de elevada discussão, sendo muito provável que tais medidas encontrem resistência na sociedade civil e no Judiciário. Não se pode afastar o dever do Estado de garantir à segurança pública, direito fundamental esse que iria de encontro a redução do tempo de cumprimento da pena imposta em sentença, em razão da sua incompetência quando da administração do sistema prisional.

Sobre a concessão dos benefícios da LEP pela administração penitenciária, é importante lembrar que, além dos requisitos objetivos temporais – cumprimento de 1/6 ou 2/3 da pena, por exemplo –, para a concessão desses benefícios, é exigido o cumprimento de alguns requisitos subjetivos, os quais devem ser cuidadosamente analisados pelo Magistrado. Duvidosa seria a análise desses requisitos subjetivos pela administração penitenciária.

Sobre a manutenção do apenado em regime mais gravoso, em razão da falta de vaga no regime adequado, o relator entendeu que tal procedimento violaria os princípios da individualização da pena e da legalidade, pois, visando garantir a ressocialização, a lei brasileira determinou fosse a pena cumprida de forma progressiva, passando o apenado do regime fechado, para o semiaberto e, posteriormente, para o aberto.

Disso concluo que não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade, sem sedes considerar que os presos também são pessoas, dotadas de imanente dignidade. Dessa forma, não será a ponderação de princípios que autorizará o Estado a deixar de cumprir a lei que confere direitos aos condenados durante a execução das penas. Na

medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado.⁶⁹

Quanto a manutenção do apenado em regime mais gravoso, sob fundamento da inexistência de vaga, assiste total razão ao Ministro, ao defender que tal direito não admite ponderação, para garantia da segurança pública. O mesmo não se pode dizer sobre a tese defendida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da ADPF n. 347, no sentido de que os Magistrados deveriam deixar de decretação prisão, quando não houvesse vaga. Nesse caso, comprovada a elevada periculosidade do indivíduo, é justificável sacrificar direitos individuais do preso, em prol da segurança pública.

Enquanto não disponibilizada vaga no regime correto, o Ministro propôs: Para tanto, proponho as seguintes medidas: (i) saída antecipada; (ii) liberdade eletronicamente monitorada; (iii) penas restritivas de direito e/ou estudo. Sobre a saída antecipada o Ministro Gilmar Mendes esclarece que não se trata de por em liberdade presos do regime fechado; mas em antecipar a saída dos presos que ocupam vaga no regime semiaberto, para o regime aberto, o que permitiria fosse disponibilizada vaga no regime intermediário, para aquele que, estando no regime fechado, possuísse direito à progressão de regime.

Sobre liberdade eletronicamente monitorada cabe dizer que, mesmo sem previsão legal que permita a substituição do regime semiaberto ou aberto, pela prisão domiciliar eletronicamente monitorada, essa medida vem sendo adotada por diversas varas de execução penal, país afora, apesar da resistência das Secretarias de Administração Penitenciária que normalmente alegam falta de recursos para a aquisição das tornozeleiras.

Acolhido, por maioria, o voto do Relator, os Tribunais de todo o país foram notificados do teor da decisão, sendo expedidas recomendações ao Conselho Nacional de Justiça, para a adoção de medidas que visassem um maior controle sobre o cadastro de presos e cumprimento das penas.

⁶⁹ Ibidem

3.2.4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581

O Recurso Extraordinário 592.581 foi manejado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, em razão de decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado que reformou decisão do Juízo de Primeiro Grau, que determinava fossem realizadas obras na casa do albergado de Uruguaiana, sob o argumento de que aquele *decisum* violava o princípio da separação dos poderes. De acordo com a decisão recorrida, as normas constitucionais que tratavam dos direitos dos presos teriam um caráter programático, podendo o Estado se eximir de cumpri-las, sob o argumento de inexistência de recursos para tal – princípio da reserva do possível.

Já no início de seu voto o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski saliente que a alega péssima condição da casa do albergado de Uruguaiana não foi contestada pelo Estado. Ao reformar a decisão do Juízo de 1º Grau, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a falta de condições mínimas para a preservação da dignidade dos presos naquele local.

Após defender que a dignidade da pessoa humana deve ser classificada com um “sobreprincípio”, servindo por isso de limite ao exercício do *jus puniendi* no Estado, o Ministro passa a tratar da inafastabilidade da jurisdição, de forma que, para a garantir a observância desse “sobreprincípio” é admitida a intervenção do Judiciário nos demais poderes.

Assim, **contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido**, penso que **não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.** No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção. Nesse contexto, **não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas** na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes.⁷⁰

⁷⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220> Acesso: 05. Dez. 2019

Na defesa da intervenção do Estado, com a imposição de obrigação de fazer ao Estado, o relator ressalta que, havendo violação a direito, cabe ao Judiciário fazer ser restabelecida “a ordem jurídica violada”. De acordo com o Ministro, em se tratando de garantia da dignidade da pessoa humana, não cabe se falar em discricionariedade do Estado; sendo seu dever assegurar o exercício pleno desse direito fundamental.

Ao final, propôs o Ministro Ricardo Lewandowski:

A tese de repercussão geral que proponho seja afirmada por esta Suprema Corte é a seguinte: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.⁷¹

O voto do relator foi acolhido a unanimidade, sendo reformado o acórdão e restabelecida a decisão de primeiro grau, sendo determinada a realização de obras na unidade prisional. Em repercussão geral os senhores Ministros decidiram que é lícito ao Judiciário condenar o ente público a realizar obras emergenciais em unidades prisionais, quando tais obras se mostrarem necessárias a garantia da dignidade da pessoa humana. Salientaram ainda que o princípio da reserva do possível não poderia ser utilizado para afastar a responsabilidade estatal.

⁷¹ ibidem

CAPÍTULO 4. PONDERAÇÃO DOS VALORES “DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA E DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA PRESA”, A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Faz algum tempo que Brasil vem enfrentando uma grave crise no sistema de segurança pública. Ao mesmo tempo em que a sociedade exige uma ação mais enérgica do Estado, no combate à violência; as entidades de defesa dos direitos humanos se mobilizam para exigir que sejam garantidos os direitos fundamentais dos encarcerados.

Enquanto não adotadas medidas práticas e efetivas para reduzir a criminalidade e aumentar o número de vagas nas unidades prisionais, o Judiciário vem encontrando, na ponderação dos direitos fundamentais, uma solução para esse quadro dramático. A partir do caso concreto, o Magistrado deve decidir por beneficiar a sociedade, dando prevalência ao direito à segurança pública; ou priorizar o bem-estar do preso, garantindo a sua integridade física e mental.

Antes de se falar em ponderação ou sopesamento dos direitos fundamentais da sociedade à segurança pública e do preso à dignidade, é preciso classificar tais direitos como princípios ou regras, o que será feito a partir do ensinamento de Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.⁷²

De acordo com o renomado Jusfilósofo alemão, as normas de direitos fundamentais podem ser divididas em regras e princípios, sendo essa divisão essencial não só para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais, mas também para que se possa operar eventual restrição e solucionar a colisão desses direitos.

