

**Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - ISCP SI**



**Isaias Cordeiro**

**Dissertação do VII Mestrado em Ciências Policiais Especialização em  
Criminologia e Investigação Criminal**

**O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE  
NAS PRISÕES BRASILEIRAS E A GRAVE VIOLAÇÃO DE  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

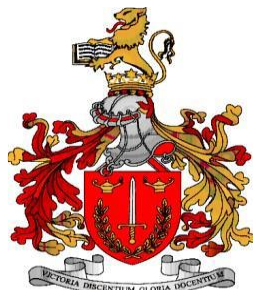
Orientador:

**Professor Doutor Rodrigo Bueno Gusso**

**Lisboa - Portugal**

**Outubro – 2017**

# **Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI**



## **Dissertação do VII Mestrado em Ciências Policiais com Especialização em Criminologia e Investigação Criminal**

### **O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NAS PRISÕES BRASILEIRAS E A GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais com Especialização em Criminologia e Investigação Criminal.

Orientador:

Professor Doutor Rodrigo Bueno Gusso

Lisboa - Portugal

Outubro - 2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar a Deus a concretização de uma importante etapa em minha carreira profissional. À minha esposa, Celia, grande incentivadora e que prestou importante apoio durante os estudos e pesquisas.

Agradeço ao meu professor e orientador, Dr. Rodrigo Bueno Gusso, a presteza e paciência a mim dispensadas, além dos incentivos, das orientações e das correções essenciais para a conclusão deste trabalho.

À diretoria e aos professores do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, o meu reconhecimento e carinho pelos preciosos ensinamentos e dedicação, que proporcionaram um novo mundo de conhecimento e saber.

Aos demais funcionários da secretaria e corpo logístico da instituição de ensino lusitana, o acolhimento afável durante a estadia em Lisboa, que se tornou por alguns meses meu lar e refúgio e da qual guardo boas recordações.

Aos meus amigos mestrando brasileiros, que sempre contribuíram dando apoio material e intelectual e, principalmente, incentivo para que este trabalho fosse concluído.

**MUITO OBRIGADO.**

## RESUMO

Em todas as constituições brasileiras, desde 1824 até 1988, sempre se dedicou um capítulo para o reconhecimento e para a proteção de direitos fundamentais. No que tange aos direitos de pessoas segregadas, a primeira Constituição, ainda no regime monárquico, já previa que as células prisionais deveriam ser bem arejadas e limpas, o que demonstrava o cuidado do Estado em fazer cumprir as principais diretrizes de proteção aos direitos humanos asseguradas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 2 de outubro de 1789. Em que pese o reconhecimento expresso de direitos fundamentais direcionados à massa carcerária, a proteção de tais direitos ainda está longe de ser implementada no Brasil, quer nos moldes constitucionais, quer nos moldes legais. A falta de interesse político e a ausência de iniciativas de gestão em programas públicos, bem como na elaboração da política criminal nacional, tornaram-se regras no cenário brasileiro. De certo modo, essa constatação vem corroborar com uma postura social duradoura que enxerga o criminoso e, conseqüentemente, o apenado como um indivíduo não detentor de direitos. Isto é, um estranho ao *establishment* vigente, um sujeito marginalizado que merece não apenas ser punido, mas excluído e mantido além da ordem social vigente, sendo ela ideológica, econômica, política e legal. Este trabalho trata sobre violações referentes à temática dos direitos humanos no sistema carcerário brasileiro e procura demonstrar que aquilo que ocorre dentro das prisões é reflexo do que ocorre fora delas. Cabe ao Estado a real observância e proteção de direitos fundamentais de todos os brasileiros e estrangeiros aqui residentes. A implementação de políticas públicas para adequação e respeito aos preceitos da carta constitucional direcionados a todos refletirá no sistema carcerário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema prisional brasileiro, Direitos fundamentais, Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

In all Brazilian constitutions, from 1824 to 1988, a chapter has always been devoted to the recognition and protection of the fundamental rights. Regarding to the rights of prisoners, the first Constitution, still under the monarchy, already set that the prison cells should be well ventilated and clean, which demonstrated the State's care in enforcing the main guidelines for the protection of the human rights ensured in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, on October 2<sup>nd</sup>, 1789. Despite the expressed recognition of the fundamental rights directed at the prison population, the protection of these rights is still far from being implemented in Brazil, in the constitutional and legal terms. The lack of political interest and the absence of management initiatives in public programs, as well as in the elaboration of the national criminal policy, have become a rule in the Brazilian scenario. Somehow, it corroborates with a lasting social standing that sees the criminal and, consequently, the convict as a person who does not have any rights. That is, a stranger to the current establishment, a marginalized individual who deserves not only to be punished, but excluded and maintained beyond the present social order, no matter if it is ideological, economic, political or legal. This project deals with the violations of the human rights within the Brazilian prison system and seeks to demonstrate that what takes place inside the prisons is a reflex of what happens outside of them. It is up to the State the real observance and protection of the fundamental rights of all Brazilians and foreigners residing here. The implementation of public policies for adequacy and respect to the precepts of the constitutional charter addressed to all will reflect within the prison system.