Já no início do terceiro capítulo da obra acima citada, Alexy leciona que as regras e os princípios são normas que dizem um dever, uma proibição ou uma permissão.

⁷² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017.

Há diversos critérios para se distinguir regras e princípios. Provavelmente aquele que utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.⁷³

Embora essa teoria acertada, Alexy não vê na generalidade a forma mais correta e segura de se diferenciar princípios e regras. Para ele o limite de otimização de uma norma seria a melhor maneira de distinguir princípios e regras. Enquanto os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, as normas não admitem essa satisfação em graus, sendo sempre absolutamente satisfeitas ou não satisfeitas.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se a regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.⁷⁴

Partindo da generalidade é possível dizer que tanto o direito à segurança pública, como o direito à dignidade da pessoa humana são princípios, pois ambos têm um grau de generalidade relativamente alto. As normas que garantem a dignidade da pessoa humana e a segurança pública não dão uma definição de exata do que seria um ou outro direito e de como serão eles garantidos ou usufruídos.

Também pelo critério da otimização o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à segurança pública devem ser classificados como princípios, uma vez que permitem sua satisfação de forma ampla ou parcial. Ao Estado cumpre o dever de garantir satisfação da segurança pública e da dignidade da pessoa humana na maior medida possível, não havendo

⁷³ Ibidem. p. 87.

⁷⁴ Ibidem. p. 90/91

invalidação pela impossibilidade de satisfação plena. Como bem explicado por Alexy, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados.

Essa classificação do direito à segurança pública e do direito a dignidade da pessoa humana – no caso desse estudo: cumprimento digno da pena – ganha maior relevo quando constatada a colisão entre um e outro. Ao contrário do que ocorre com as regras, onde a colisão entre duas delas termina, invariavelmente, por invalidar uma ou outra; a colisão entre dois princípios não leva a invalidação de qualquer dos princípios colidentes; isso porque, conforme citado anteriormente, em se tratando de princípios é perfeitamente possível sua realização em graus, de modo que, é possível a redução no grau de satisfação de um princípio, para se garantir a satisfação, ainda que parcial, de outro.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro é permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.⁷⁵

Constatada a colisão entre os princípios do direito da sociedade à segurança pública e o do direito do preso ao cumprimento digno da pena, cabe ao Magistrado, mediante análise do caso concreto, decidir pela precedência de um ou outro. Casos haverá em que o Magistrado decidirá pela decretação ou manutenção da prisão, prevalecendo o direito da sociedade à segurança pública. Em outras ocasiões, a situação desumana a que o preso será submetida, quando do seu recolhimento a unidade prisional insalubre, será desproporcional ao delito por ele praticado; devendo, por isso, ser priorizado o direito a dignidade do encarcerado, com a concessão da liberdade.

Certo seria que o Estado fosse capaz de garantir o exercício do direito à segurança pública e do direito do preso ao cumprimento digno da pena da

⁷⁵ Ibidem. p. 93/94.

forma mais ampla possível. Enquanto não atingido esse mundo ideal, o Judiciário deve buscar maneiras de conciliar tais direitos, sendo certo que não há fórmula matemática para a realização dessa operação. Cada decisão dependerá de uma cuidadosa análise do caso concreto e do convencimento do Magistrado.

Os princípios relacionados a direitos fundamentais não tem prevalência absoluta uns sobre os outros. Não há como se anular um desses princípios para que o outro seja plenamente executado. O conflito deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre interesses conflitantes”.⁷⁶

Para Alexy, a colisão entre princípios deveria ser resolvida por meio de uma relação de precedência condicionada, a ser estabelecida sempre com base no caso concreto. Isso significa dizer que, quando da análise do caso concreto, o julgador deverá identificar as condições nas quais um princípio deverá prevalecer sobre o outro. Embora não se trate aqui de uma ciência exata, o jusfilósofo alemão tentou simplificar a questão da solução do conflito de princípios, criando uma fórmula quase que matemática, na qual os princípios colidentes seriam identificados como P1 e P2. O conflito entre P1 e P2 seria solucionado por meio de uma relação de precedência condicionada ou incondicionada, onde P seria a precedência e C a condição. A partir daí Alexy chegou a quatro possibilidades:

- (1) P1 P P2.
- (2) P2 P P1.
- (3) (P1 P P2) C.
- (4) (P2 P P1) C.

As alternativas 1 e 2 seriam relações de precedência incondicionadas, quando um princípio prevalece sobre o outro de forma absoluta, o que não seria admitido, pois, conforme citado anteriormente, nenhum princípio tem prevalência absoluta sobre o outro. A colisão de princípios não leva a invalidação de um ou outro, mas apenas à sua realização em menor escala.

⁷⁶ Ibidem. p. 95.

As alternativas 3 e 4 dão conta de uma precedência condicionada, o que significa dizer que, diante de uma determinada condição C, o princípio P1 terá prevalência sobre P2; enquanto que, diante de uma condição diversa, P2 terá prevalência sobre P1. Ou seja, a decisão do Magistrado, quanto à prevalência de um ou outro princípio dependerá diretamente da condição apresentada no caso concreto. No dizer de Alexy: A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual princípio deve ceder.⁷⁷

Ao tratar do sopesamento de princípios no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Robert Alexy cita o emblemático caso onde fora verificada a colisão entre o direito do preso a preservação de sua integridade física e o direito do Estado de dar seguimento a instrução criminal. Outro exemplo citado pelo jusfilósofo é o denominado caso Lebach, onde um dos condenados, que estava prestes a sair da prisão, em razão do cumprimento integral da pena, requereu fosse proibida a exibição de um documentário que relembriaria o crime por ele praticado anos antes. Segundo o requerente, a exibição desse documentário violaria seu direito constitucional a ressocialização.

Ainda em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy salienta que, ao analisar os casos de colisão de princípio, o Tribunal Constitucional Alemão percorre três etapas. De início caberá ao julgador identificar a situação de tensão, ou seja, identificar quais princípios estão em conflito. Na segunda etapa deverão ser identificadas as condições de precedência do caso concreto, para, só após, se chegar a terceira e última etapa, quando o Tribunal decidirá qual dos princípios conflitantes deve prevalecer.

4.1 A Lei da Colisão de Robert Alexy aplicada ao conflito direito à segurança pública e direito ao cumprimento digno da pena.

Feita essa breve análise sobre a solução apresentada por Robert Alexy, para os casos de colisão entre princípios, resta estabelecer um paralelo entre essa teoria e o conflito de direitos fundamentais tratado nesse trabalho. Não se

⁷⁷ Ibidem. p. 97.

trata da aplicação pura e simples da fórmula criada pelo jusfilósofo ao caso concreto Brasileiro, mas da sua adequação. O objetivo aqui é apontar uma alternativa para os Magistrados que se vêem divididos entre a obrigação de garantir a segurança pública e o dever de garantir a dignidade dos encarcerados.

Ideal seria que o Estado fornecesse toda a estrutura necessária ao combate da criminalidade e ao cumprimento do disposto na Lei de Execuções Penais. O fato é que, não sendo disponibilizada essa estrutura, o Judiciário se vê obrigado a adaptar suas decisões ao que lhe é fornecido; ora optando pela garantia do direito à segurança pública, ora optando por garantir a integridade física e psíquica do encarcerado. Nesse ponto importa dizer que nas Comarcas com mais de uma Vara, por vezes, o Juiz que faz a análise das prisões provisórias não é o mesmo que acompanha as execuções penais e fiscaliza os presídios; de modo que o uso do método aqui sugerido facilitaria a atuação daquele que, sem conhecer de perto a estrutura prisional, tenha que decidir entre a prevalência de um ou outro princípio.

Cabe esclarecer ainda que essa sugestão poderá ser aplicada apenas aos casos em que for analisada a manutenção ou não de prisão provisória, pois, no caso de preso condenado, sua colocação em liberdade dependerá do preenchimento dos requisitos legais para a concessão da progressão de regime ou livramento condicional, ou ainda de alteração na Lei de Execuções Penais.

Relativamente ao conflito dos direitos fundamentais à segurança pública x dignidade da pessoa presa e sua solução a partir do sopesamento, o princípio P1 seria o direito fundamental da sociedade à segurança pública (art. 5º, caput, c/c o art. 144, da Constituição Federal), estando ele diretamente ligado a periculosidade do preso. Quanto maior a periculosidade, maior o risco para a sociedade, caso seja o preso posto em liberdade. Já P2 representaria o direito do encarcerado à dignidade (art. 1º, III, c/c o art. 5º, XLIX). Conforme já citado anteriormente, em razão da falta de estrutura e superlotação dos presídios, ao decidir pela manutenção ou não da prisão preventiva, deve o Magistrado verificar a necessidade da prisão; a presença dos fundamentos e pressupostos dos artigos 312 e 313 do CPP; a possibilidade de substituição da prisão por uma ou mais das cautelares previstas no art. 319; além da

razoabilidade/proporcionalidade entre os riscos decorrentes de sua colocação em ambiente prisional desumano e o risco para a sociedade, caso venha a ser posto em liberdade.

Identificados os princípios colidentes, cabe agora passar a segunda etapa, com a identificação das condições, que serão representadas pela letra C. Os princípios P1 e P2 trazem consigo quatro condições distintas, que deverão ser analisadas individualmente, com a imposição de notas, que irão variar de 0 a 3, conforme a presença e a gravidade de cada uma delas.

Lembrando que princípio P1 é o direito da sociedade à segurança pública, nele devem ser analisadas as seguintes circunstâncias: C1 – natureza do delito imputado à pessoa presa; C2 - periculosidade da pessoa presa, devendo ser considerados seus antecedentes e possibilidade de reiteração delituosa; C3 - a idade do preso; C4 – previsibilidade de eventual condenação e tipo/quantum de pena a ser imposta.

A primeira condição a ser analisada em P1 é a natureza do delito, o tipo penal imputado ao preso. Deve-se considerar se o delito foi praticado com violência ou grave ameaça, se houve concurso de agentes, se houve emprego de arma branca ou arma de fogo, se o delito foi praticado ou ordenado por organização criminosa. No caso específico do crime de tráfico, deve ser analisada a quantidade e o tipo de droga apreendida. Verificada a presença de uma ou mais dessas condições, será atribuída nota de 0 a 3, aumentando-se essa nota conforme mais gravoso o delito e o meio de execução.

Na condição C2 – periculosidade da pessoa presa – o Juízo irá considerar os antecedentes, aqui considerados somente os crimes e contravenções, com a exclusão de qualquer registro de prática de ato infracional. As infrações praticadas antes da maior idade penal não servem de antecedentes, não podendo, por isso, ser consideradas para ponderação dos direitos fundamentais.

Também na condição C2 será avaliada a possibilidade de reiteração da conduta criminosa e o perigo a que ficarão expostos a vítima e a sociedade, caso venha a ser concedida a liberdade. Essa avaliação é essencial nos delitos de violência doméstica contra a mulher, em virtude da relação de afeto e proximidade física normalmente existente entre agressor e vítima.

Por seu turno, na condição C3 o Magistrado deverá considerar a idade do preso e a atenuante genérica que permiti a diminuição da pena quando o preso contar com menos de 21 anos na data do crime, ou mais 70 na data da sentença. Para os presos com idade entre 18 e 21 anos, deve ser atribuída pontuação menor, em razão da influência de sua pouca maturidade sobre a prática do crime. Também para os presos com mais de 70 anos a variável C3 deve ser avaliada com menor pontuação, pois pouca utilidade terá a imposição da pena de prisão a pessoa de tão elevada idade. Para aqueles com idade entre 21 e 69 anos, a pontuação da condição C3 deverá variar conforme a análise da proporção idade x antecedentes. Por exemplo, ao preso com 35 anos e registro de cinco antecedentes, deverá ser atribuída nota C3 maior que ao preso com 45 anos e dois antecedentes.

Como última condição do princípio direito à segurança pública, C4 implica na previsão do tipo e do quantum de pena a ser imposta ao final do processo, caso sobrevenha sentença penal condenatória. Não há sentido no cerceamento prévio da liberdade, se ao final do processo, o réu vier a ser condenado a cumprir pena em regime aberto, se tiver ele direito a suspensão condicional da pena ou à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Do mesmo modo, não se justificará o recolhimento provisório de preso que fará jus a suspensão condicional do processo.

Tem-se, portanto, que o princípio P1 será a soma das condições C1 + C2 + C3 + C4. A análise minuciosa de cada uma dessas condições evitará o cometimento de equívocos, com a colocação em liberdade daqueles de representam perigo para a vítima ou para a sociedade. Os crimes de violência doméstica exemplificam bem essa situação: se considerada apenas a condição C4, na grande maioria desses delitos não haverá decreto preventivo, pois, na quase totalidade dos feitos em tramitação nos Juizados de Violência Doméstica, é imputada prática de crimes cuja pena *in concreto* não ultrapassará seis meses de prisão, implicando assim na concessão do sursis, com a suspensão da execução dessa reprimenda. Ocorre que, ao mesmo tempo em que é avaliada a condição C4, o juízo processante deve considerar a condição C2, sopesando se a concessão da liberdade ao agressor implicará em perigo para a vítima. Quanto maior esse perigo, maior será a nota a ser imposta em C2.

Para o segundo princípio colidente P2 – direito do preso à dignidade -, deverão ser analisadas as variáveis: C1 – relação vagas x população carcerária, para que se possa verificar eventual superlotação; C2 – separação entre presos provisórios e condenado, e entre uns e outros pelo grau de periculosidade; C3 – garantia da integridade física e psíquica, acesso do preso à saúde, educação, trabalho, higiene, alimentação, assistência jurídica e assistência da família; C4 – estrutura física e conservação da unidade prisional.