**KEYWORDS:** Brazilian prison system, Fundamental rights, Dignity of the human person.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
------------------	---

### CAPÍTULO 1

#### O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GARANTIAS

CONSTITUCIONAIS .....	13
-----------------------	----

1.1 ORIGEM HISTÓRICA .....	13
----------------------------	----

1.2 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ..	16
-----------------------------------------------------------------	----

<b>1.2.1 Legalidade</b> .....	<b>16</b>
-------------------------------	-----------

<b>1.2.2 Separação de poderes</b> .....	<b>17</b>
-----------------------------------------	-----------

<b>1.2.3 Participação popular</b> .....	<b>17</b>
-----------------------------------------	-----------

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS	
---------------------------------------------	--

CONSTITUCIONAIS .....	18
-----------------------	----

<b>1.3.1 Direitos fundamentais</b> .....	<b>18</b>
------------------------------------------	-----------

<b>1.3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana</b> .....	<b>21</b>
--------------------------------------------------------------	-----------

<b>1.3.3 Princípio da humanidade</b> .....	<b>22</b>
--------------------------------------------	-----------

<b>1.3.4 Proporcionalidade da pena</b> .....	<b>23</b>
----------------------------------------------	-----------

<b>1.3.5 Secularização</b> .....	<b>25</b>
----------------------------------	-----------

### CAPÍTULO 2

#### A PUNIÇÃO LEGAL COMO CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DO DIREITO

<b>PENAL</b> .....	<b>29</b>
--------------------	-----------

2.1 O CARÁTER PÚBLICO DO DIREITO PENAL E O MONOPÓLIO DO ESTADO: <i>JUS PUNIENDI</i> .....	31
----------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO PENAL LIMITADORES DO <i>JUS PUNIENDI</i> NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E LEIS INFRACONSTITUCIONAIS .....	33
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

<b>2.2.1 Legalidade ou reserva legal</b> .....	<b>34</b>
------------------------------------------------	-----------

2.3 INTERVENÇÃO MÍNIMA, SUBSIDIARIEDADE, FRAGMENTARIEDADE OU <i>ULTIMA RATIO</i> .....	36
-------------------------------------------------------------------------------------------	----

<b>2.3.1 Lesividade</b> .....	<b>39</b>
-------------------------------	-----------

2.4 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO PENAL .....	40
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### **CAPÍTULO 3**

<b>O ENCARCERAMENTO BRASILEIRO .....</b>	<b>50</b>
3.1 Sistemas de cumprimento da pena privativa de liberdade .....	55
<b>3.1.1 Sistema pensilvânico ou filadélfico .....</b>	<b>55</b>
<b>3.1.2 Sistema auburniano .....</b>	<b>56</b>
<b>3.1.3 Sistema progressivo inglês .....</b>	<b>57</b>
<b>3.1.4 Sistema progressivo irlandês .....</b>	<b>59</b>
3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS .....	60
<b>3.2.1 Cadeias públicas .....</b>	<b>60</b>
<b>3.2.2 Penitenciárias .....</b>	<b>61</b>
<b>3.2.3 Colônias agrícolas, industriais ou similares .....</b>	<b>61</b>
<b>3.2.4 Casas do albergado .....</b>	<b>62</b>
<b>3.2.5 Hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico .....</b>	<b>62</b>
<b>3.2.6 Patronatos .....</b>	<b>63</b>
3.3 A LEGISLAÇÃO PENAL E O SISTEMA PROGRESSIVO BRASILEIRO .....	63
3.4 O CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE .....	68
3.5 AS PENITENCIÁRIAS SEMIPRIVADAS E O DESAFIO DE IMPLEMENTÁ-LAS	73
<b>3.5.1 O modelo norte-americano .....</b>	<b>75</b>
<b>3.5.2 O modelo francês .....</b>	<b>76</b>
<b>3.5.3 O modelo inglês .....</b>	<b>77</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>83</b>

## INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal brasileiro, órgão de cúpula do poder judiciário, depois de anos de posicionamento contrário, passou, por meio do Tribunal Pleno, a admitir a possibilidade da aplicação da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Esse novo entendimento da Suprema Corte, a qual tem competência para interpretar as leis conforme a Constituição, criou, de imediato, uma nova preocupação decorrente de suas consequências sociais. Logo após a decisão referida, foram expedidos diversos mandados de prisões em todos os estados da federação visando alcançar pessoas condenadas pela segunda instância judicial e que aguardavam julgamentos de recursos nos tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.<sup>1</sup>