A avaliação da condição C1 resultará de análise matemática da proporção número de vagas disponibilizadas no sistema prisional x o número de presos. Quanto maior a déficit de vagas, maior será a superlotação e maior será a nota a ser atribuída na condição C1. Conseqüentemente, menos indicada será a decretação da prisão.

Na condição C2 o Juízo irá considerar o cumprimento da determinação constitucional de separação entre presos provisórios e condenados, e entre uns e outros conforme a periculosidade. Não sendo observada essa separação, presos de menor periculosidade entrarão em contato com aqueles recolhidos em razão da prática de crimes graves, o que, indiscutivelmente, dificultará a ressocialização do preso menos perigoso e aumentará a chances de vier ele a ser novamente preso, em ocasião futura, pela prática de crime mais grave. Some-se a isso o poder das facções criminosas dentro das unidades prisionais. Esse convívio de presos com diferentes níveis de periculosidade, permiti que aquele menos perigoso venha a ser cooptado por organizações criminosas.

A condição C3 está diretamente relacionada à condição C1, pois quanto mais superlotada estiver a unidade prisional, menor será a possibilidade de se garantir a integridade física do preso e o seu acesso à direitos essenciais, como saúde, educação e trabalho. A prisão, seja ela provisória ou decorrente de sentença, só poderá restringir a liberdade do preso, não sendo admitida a limitação ou violação de outros direitos fundamentais. É dever do Estado garantir a integridade e a dignidade do encarcerado.

Constatado que a unidade de prisional não dispõe de condições mínimas para a garantia desses direitos, maior será a nota atribuída à condição C3. Assim, quando verificada a falta de segurança, de alimentação e de

assistência médica, mais próxima de 03 será a nota atribuída ao item C3 de P2.

A última condição a ser avaliada em P2 é a estrutura física da unidade prisional – C4. O Juiz da Execução Penal deve funcionar como Corregedor de Presídio, visitando regularmente as unidades prisionais para avaliar sua estrutura física e o tratamento dispensado aos presos. Caso necessário, o Magistrado poderá determinar seja o prédio inspecionado pelo Corpo de Bombeiros e Vigilância Sanitária, por exemplo. Em não raros casos, essas inspeções constatarão a inexistência ou o não funcionamento da rede de esgoto; o perigo de incêndio, em razão das péssimas condições da instalação elétrica; e a infestação por roedores. Quanto pior a condição da edificação, maior será a nota da condição C4 e menos indicada será a colocação do preso nesse ambiente.

Tal qual P1, P2 também será formada pelas somas de $C1 + C2 + C3 + C4$. Após encontrados os números para P1 e P2, será necessário comparar os dois resultados, prevalecendo sempre o princípio com maior pontuação, pois a teoria aqui criada atribui maior pontuação para conceitos negativos. Tem-se, portanto, as seguintes possibilidades:

$P1 < P2$: P.P2 (prevalência de P2)

$P1 > P2$: P.P1 (prevalência de P1)

Na primeira hipótese, somadas as condições, P2 atingiu maior pontuação que P1, o que significa dizer que as condições prisionais são piores que a periculosidade e os riscos decorrentes da concessão da liberdade ao preso. Assim, deverá o Magistrado decidir pela concessão da liberdade, dando prevalência ao direito do preso a dignidade.

Já na segunda hipótese, somadas as circunstâncias, P1 teve maior pontuação que P2, indicando que a periculosidade do agente representa risco para a sociedade. Nesse caso a concessão da liberdade ao preso é mais prejudicial que a violação dos direitos individuais, caso seja ele recolhido a prisão em condições insalubres. Deve ser decretada a prisão, prevalecendo o direito à segurança pública da sociedade.

Como ultima possibilidade temos:

P1 = P2: P.P1

Nessa hipótese, após consideradas todas as condições de P1 e P2, foram encontrados resultados idênticos, sendo a soma das condições de P1 igual a somas das condições de P2. Para a solução desse conflito deve ser utilizada a máxima *in dubio pro societate*, pois se estará diante da colisão de um direito coletivo e um direito individual.

Ao analisar os riscos para a sociedade de correntes do retorno do preso ao convívio social, pretende-se garantir o direito de todos à segurança pública, a manutenção da paz social. Por outro lado, ao analisar o risco decorrente do encarceramento em condições desumanas, o Juízo estará apreciando o direito de cada um dos encarcerados, individualmente. Nesse conflito entre direito coletivo e direito individual, deve prevalecer aquele, optando-se pela decretação da prisão e garantindo-se a segurança pública.

Para melhor visualização do que aqui é sugerido, passe-se agora à análise de exemplos.

Suponha-se que em uma determinada Comarca seja designado um Magistrado para a Vara de Execuções Penais (M1) e outro Magistrado para a audiência de custódia (M2). Mensalmente M1 tem o dever de comparecer a unidade prisional, verificando as condições C1, C2, C3 e C4. Realizada a visita, M1 avalia cada uma dessas condições, atribuindo notas individuais e quantificando a princípio P2 (direito à dignidade da pessoa presa). Encontrado o resultado de P2, o Juiz da Execução Penal (M1), deve comunicar o valor atribuído ao Juiz da Custódia (M2), para que, quando da análise de cada caso concreto, possa este comparar o resultado de P2 com cada resultado P1 (direito da sociedade à segurança pública) por ele obtido.

Imagine-se que no mês de março de 2019, o Juiz da Execução Penal (M1) realizou inspeção na unidade prisional, determinando, em seguida, fosse o edifício avaliado pelo Corpo de Bombeiros e Vigilância Sanitária. De posse das informações obtidas após sua vistoria e dos laudos emitidos por esses dois órgãos, o Magistrado M1 passa a avaliar as condições de P2 nos seguintes termos:

C1 – relação vagas x população carcerária: a unidade prisional está superlotada? SIM. Qual o percentual do excedente presos x vagas? O número de presos é 50% maior que o número de vagas. Consideradas essas condições, C1 = 2.

C2 – Há separação dos presos entre provisórios e condenados? SIM. Há separação entre aqueles e entre esses pela periculosidade? Não. Nestes termos, C2 = 2.

C3 – Garantia da integridade física, psíquica e assistência – Os presos vêm recebendo assistência médica e odontológica? Sim, o que quase sempre ocorre dentro da própria unidade prisional. Casos graves são direcionados aos hospitais públicos, mediante escolta. A alimentação é adequada? Sim. Há assistência religiosa e da família? Sim. Há acesso ao trabalho e educação? Não. Há risco a integridade física do preso em razão de violência entre eles praticada e/ou rebeliões? Eventualmente. Considerados todos esses fatores C3 = 1.

C4 – estrutura física e conservação da unidade prisional – A unidade tem rede água e esgoto funcionando a contento? Funcionamento Parcial, havendo registro de problemas nas privadas de várias celas. A instalação elétrica está preservada e em condições seguras? Sim. Há infestação por ratos, baratas ou outros insetos? Sim. Baratas em quase todas as áreas e ratos em um único pavilhão. C4 = 2

Somados todos os resultados temos: $P2 = C1 + C2 + C3 + C4 = 2 + 2 + 1 + 2 = 7$. Ou seja, no mês de março de 2019, o princípio P2 recebeu nota 7 ($P2 = 7$). Encontrado esse resultado, o Juiz da Execução faz o devido comunicado ao Juiz da Custódia.

Caberá ao juiz da custódia, quando da análise de cada caso concreto, avaliar as condições de P1, por exemplo: A é preso em flagrante delito, por prática de crime de furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV, do CPB). Juntada a certidão de antecedentes criminais e após a oitiva do flagranteado na audiência de custódia, o Juiz M2 passa a analisar as condições (C) garantia da segurança pública (P1).

C1 – natureza do delito imputado ao flagranteado – trata-se de crime de furto, praticado em concurso de agentes; delito esse que não implica em violência ou grave ameaça. Nesse caso C1 = 1.

C2 – periculosidade, antecedentes e possibilidade de reiteração delituosa – A não possui antecedentes, não havendo nada nos autos a demonstrar que é ele pessoa perigosa ou que em liberdade voltará a delinquir. C2 = 0.

C3 – idade do preso – na data da prisão em flagrante A contava com 22 anos, não cabendo se falar, portanto, em clemência em razão de sua imaturidade. C3 = 1.

C4 - previsibilidade de eventual condenação e tipo/quantum de pena a ser imposta – Considerados o tipo de delito e as condições pessoais do flagrantado, é provável que, em havendo condenação, venha ele a ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direito. Sendo assim, C4 = 0.

Somados todas as condições, temos: $P1 = C1 + C2 + C3 + C4 = 1 + 0 + 1 + 0 = 2$, ou seja, no mês de março de 2019, o princípio P1, para o preso A, equivale a 2 ($P1 = 2$). Resta agora comparar P1 e P2, com relação ao preso A.

Preso A: $P1 (2) < P2 (7)$, o que significa dizer que o risco para a integridade física do preso, caso seja ele recolhido a unidade prisional, é bem maior que o risco para a sociedade, caso venha ele a ser beneficiados com a liberdade provisória. $P1 = 2$ aponta para baixa periculosidade do preso. Nessas condições P2 deve ter prevalência sobre P1, pois a periculosidade é menor que o risco decorrente da prisão, devendo o direito à integridade física do preso se sobrepor ao direito da sociedade à segurança pública. Nos termos da formula aqui desenvolvida:

Preso A: $P1 < P2$: P.P2.

Juntamente com o preso A, foi flagrantado o preso B (co-autor do crime de furto qualificado pelo concurso de agentes imputado a A). Após análise do auto de prisão em flagrante, da certidão de antecedentes criminais e da oitiva do flagrantado, o Juiz da Custódia (M2) passa a analisar a condições (C) de P1 – direito da sociedade à segurança pública – nos seguintes termos:

C1 – natureza do delito imputado ao flagrantado B – trata-se de crime de furto, praticado em concurso de agentes, delito esse que não implica em violência ou grave ameaça. Assim, C1 = 1.

C2 – periculosidade, antecedentes e possibilidade de reiteração delituosa – B possui uma longa folha de antecedentes, havendo registro de três crimes de roubo e outros dois crimes de furto; além de uma prisão por tráfico de drogas. Os antecedentes de B apontam para elevada periculosidade e grande possibilidade de reiteração criminosa, o que permite seja a condição C2 = 3.

C3 – idade do preso – na data da prisão em flagrante B contava com 30 anos, não cabendo se falar em clemência em razão de sua imaturidade. Da data em que atingiu a maior idade penal até a data da audiência de custódia, ao flagranteado B foi imputada a autoria de sete delitos, sendo três roubos, todos com uso de arma de fogo, três furtos e um crime de tráfico. Dada a elevada reiteração criminosa, o Magistrado entendeu que, para o flagranteado B, C3 = 3.

C4 - previsibilidade de eventual condenação e tipo/quantum de pena a ser imposta – Considerado o tipo de delito e as condições pessoais do flagranteado, é provável que, em havendo condenação, o acusado não seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direito. Especificamente quanto ao crime de furto que levou B a audiência de custódia, é provável que lhe seja imposta pena de até 04 anos, a ser cumprida em regime aberto. Ocorre que além desse crime de furto, devem ser considerados os demais feitos criminais instaurados em face de B, pois, quando da execução, as penas serão somadas, havendo grande possibilidade do cumprimento das reprimendas ser iniciado no regime fechado. Nestes termos, C4 = 1.

Somados todas as condições, temos: $P1 = C1 + C2 + C3 + C4 = 1 + 3 + 3 + 1 = 8$. Ou seja, no mês de março de 2019, o princípio P1, para o preso B, equivale a 8 ($P1 = 8$). Passa então o Magistrado a comparar P1 e P2, com relação ao preso B.

Preso B: $P1 (8) > P2 (7)$, ou seja, a periculosidade de B e os riscos para a sociedade são maiores que os riscos decorrentes da prisão em ambiente inadequado. Nessas condições P1 deve ter prevalência sobre P2, sobrepondo-se o direito da sociedade à segurança pública, ao direito individual do preso. Nos termos da formula aqui desenvolvida:

Preso B: $P1 > P2 = P.P1$.

Nesse caso específico é importante dizer que em raríssimas situações pessoas flagranteadas por prática de crime de furto têm a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, sem concedida a Liberdade Provisória na grande maioria das vezes. B não teve a prisão decreta em razão da prática de crime furto, mas em razão de sua longa folha de antecedentes e de sua personalidade voltada para o crime, sendo a sua liberdade uma ameaça à paz social.

Note-se que o que definirá qual dos princípios deve prevalecer é a condição variável $P1$, pois $P2$ é condição fixa, encontrada a partir da fiscalização mensal na unidade prisional. Assim, se $P1 > P2$, indicando que o flagranteado representa alto perigo à sociedade, deve ser ele recolhido ao cárcere. Por outro lado, se $P1 < P2$, significa dizer que o acusado tem baixa periculosidade, não havendo justificativa para o seu recolhimento em local insalubre.

Como terceiro exemplo, imagine-se que nesse mesmo dia de março de 2019, C é preso em flagrante delito, por prática de crime de roubo, art. 157, § 2º, VII, do CPB. Quando da análise das condições (C) de $P1$, o Juiz da custódia chega ao seguinte resultado:

C1 – natureza do delito imputado ao flagranteado C – trata-se de crime de roubo, cuja ameaça foi exercida pelo uso de arma branca (art. 157, § 2º, VII, do CPB). Nesse caso $C1 = 2$.

C2 – periculosidade, antecedentes e possibilidade de reiteração delituosa – C não possui antecedentes, não havendo nada nos autos a demonstrar que é ele pessoa perigosa ou que em liberdade voltará a delinquir. $C2 = 0$.

C3 – idade do preso – na data da prisão em flagrante C contava com 18 anos, devendo a sua pouca maturidade militar em seu favor. $C3 = 0$.