Essa mudança de entendimento do Pleno da Suprema Corte é um fator que contribuiu para aumentar ainda mais a histórica superlotação nos estabelecimentos prisionais brasileiros. A massa carcerária estava estimada em mais de 620.000 pessoas, conforme dados colhidos em 2014 pelo Ministério da Justiça. Dessa população, segundo o levantamento oficial, 40% dos recolhidos são presos provisórios, ou seja, ainda aguardavam condenação definitiva, mas já se encontravam inseridos no sistema prisional.<sup>2</sup>

A posição do Supremo Tribunal Federal é apenas um dos fatores que contribuem para um resultado nada otimista quando se discute a finalidade da pena e suas implicações no Brasil, uma vez que essa decisão reflete diretamente na população carcerária. O alto número de reincidência também revela a impotência do Estado em tentar recuperar o indivíduo, como prevê a lei, visando ao retorno digno ao convívio social. Uma das críticas que se faz em relação a esse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal é que o recrudescimento da punibilidade, no caso em questão mediante a nova possibilidade de encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não é acompanhado de melhor efetividade do cumprimento da pena no Brasil. Ou seja, pune-se mais, mas com menos eficiência. A não ressocialização como regra, acompanhada dos altos índices de reincidência, é o maior exemplo dessa política criminal equivocada.

---

<sup>1</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC 126.292**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 out. 2017.

<sup>2</sup> *Id.* Ministério da Justiça e Segurança Pública. **População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos**. 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acesso em: 23 nov. 2016.

A falta de políticas públicas em níveis nacional/estadual, sejam elas na esfera preventiva, sejam na repressiva, e a falta de investimentos em estabelecimentos prisionais com o mínimo de suporte para a preservação da vida, aliada à falta de cumprimento de legislações específicas, são o resultado indigno pelo qual passa o atual sistema prisional brasileiro. Todos esses fatores nos levam à constatação notória da real falência do sistema criminal perante o que propõe a própria Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, notadamente ao que tange ao quesito ressocialização.

Sabemos que os fins do Estado são o bem-estar e a busca incessante da pacificação social. Esses objetivos só podem ser atingidos se respeitados valores individuais já consagrados num Estado democrático de direito no qual se insere o Brasil. Nesse contexto, deve agir conforme os limites por ele mesmo impostos na carta constitucional. O Estado constitucional caracteriza-se pela presença de elementos vitais, tais como a subordinação à legalidade e à vontade popular e a previsão de direitos fundamentais.

Funda-se ainda em princípios de importância ímpar, dos quais é exemplo de maior relevância a dignidade da pessoa humana, do qual se extraem outros princípios, como a proporcionalidade e a presunção da inocência. O *jus puniendi*, de titularidade exclusiva do Estado, como não poderia deixar de ser, deve obediência a todos esses comandos, além de outros axiomas específicos, próprios de um direito penal democrático que funciona como limites ao direito punitivo. Assim, o poder punitivo não é absoluto, mas deve observância às regras e os direitos já consagrados nacional e internacionalmente e que dizem respeito ao próprio ser humano, o que chamamos de dignidade.

Este trabalho tem a missão de discutir esse tema. De forma geral, analisar as tensões sociais e suas implicações decorrentes da figura do Estado e seu agir em dois sentidos, o primeiro como garantidor legítimo das leis que regem a sociedade brasileira, especialmente na guarda das garantias e prevalência dos direitos humanos de todos os brasileiros, e no segundo momento reconhecendo esse mesmo “Estado guardião” em uma personalidade antagônica, ou seja, como o maior agente descumpridor desses mesmos direitos fundamentais. A situação penitenciária das unidades prisionais brasileiras é o melhor exemplo dessa postura descolada dos princípios e das garantias fundamentais, previstos não apenas no corpo de sua Constituição, mas em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Este estudo também traz à baila uma reflexão sobre Direito Penal e monopólio estatal da punição, os fins do Direito Penal e as consequências: a pena privativa de liberdade e seu alcance ressocializador e punitivo. Evidenciam-se a real situação carcerária no Brasil, por ser um fator mais visível, e o descaso dos governantes para o problema e sua repercussão na sociedade.

Também se verificam as legislações vigentes, os descumprimentos delas pelo Estado e seus agentes e a violação flagrante de direitos humanos.

Dessa ineficiência surgem nas prisões grupos criminosos que mantêm o controle, raramente admitidos pelo governo, por meio de facções criminosas que encontram um campo fértil para impor suas ideias e convicções, encontrando um ambiente adequado para, por meio da coação e do medo, cooptar pessoas encarceradas e esquecidas pela sociedade e pelo Estado.