C4 - previsibilidade de eventual condenação e tipo/quantum de pena a ser imposta – Considerados o tipo de delito e as condições pessoas do flagranteado, é provável que, em havendo condenação, venha ele a ser condenado a cumprir pena em regime semiaberto. Em razão da inexistência de colônia agrícola na Comarca, as penas do regime semiaberto vêm sendo

substituídas por monitoramento eletrônico com recolhimento noturno. Sendo assim, $C4 = 1$.

Somados todas as condições, temos: $P1 = C1 + C2 + C3 + C4 = 1 + 0 + 0 + 1 = 2$. Nessa hipótese, no mês de março de 2019, o princípio P1, para o preso C, equivale a 2 ($P1 = 2$). Comparando P1 e P2, para o preso C tem-se:

Preso C: $P1 (2) < P2 (7)$, indicando que C é indivíduo de baixa periculosidade e que os riscos para a sua integridade física, caso seja ele recolhido a unidade prisional, são maiores que o risco para a sociedade, caso venha ele a ser beneficiados com a liberdade provisória. Nessas condições P2 deve ter prevalência sobre P1, devendo o direito a integridade física do preso se sobrepor ao direito da sociedade à segurança pública. Nos termos da fórmula aqui desenvolvida:

$$\text{Preso C: } P1 < P2 = P.P2.$$

Complexa é a análise das condições quando ao flagranteado é imputada prática de crime de ameaça, qualificada pela violência doméstica e familiar contra mulher. De um modo geral, nos casos de prática de crime de ameaça não será admitida a decretação da prisão preventiva, pois a esse delito é imposta pena máxima de 06 meses, exigindo o art. 313, I, do CPP que, para a decretação da prisão preventiva, seja imposta pena máxima superior a 4 anos. Ocorre que esse mesmo art. 313, do CPP, em seu inciso III, permite a decretação da prisão preventiva, independentemente do delito praticado, quando o crime envolver violência doméstica contra a mulher e a decretação da medida for indispensável à garantia da execução da medida provisória de urgência.

Dito isso, imagine-se que nesse mesmo mês de março de 2019, D é apresentado na audiência de custódia, sendo-lhe imputada a prática de crime de ameaça, qualificada pela violência doméstica e familiar contra a mulher. Certidão de antecedentes criminais junta ao auto de prisão em flagrante e ouvido o flagranteado, passa o Juiz da Custódia a analisar as condições (C) de P1:

C1 – natureza do delito imputado ao flagranteado D – trata-se de crime de ameaça, praticado contra vítima mulher, com a qual D possuía relação de afeto (esposa) (art. 147, do CPB). Nesse caso $C1 = 1$.

C2 – periculosidade, antecedentes e possibilidade de reiteração delituosa – D responde a outros três processos criminais, todos em tramitação na Vara de Combate a Violência Doméstica contra a mulher. Também da certidão de antecedentes criminais é possível constatar que em um desses feitos foi concedida medida protetiva, ficando o flagranteado proibido de se aproximar da vítima. Essa mesma decisão impôs ao flagranteado a cautelar de monitoramento eletrônico, havendo provas de que, ao praticar o novo delito, ele violou o perímetro estabelecido pelo Juízo que impôs a cautelar. O flagranteado não só praticou novo delito, como descumpriu a medida protetiva, sendo recomendável a decretação da prisão preventiva, com fundamento no art. 313, III, do CPP. Analisada essa condição o Magistrado conclui que $C2 = 3$.

C3 – idade do preso – na data da prisão em flagrante D contava com 35. Havendo registro de um total de quatro processos criminais, nos últimos dois anos. $C3 = 3$.

C4 - previsibilidade de eventual condenação e tipo/quantum de pena a ser imposta – Considerado o tipo de delito e as condições pessoais do flagranteado, é provável que, em havendo condenação, venha ele a ser condenado a cumprir pena em regime aberto. Em razão da inexistência de casa do albergado na Comarca, as penas do regime aberto vêm sendo substituídas comparecimento mensal em Juízo. Sendo assim, $C4 = 0$.

Somados todas as condições, temos: $P1 = C1 + C2 + C3 + C4 = 1 + 3 + 3 + 0 = 7$. Nessa hipótese, no mês de março de 2019, o princípio P1, para o preso D, equivale a 7 ($P1 = 7$). Comparando P1 e P2, para o preso D tem-se:

Preso D: $P1 (7) = P2 (7)$. Nesse caso, sendo P1 igual a P2, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro societate*, com a decretação da prisão. Para os crimes de violência doméstica, além da garantia da segurança pública, o recolhimento do flagranteado garantirá também a integridade física da vítima. Assim, P1 deve ter prevalência sobre P2, sendo resguardado o direito da sociedade à segurança pública. Nos termos da formula aqui desenvolvida:

Preso D: $P1 = P2: P.P1$.

Esse estudo não estaria completo se não fossem analisados exemplos relacionados ao crime de tráfico. Assim suponha-se que, nessa mesma data março de 2019, “E” é apresentado na audiência de custódia, por ter sido preso em flagrante delito, por prática de crime de tráfico (art. 33, da Lei n. 11.343/06). Analisando as condições (C) de P1, decide o Juiz da custódia:

C1 – natureza do delito imputado ao flagrantado E – crime de tráfico, sem registro de associação. De acordo com o laudo de constatação, C portava 200 gramas de cocaína, embaladas em pinos. Nesse caso $C1 = 1$.

C2 – periculosidade, antecedentes e possibilidade de reiteração delituosa – E não possui antecedentes, não havendo nada nos autos a demonstrar que é ele pessoa perigosa ou que em liberdade voltará a delinquir. $C2 = 0$.

C3 – idade do preso – na data da prisão em flagrante C contava com 18 anos, devendo a sua pouca maturidade militar em seu favor. $C3 = 0$.

C4 - previsibilidade de eventual condenação e tipo/quantum de pena a ser imposta – Considerados o tipo de delito e as condições pessoais do flagrantado, é provável que a pena privativa de liberdade venha a ser substituída por pena restritiva de direito, de modo que $C4 = 0$.

Somados todas as condições, temos: $P1 = C1 + C2 + C3 + C4 = 1 + 0 + 0 + 0 = 1$. Nessa hipótese, no mês de março de 2019, o princípio P1, para o preso E, equivale a 1 ($P1 = 1$), que implica dizer:

Preso E: $P1 (1) < P2 (7)$. “E” é indivíduo de baixa periculosidade e os riscos para a sua integridade física, caso seja ele recolhido a unidade prisional, são maiores que o risco para a sociedade, caso venha ele a ser beneficiados com a liberdade provisória. Nessas condições P2 deve ter prevalência sobre P1, devendo o direito a integridade física do preso se sobrepôr ao direito da sociedade à segurança pública. Nos termos da fórmula aqui desenvolvida:

Preso E: $P1 < P2 = P.P2$.

Como último, exemplo imagine-se que, nessa mesma data, o F é preso em flagrante delito, por prática de crime de tráfico, em associação criminosa. O laudo de constatação dá conta de que F portava 10kg de pasta base de

cocaína. Juntada a folha de antecedentes e realizada a audiência, o Juiz da custódia dá início a apreciação das condições (C) de P1:

C1 – natureza do delito imputado ao flagranteado F – trata-se de crime de tráfico em associação, delito esse extremamente grave e que representa elevado risco a paz social. Assim, C1 = 2.