Essa administração paralela interna, mas com fortes reflexos externos, alimenta ainda mais um círculo vicioso de práticas criminosas, prisões numerosas, superlotação, mais crimes, mais prisões etc. Daí as barbáries que ocorrem no sistema prisional, com grave violação de direitos. Um cenário que resulta em consequências não apenas internas, mas também que podem extrapolar os limites infralegais da normatividade brasileira, gerando reflexos além Brasil, como por exemplo a grande probabilidade de responsabilização do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, à qual o Estado brasileiro se submete.

Do ponto de vista formal, somos uma democracia madura, consolidada e com instituições jurídicas sólidas. Mas por que não se consegue administrar/controlar a criminalidade nem, principalmente, ressocializar o segregado em um estabelecimento penal?

Veremos que nesse meio, de certa forma tido como caótico, existem no Brasil soluções possíveis e que estão dando bons resultados. Um dos exemplos é a parceria público-privada, que consiste na administração do sistema prisional compartilhada entre poder público e iniciativa privada.

O projeto ainda está em construção, pois ainda há muita divergência doutrinária, legislativa e de cunho político e ético. Mas o fato é que as poucas penitenciárias semiprivatizadas funcionando no país estão dando bons resultados, sobretudo no cumprimento da legislação de execução penal, e já vêm apresentando em algumas cidades baixo índice de reincidência. A diminuição dos índices de reincidência criminal referente aos apenados que passam ou passaram pelas unidades prisionais privadas ou semiprivadas é a maior bandeira daqueles que defendem esse modelo de encarceramento.

Infelizmente, trata-se de políticas isoladas no que tange ao montante do problema do atual cenário nacional, tido com extremamente grave. Há que se considerar que mesmo que o governo resolva tomar algumas providências imediatas, como toda política pública na área criminal cujos efeitos são a médio e longo prazos, os resultados demorarão a surgir, entre eles, e como exemplo, a necessidade urgente de construção de prédios que abriguem esses encarcerados com a dignidade que lhes é peculiar.

O Brasil é um país que tem uma carta constitucional moderna, atual e em conformidade com os princípios que regem o constitucionalismo, pautada em um Estado de direito e democrático. O que falta então para a implementação de um plano de recuperação, manutenção e avanço nessa área? Parece que a questão está mais voltada para a efetivação de políticas públicas com base em um plano idôneo, responsável e de gestão. Possivelmente reconhecer que a política criminal brasileira é vista como um projeto de Estado, a curto, médio e longo prazos, e não tão somente como um projeto de governo. Assim, a falta de recursos financeiros, a nosso ver, não é o principal problema.

Necessário se fazer uma análise da formação do Estado democrático de direito, seus postulados e limites, pois o Brasil nele se insere, conforme se depreende já no artigo 1.º da atual carta constitucional, de 5 de outubro de 1988, *in verbis*:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.<sup>3</sup>

Uma vez assimilados os postulados da democracia e os limites que um Estado constitucional impõe ao próprio direito de punir, busca-se compreender como e por que atua o poder público no gerenciamento e na administração desse sistema complexo. O considerável déficit de vagas, o número grande de prisões e a inobservância dos postulados de dignidade e respeito aos apenados são ainda desafios a serem superados. Mas entendemos possível encontrar alternativas que podem ser implementadas visando contribuir para a adequação e fiel cumprimento dos princípios constitucionais. Como resultado da implementação dessas alternativas, espera-se cumprir as diretrizes das leis ordinárias que tratam do tema, notadamente a Lei de Execução Penal de 1984, a qual reflete os anseios da Carta Maior brasileira, desde a primeira Constituição imperial:

Constituição de 1824: Art. 179:

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 out. 2017.

Há que se concretizar nas prisões brasileiras o ambiente desejado desde a previsibilidade da primeira carta constitucional, de 1824, a qual antes mesmo de a sociedade debater o tema dignidade da pessoa humana já demonstrava preocupação da assembleia constituinte, refletindo os anseios sociais quanto a essa questão.

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil (de março de 1824)**. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 28 out. 2017.

# CAPÍTULO 1

## O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

### 1.1 ORIGEM HISTÓRICA

O Estado Democrático de Direito decorre de um aperfeiçoamento do conceito de Estado de Direito, entendido como o Estado regido por leis. A esse conceito, conjuga-se o de democracia, para se chegar à conclusão de que o Estado Democrático de Direito é aquele “regido por leis, em que o governo está nas mãos de representantes legitimamente eleitos pelo povo”.<sup>1</sup>

A noção básica de Estado de Direito reside na ideia de um Estado regido por leis por ele mesmo editadas, seguindo a vontade popular da maioria de seus membros. Conforme Reinhold Zippelius, “os princípios do Estado de Direito servem como instrumentos para prevenir uma expansão totalitária e, em geral, um exercício incontrolado do poder do Estado”.<sup>2</sup>

A ideia de Estado Democrático de Direito tem suas origens nos grandes movimentos político-sociais que, tendo como ideal a luta contra as formas absolutistas de governo, marcaram o século XVIII, especialmente a Revolução Francesa e seus efeitos e influência em boa parte do mundo ocidental. Os postulados preconizados nesse período determinaram as diretrizes dos Estados até os dias atuais. Daí a importância de bem compreendê-los.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

A fixação deste ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a ideia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

<sup>2</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383.

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145.

Com inspiração nas ideias iluministas, as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa tinham como fins, sobretudo, a limitação do poder e a afirmação de direitos fundamentais do homem, sendo esses três movimentos os responsáveis pela transposição do campo teórico para o prático dos princípios que conduziriam ao Estado Democrático de Direito.

Foram as circunstâncias históricas determinantes para a preferência pela democracia, haja vista era esse o único meio hábil para o enfraquecimento do absolutismo e para a ascensão da burguesia.<sup>4</sup>

A Revolução Inglesa, com forte inspiração em Locke e no protestantismo, pugnava pelo estabelecimento de limites ao poder do monarca, bem como pelo reconhecimento de direitos naturais dos indivíduos que, tendo nascido livres e iguais, justificavam um governo de maioria.<sup>5</sup>

A conquista mais expressiva dos ingleses, nesse período, foi o Bill of Rights, em 1689. Trata-se de um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido até os dias atuais, que proclamou as liberdades e os direitos dos súditos, além de instaurar a monarquia constitucional e de reconhecer a supremacia do parlamento.

Nesse mesmo período, mais precisamente em 4 de julho de 1776, os americanos conquistavam sua independência. Logo, de nada lhes adiantava livrar-se de um governo inglês absoluto para se submeter a outro semelhante. Assim foi que, seguindo as mesmas orientações que inspiraram a Revolução Inglesa, os norte-americanos se organizaram nas 13 primeiras colônias, procurando sempre garantir a supremacia da vontade popular. Ensina Dallari: “um aspecto importante a ser evidenciado é que, tendo recebido apenas malefícios do governo inglês, os norte-americanos associaram as ideias de democracia e não-intervenção do Estado”.<sup>6</sup>

Por fim, a Revolução Francesa, também se opondo aos governos absolutos, teve o mérito incontestável de conferir caráter universal aos seus princípios, expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

As ideias encartadas nas três declarações supramencionadas foram tomadas como diretrizes para a organização do Estado que, para ser democrático, precisa se nortear e se organizar com vistas a esse fim.

---

<sup>4</sup> DALLARI, 2002, p. 147.

<sup>5</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 147.

<sup>6</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 150.

O renomado doutrinador Reis Friede faz uma distinção entre o que se chama de Estado Democrático de Direito formal ou aparente, ou, ainda, democracia em sentido estrito, e Estado Democrático de Direito material ou substantivo, ou democracia em sentido amplo.

Caracteriza-se o Estado Democrático de Direito formal pelo império da lei, bem como pela representatividade, o que se dá pela participação do povo, titular do poder, na gestão estatal, ideia primeira da democracia. É o que se chama de Estado de legitimidade.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito material pressupõe mecanismos que efetivamente realizem o intuito da lei, dando azo à existência de um verdadeiro Estado de legalidade, em que haja a efetiva observância da ordem jurídica, especialmente dos direitos fundamentais, seja pelo próprio Estado que a edita, seja pelos particulares.

Vejam-se as esclarecedoras palavras de Reis Friede:

Nesse sentido, a *democracia* (e, em particular, o *regime democrático*), vale frisar, revela-se de uma forma muito mais ampla do que a simples expressão do *consenso autorizativo* do titular do poder em face dos responsáveis pelo seu exercício direto e indireto (*liame* de legitimidade), ainda que reconhecidamente estas sejam, ao lado da efetiva participação popular, as duas características mais elementares (e iniciais) da necessária construção do *Estado de legitimidade* que, associado ao *Estado de legalidade* (na qualidade de tradução final da necessária garantia de concreção efetiva da ordem legal-constitucional legitimamente estabelecida), forjam o verdadeiro *Estado democrático* ou, em termos mais precisos, a concepção contemporânea do *Estado democrático de direito*, como natural desdobramento evolutivo do clássico (e limitado) *Estado de Direito*.<sup>7</sup>

Em suma, o autêntico regime democrático implica a conjugação do que se denomina de Estado de legitimidade (democracia formal) e Estado de legalidade (democracia material). Afinal, para sua caracterização, não basta apenas a legalidade estrita como forma de limitação do poder e participação popular; é necessário também que o mesmo Estado responsável pela edição das normas que compõem o ordenamento jurídico esteja comprometido com a efetiva garantia de que os mesmos direitos previstos na lei não sejam violados pelo próprio Estado nem pelos particulares, havendo assim o que poderíamos designar de legalidade efetiva ou material, em contraponto à legalidade estrita própria do Estado de legitimidade.