C2 – periculosidade, antecedentes e possibilidade de reiteração delituosa – F possui uma longa folha de antecedentes, havendo registro de outras prisões por tráfico. Cabe destacar que o primeiro desses processos foi julgado, sendo a pena de prisão substituída por prestação de serviço a comunidade. F foi flagranteado quando ainda cumpria a pena restritiva de direito. Os antecedentes de F apontam para elevada periculosidade e grande possibilidade de reiteração criminosa, o que permite seja a condição C2 = 3.

C3 – idade do preso – na data da prisão em flagrante F contava com 30 anos, não cabendo se falar em clemência em razão de sua imaturidade. Da data em que atingiu a maior idade penal até a data da audiência de custódia, ao flagranteado F foi imputada a autoria de quatro delitos. Dada a elevada reiteração criminosa, o Magistrado entendeu que, para o flagranteado F, C3 = 3.

C4 - previsibilidade de eventual condenação e tipo/quantum de pena a ser imposta – Considerados o tipo de delito e as condições pessoais do flagranteado, é provável que, em havendo condenação e somadas as penas que eventualmente serão impostas nos outros processo, é provável que F venha a cumprir pena no regime fechado. Nestes termos, C4 = 2.

Somados todas as condições, temos: $P1 = C1 + C2 + C3 + C4 = 2 + 3 + 3 + 2 = 10$. No mês de março de 2019, o princípio P1, para o preso F, equivale a 10 ($P1 = 10$). Na comparação de P1 e P2, temos:

Preso F: $P1 (10) > P2 (7)$, ou seja, a periculosidade de F e os riscos para a sociedade são maiores que os riscos decorrentes da prisão em ambiente inadequado. Nessas condições P1 deve ter prevalência sobre P2, sobrepondo-se o direito da sociedade à segurança pública, ao direito individual do preso. Nos termos da formula aqui desenvolvida:

Preso F: $P1 > P2 = P.P1$.

Os exemplos acima enumerados comprovam a importância e perfeita simetria entre os ensinamentos de Robert Alexy e solução prática adotada por vários Juízes criminais do país, quando da colisão dos princípios direito da sociedade à segurança pública x direito do preso ao cumprimento digno na pena. Para a validação dessa teoria será essencial a constante fiscalização das unidades prisionais e a minuciosa apreciação das quatro circunstâncias relacionadas à periculosidade do preso. Todo esse cuidado evitará distorções no resultado e permitirá a preservação de um e outro direito, variando apenas o grau de efetividade, conforme o caso concreto.

Novamente destaca-se que caberia ao Estado combater o avanço da criminalidade de forma efetiva e adequar a estrutura das unidades prisionais ao que é previsto na LEP. Porém, enquanto não atingido o mundo ideal, o sopesamento desses direitos fundamentais da sociedade à segurança pública e do preso ao cumprimento digno da pena vem demonstrando ser a solução mais adequada a essa tensão.

CONCLUSÃO:

Os primeiros ordenamentos criminais vigentes em solo brasileiro já traziam a prisão como uma das punições a serem impostas aos infratores. As ordenações portuguesas ficaram conhecidas pela imposição de penas cruéis, sendo a pena de prisão pouco utilizada. Foi só a partir do movimento iluminista que se passou a questionar a ineficiência e a violência desse sistema, sendo o encarceramento apontado como a melhor alternativa.

Ao defender a prisão, Beccaria pretendia humanizar o sistema prisional, acabando com os castigos físicos e afastando a ideia de que a reprimenda imposta pela Justiça tinha um caráter divino, servindo para purgar o erro praticado. O Iluminismo trouxe para o direito penal o caráter ressocializador da pena, ao defender que a reprimenda não serviria apenas para punir. Naquele momento, a pena de reclusão era a única alternativa para tirar o direito penal daquela esfera de repressão e violência. Ocorre que o Estado não adotou as medidas necessárias à adequação do sistema a essa nova realidade.

Verifica-se que desde as Ordenações Filipinas a segregação dos réus e a privação de liberdade no Brasil carecem de maior atenção por parte do Estado. Com efeito, desde aquela época não havia unidades prisionais em número suficiente, realidade essa que só se agravou com o decurso dos anos. O aumento da criminalidade e a consequente superlotação dos presídios, fez com que o cárcere fosse convertido em masmorra. Embora a sentença penal condenatória imponha apenas a restrição da liberdade, e execução da pena em condições desumanas faz com que, involuntariamente, o sistema prisional retorne àquele vigente antes do Código Criminal do Império. O total abandono das unidades prisionais permite dizer que a proibição da pena de tortura virou letra constitucional morta.

O fato é que a falta de estrutura e de vagas nas prisões do Brasil não exime o Estado de cumprir seu dever de garantir a segurança pública. Frise-se que, ao falar em Estado como garantidor da segurança pública, está se falando em sentido amplo, incluindo-se aí não só o Executivo, mas também o Legislativo e o Judiciário. Como integrantes do sistema de segurança pública e

responsáveis pela execução das penas privativas de liberdade, os magistrados do País vivem um dilema diário entre priorizar o direito da sociedade à segurança pública ou o direito do preso ao cumprimento digno da pena.

Visando a atender os anseios de uma sociedade que clama por segurança, o Legislativo vem editando leis cada vez mais severas, que aumentam o tempo de prisão e dificultam a concessão de benefícios penais. Na contramão dessa postura opressiva, esse mesmo legislativo introduz no ordenamento jurídico as chamadas penas alternativas e medidas cautelares que substituem a prisão provisória.

Por seu turno, na tentativa de atender um e outro lado desse conflito, o Judiciário ora adota medidas que dêem efetividade ao cumprimento das penas, ora busca instrumentos para evitar o encarceramento em massa, a exemplo da audiência de custódia.

A Corte Suprema, ao enfrentar a questão, não conseguiu responder à tensão existente entre o dever de punir e o direito de réu a ressocialização. Nesse ponto, especialmente em juízos de vara única, o Magistrado é um catalisador dos conflitos entre a sociedade, que quer a punição, como forma de garantir o direito fundamental à segurança pública; e o preso, que exige seja garantido o direito à dignidade e, conseqüentemente, ao mínimo existencial.

Nesse sentido, apenas por meio do juízo de ponderação o Judiciário poderá tentar solucionar este conflito, a curto prazo. Para tanto é preciso ponderar de um lado os fatores relativos à segurança pública, em especial a periculosidade do réu e a probabilidade de reiteração criminosa; isso para que se possa verificar quão prejudicial para a sociedade será o seu retorno à coletividade.

De outro lado, caberá ao magistrado analisar a estrutura prisional oferecida pelo Estado, a eventual superlotação, a separação dos presos de acordo com a periculosidade e o reflexo de todos esses fatores na ressocialização. De posse dessas informações, poderá o juízo decidir se a periculosidade e natureza do delito imputado ao réu justificam a sua colocação em ambiente tão insalubre.