---

<sup>7</sup> FRIEDE, Reis. **Curso de teoria geral do Estado:** teoria constitucional e relações internacionais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 212-214, grifos do original.

## 1.2 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 1.2.1 Legalidade

“O princípio da legalidade é [...] um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...], porquanto é da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática”.<sup>8</sup>

Vem expresso no artigo 5.º, II, da Constituição Federal, *in verbis*: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>9</sup>

A lei é a garantia da liberdade do cidadão perante o Estado e os demais cidadãos, uma vez que, por ser a expressão da vontade geral, somente a lei pode limitar a vontade individual e restringir direitos.

Aduz ainda Miguel Reale Júnior que “a lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, à qual se submete o juiz, o Estado e todos os cidadãos”.<sup>10</sup> Continua dizendo que, “com o império da lei, garante-se a supressão do arbítrio e da opressão. O despotismo é o regime do medo, a democracia, o da segurança”.<sup>11</sup>

Está, portanto, a legalidade estritamente ligada à segurança jurídica, pois o Estado propicia aos seus administrados diretrizes de conduta, de forma que os membros da sociedade têm a oportunidade de conhecer previamente as consequências legais e jurídicas de todo e qualquer ato por ele praticado.

Cumprе consignar que, para a consecução da segurança jurídica, o essencial se encontra na seara penal, para cuja legislação o princípio da legalidade tem especial relevância e está positivado no artigo 5.º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1.º do Código Penal, que preconizam, respectivamente, a mesma ideia: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”<sup>12</sup> e “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.<sup>13</sup>

Trata-se da consagração do brocardo latino *nullum crimen sine lege*. Isto é, não há crime sem lei. O que mais uma vez se reforça são uma garantia do cidadão e uma forma de limitação do poder estatal de punição.

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 400.

<sup>9</sup> BRASIL, 1988.

<sup>10</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 36.

<sup>11</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 36.

<sup>12</sup> BRASIL, *op. cit.*

<sup>13</sup> *Id.* **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 dez. 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasil, 1940.

### 1.2.2 Separação de poderes

O princípio da separação dos poderes está consagrado na Constituição Federal, no artigo 2.º, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>14</sup>

Trata-se do princípio segundo o qual o poder soberano do Estado deve ser exercido por diferentes órgãos, de acordo com sua especialização, de forma que haja o controle recíproco entre tais poderes, visando sempre evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem.

É cediço que o poder estatal é uno e indivisível, razão pela qual há quem conteste a expressão “separação de poderes”, preferindo que se utilize “separação de funções”, haja vista que, conforme leciona Celso Ribeiro Bastos, “o poder ao povo pertence. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são meras funções desempenhadas pelo Estado, que exerce o poder em nome do povo”.<sup>15</sup>

Embora seja atribuído a Montesquieu o mérito de definir e divulgar a teoria, o princípio em questão já encontrava guarida no pensamento de Aristóteles, John Locke e Rousseau.<sup>16</sup>

De início, a teoria da separação dos poderes fora concebida como forma de garantia da liberdade dos indivíduos. Mais tarde, a ideia foi mais bem desenvolvida e deu lugar a novas concepções, passando a ter como fim aumentar o grau de eficiência do Estado, bem como evitar a formação de governos absolutos, ocupando-se da promoção da limitação do poder.

### 1.2.3 Participação popular

Trata-se da expressão máxima do conceito de democracia, consagrada no artigo 1.º, § único, da Constituição Federal, *in verbis*: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.<sup>17</sup>

Celso Ribeiro Bastos esclarece:

No Estado de Direito o indivíduo tem assegurada pela ordem jurídica uma certa gama de interesses relativos à propriedade, à liberdade, à igualdade etc. São direitos oponíveis ao Estado e que visam inibir a sua atuação: têm, pois,

---

<sup>14</sup> BRASIL, 1988.

<sup>15</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 166.

<sup>16</sup> SILVA, 1997, p. 110.

<sup>17</sup> *Id.*, *op. cit.*

um conteúdo negativo. Entretanto, ao lado destes, coexistem no Estado democrático direitos assecuratórios da participação política do indivíduo na vida política e na estrutura do próprio Estado. Enquanto os primeiros visam a proteger o indivíduo enquanto mero súdito do Estado, os segundos almejam assegurar ao cidadão acesso à condução da coisa pública ou, se preferir, à participação na vida política.<sup>18</sup>

Já se afirmou que o Estado de Direito surgiu como um movimento que, visando à limitação do poder dos governantes, objetiva submeter o ente estatal à vontade legal, de forma a obter um Estado calcado na legalidade e não no arbítrio.

No entanto, para ter seu poder efetivamente limitado, não poderia estar o Estado submetido a nenhuma lei, mas àquela que refletisse, sobretudo, a vontade popular.

Nesse sentido:

Desencadeia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do século XX, transformam o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelo cidadão.<sup>19</sup>

Portanto, todo e qualquer ato do Estado emanado deve refletir a vontade do povo, sob pena de descaracterização do Estado Democrático de Direito.

### 1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

#### 1.3.1 Direitos fundamentais

Referem-se os direitos fundamentais a certas prerrogativas que detêm o indivíduo em face do Estado.

Conforme ensina Reinhold Zippelius, “a função principal dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado”.<sup>20</sup>

Celso Ribeiro Bastos elucida:

---

<sup>18</sup> BASTOS, 2001, p. 280.

<sup>19</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 164.

<sup>20</sup> ZIPPELIUS, 1997, p. 419.

É um dos componentes mínimos do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão.<sup>21</sup>

Também Alexandre de Moraes leciona:

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolavelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado.<sup>22</sup>

Não é outro o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Enfim, os direitos fundamentais (na sua primeira face), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao poder. O Poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles. Definem estes direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam de fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade.<sup>23</sup>

As lições doutrinárias até aqui acostadas são unânimes no sentido de que os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, cumprem a função de limitação de poder.

Faz-se importante salientar que essa função é exercida, especialmente, por aqueles direitos fundamentais de primeira geração (dimensão), que impõem abstenção ou o não agir do Estado em face do indivíduo, preservando assim a esfera de direitos da intervenção estatal.

Pondera Reis Friede:

Em sentido substancial, sobre ser um sistema de governo (na verdade, regime político) temporário e eletivo, democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia de direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> BASTOS, 2001, p. 173.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

<sup>24</sup> FRIEDE, 2000, p. 231-233.

Não é possível a existência de um autêntico regime democrático sem que nele existam a previsão e o respeito aos direitos fundamentais, sob pena de caracterização de uma democracia apenas aparente. No entanto, não se esgota aí o rol de direitos fundamentais do indivíduo.

Segundo o professor Manuel Monteiro Guedes Valente:

O estado actual é um Estado de direitos fundamentais, onde o ser humano se realiza como membro activo da comunidade e é credor de uma acção estatal concretizante dos seus direitos e liberdades fundamentais. Esta acepção não se evapora no quadro da acção preventiva *stricto sensu* nem da acção penal.<sup>25</sup>

Essa gama de direitos assegurados deve ser observada em todas as esferas estatais, a começar pelas instituições que participam da persecução criminal, ou seja, desde as instituições policiais até o Ministério Público, que normalmente são os primeiros órgãos a atuarem na ordem penal. Tanto polícia como Ministério Público, num Estado Democrático de Direito, são instituições legitimadas constitucionalmente na defesa e na garantia de direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, são essenciais. Isto é, fazem-se necessárias na tentativa de controle da criminalidade social e consequentemente na manutenção da ordem. Por outro lado, sabemos que o dever estatal de perseguir o infrator penal não defere à Polícia ou ao Ministério Público poderes ilimitados ou arbitrários. Todos agem como representantes do Estado, e este não é mais um Estado autoritário, mas agora, por força constitucional, regido e limitado pela lei maior.

Detentor da violência legítima, como bem asseverado por Gusso,<sup>26</sup> facilita nossa conclusão o fato de que somente o Estado possui a autorização legal (permissão, segundo o ordenamento jurídico) de praticar o ato de violência. Por isso, fala-se em monopólio. Mas, excepcionando-se esse monopólio e considerando as características intrínsecas de qualquer organização social, há as permissões legais para a prática privativa da violência. Assim, se, em regra geral, o Estado detém o monopólio do uso da violência física (ou coação), noutras vezes prevê a necessidade de, em certos e excepcionais casos, delegar essa legitimidade a terceiros.

---

<sup>25</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da polícia**. Lisboa: Universidade Católica, 2013. p. 194-195.