O direito não é uma ciência exata, com resultados equivalentes para todos os processos postos em julgamento. Conforme variam as condições do caso concreto, varia o teor do provimento judicial. Além das circunstâncias

fáticas do caso concreto, também a convicção pessoal de cada magistrado interferirá diretamente no resultado final do processo. Diante de uma mesma circunstância fática, um magistrado poderá decidir por priorizar o direito a segurança pública, enquanto outro poderá decidir pela priorização da dignidade do preso. Daí a importância de se adaptar a teoria de ponderação de direitos fundamentais de Robert Alexy ao conflito apresentado nesse trabalho. A ideia de atribuir notas à periculosidade do preso e às condições da unidade prisional, poderá evitar o cometimento de erros e a prolatação de decisões divergentes.

Enquanto não adotadas medidas práticas e efetivas no combate à violência e para solução do caos prisional, a ponderação do direito fundamental à segurança pública e do direito fundamental do preso ao cumprimento digno da pena é, sem dúvida, a solução mais eficiente para a solução desse conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Joneil Vieira de. Direito Constitucional e a crise na efetividade das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05.05.2018.

BRASIL. A sentença de Tiradentes. Documento Disponível em: <<http://historianet.com.br>>. Acesso em: 23. dez. 2017.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundametales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES. Jamil Chaim. Penas alternativas: teoria e prática. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ANDRADE, Vander Ferreira de. Do direito fundamental à segurança pública: análise crítica do sistema constitucional de segurança pública brasileiro. Disponível em < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5371>>.

BADENI, Gregorio. Tratado de derecho constitucional. 2ª Ed. Buenos Aires: La Ley, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BARROSO, Luíz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 10 de agosto. 2017

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Ed. Eletrônica. Ed Ridendo Castigat Moraes. P. 10. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/>. Acesso em 20 de dezembro de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – Causas e alternativas. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 127/128

BODO, Pieroth, e SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. tradutores Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2018, ano base 2017. Disponível em <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 2 SET. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>, Acesso em: 14. JUN. 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 18 JUN. 2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 JUN. 2017

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 14 JAN. 2019.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em 17 JAN. 2019.

BRASIL: Carta de Araçatuba. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05. Jan. 2020. BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRITTO, Adriana. Justiça restaurativa e execução penal. Rio de Janeiro: Limen Juris, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª edição, Lisboa: Almedina, 2009.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Presunção da inocência e execução provisória da pena no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Sistemas de Penas Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal. Tese apresentada para Concurso de Professor Titular de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, 1ª Ed. Campinas: Russell, 2009.

COCURUTTO, Ailton. Os princípios da dignidade da pessoa humana e a inclusão social. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, Álvaro Mayrink. Execução Penal. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016.

Carvalho. Matheus. Manual de direito administrativo. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 119.

BRASIL. Censo Penitenciário 2014. Disponível em <<http://www.contasabertas.org.br>>. Acesso em 05. maio.2018

BRASIL. Código Criminal do Império. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>>. Acesso em: 10. dez. 2017.

Consolidação das Leis Penais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 05. Jan. 2019

Constituição de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 05. Jan. 2019.

Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 05. Jan. 2019.

Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 05. Jan. 2019.

DASSI, Maria Angelica Lacerda Marin. A pena de prisão e a realidade carcerária brasileira: uma análise crítica. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Texto original retirado do endereço eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 17 JUN. 2017

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.ldh-france.org/section/auxerre/files/2010/12/LDH-D%C3%A9claration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789.pdf>>. Acesso em: 17 JUN. 2017

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 17 JUN. 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 85

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1999. 20 ed.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Direitos dos Presos. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

FREITAS, Vladimir Passos. TEIXEIRA, Samantha Ribas. Segurança Pública - Das Intenções à Realidade, Juruá Editora, 2014, p. 82

GIACOMOLLI, NEREU. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. Madri: Marcial Pontes. Citado por MARQUES, Mateus. Resolução 213 do CNJ – art. 9º e 10. Audiência de custódia. Comentários à resolução do Conselho Nacional de Justiça. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 116

GRECCO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativa à privação da liberdade. São Paulo. Saraiva, 2011.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Direito de Execução Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HART, H.L.A. O Conceito de Direito. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2007

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. 2º ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian. Trad. José Lamago, 2011

LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. 3. reimpressão. São Paulo: Ícone, 2016.

BRASIL: Lei Complementar n. 79/94. Disponível em <<http://www.planalto.jus.br>>. Acesso em 22. Maio. 2018.

BRASIL: Lei n. 11.340/06. Disponível em <<http://www.planalto.jus.br>>. Acesso em 22. Dez. 2018.

Lei n. 12.954, de 12 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 10. Nov. 2019.

Lei n. 13.964 Disponível em <<http://www.planalto.jus.br>>. Acesso em 15. Jan. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal: volume único. Niterói: Impetus. 2013.

LOPES Jr., Aury. Prisões cautelares. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Medida Provisória n. 781/2017. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05. jun.2018

MENDES, Gilmar Ferreira e; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018. 137 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAEL, Lothar. Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo. Atlas, 2004.

NETO. Flávio de Sá Cavalcanti de Albuquerque. A inclusão da pena de morte no Código Criminal do Império. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 07 Jan. 2018.

NICOLITT, André. Processo Penal Cautelar, prisão e demais medidas cautelares, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 18º Ed. São Paulo: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos x segurança pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Pacto de San José da Costa Rica disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 17 JUN. 2017

PESSOA, Gláucio Tomáz de Aquino. Código Criminal do Império. Disponível em <[http:// http://mapa.an.gov.br/index](http://mapa.an.gov.br/index)>. Acesso: 21. Jan. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais : Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. Estado de coisas Inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Portugal. Ordenações Filipinas. Documento Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle>>. Acesso em: 29. dez. 2017

RAMOS, Andre de Carvalho. Curso de direitos humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 22/50 p.)

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL: Recurso Extraordinário (RE) 592581. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05.05.2018

Recurso extraordinário (RE) 466.343. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05.05.2018

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 580252. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05.05.2018

Recurso Extraordinário 641.320. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05.05.2018

Resolução n. 125. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 08. Jun. 2018

Resolução n. 213/2015. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 10. Jan.2019

ROUSSEAU. Jean-Jacques. Do contrato Social. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 01. fev. 2019

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40 ed. São Paulo : Malheiros, 2017

TAQUARY. Eneida Orbage de Britto. A Formação do Sistema Penal Brasileiro. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus>>. Data do acesso: 20. jan. 2019)

VALOIS, Luís Carlos. Execução Penal e Ressocialização. São Paulo. Estúdio Editores Com, 2015.

VALOIS, Luís Carlos. Conflito entre Ressocialização e o Princípio da Legalidade na Execução Penal. São Paulo. Lumen Juris, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. Direito Penal da Guerra as Drogas. São Paulo. Estúdio Editores Com, 2015

VIEIRA, Eliezer Costa. Execução Penal: Dever ou Direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.