<sup>26</sup> GUSSO, Rodrigo Bueno. **Eu previno, tu reprimes: uma análise da política criminal ofertada pelo Pronasci por meio do Programa Protejo, no município de Curitiba/PR**. 385 p. Tese (Doutorado em Sociologia)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

Não se concebem mais órgãos de segurança a serviço do governo (fins particulares), porém todos os órgãos agem em nome do Estado, calcados na democracia e no Direito. Não é possível a existência de um autêntico regime democrático sem que nele haja a previsão e o respeito aos direitos fundamentais, sob pena de caracterização de uma democracia apenas aparente.

### 1.3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

Trata-se de um valor supremo cujo conteúdo está ligado ao dever absoluto de respeito à pessoa enquanto ser humano, devendo-se, sobretudo, assegurar condições dignas de existência a todos.

Princípio que dá origem a vários subprincípios, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme preconiza o artigo 1.º, III, da Constituição Federal.<sup>27</sup>

De acordo com José Afonso da Silva, “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.<sup>28</sup>

Por seu conteúdo e por ser fundamento do Estado, o princípio em tela deve impregnar todo o ordenamento jurídico. Torna-se, portanto, um mandamento constitucional de suma relevância, para o qual devem se voltar todos os demais.

Ao consagrar esse princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição reconhece uma base antropológica na estrutura desse mesmo Estado.<sup>29</sup>

Nesse sentido, são salutares as palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Ali, ele [o princípio] é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito, nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro quer significar, pois, que ele existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que lhe permitam atingir seus fins; que o seu fim é o homem, é o fim *em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.*

Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há

---

<sup>27</sup> BRASIL, 1988.

<sup>28</sup> SILVA, 1997, p. 106.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 248.

respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.<sup>30</sup>

Sobre a relação existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, citando Geddert-Steinacher, leciona:

A relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.<sup>31</sup>

Assim, toda atividade estatal e toda produção normativa deverão observar os preceitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Como corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, na esfera penal, têm-se alguns mandamentos encartados na Magna Carta, tais como a proibição de tortura (artigo 5.º, III, Constituição Federal) e respeito à integridade física e moral do preso (artigo 5.º, XLIX, Constituição Federal), entre outros.

### 1.3.3 Princípio da humanidade

Decorrente do axioma da dignidade da pessoa humana – fundamento do Estado Democrático de Direito –, o princípio da humanidade é aquele segundo o qual “o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.<sup>32</sup>

Ensinam José Henrique Pierangeli e Eugênio Raúl Zaffaroni que “a república pode ter homens submetidos à pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* por toda a vida”.<sup>33</sup>

Nesse diapasão, entende Nilo Batista que o princípio da humanidade “postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade, intervindo na cominação, na aplicação e na execução da pena”.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: \_\_\_\_\_. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 39, grifo nosso.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 103-104.

<sup>32</sup> ESPINAR, José Miguel Zulgaldía; SILDARRIAGA, Victor Roberto Prado *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

<sup>33</sup> PIERANGELI, José Enrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

É com base nesse princípio que a Constituição Federal de 1988 não admite penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis, consoante dispõe o artigo 5.º, XLVII, além de garantir aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5.º, XLIX, Constituição Federal) e o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, segundo critérios como o sexo e a idade do apenado e a natureza do crime (artigo 5.º, XLVIII, Constituição Federal), bem como determinar que às presas serão asseguradas condições a fim de que possam permanecer com seus filhos no período de amamentação (artigo 5.º, L, Constituição Federal).

Todas as garantias até aqui enumeradas se referem ao instituto da pena, motivo pelo qual pode-se denominar o princípio em tela de humanidade das sanções.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito, nenhuma espécie de pena, seja na sua cominação e aplicação, seja na sua execução, pode atentar contra a própria condição e natureza humana.

Para o professor Manuel Valente, o princípio da humanidade

implica existência e vivência conjunta com o princípio da liberdade como valor supremo da justiça. Não admite vingança, nem admite o recuso a todo manancial de técnicas de investigação contrárias à ideia de democracia e de respeito da dignidade da pessoa humana.<sup>35</sup>

Continua o professor afirmando que deve ser o princípio orientador da política criminal, afastando de imediato a ideia de vingança. Deve ele orientar também a realização da justiça.<sup>36</sup>

### 1.3.4 Proporcionalidade da pena

A intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e mal que se causa por via da pena.<sup>37</sup>

Também conhecida como princípio da razoabilidade, proibição do excesso ou proporcionalidade em sentido amplo, a proporcionalidade, na definição de José Joaquim Gomes Canotilho, “dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder

---

<sup>34</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 100, grifos do original.

<sup>35</sup> VALENTE, 2013, p. 174-175.

<sup>36</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>37</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 29.

executivo, sendo considerado como medida para as restrições admitidas da liberdade individual”<sup>38</sup>.

Utiliza-se a expressão proporcionalidade em sentido amplo. Eis que o constitucionalista lusitano identifica três subprincípios que compõem o axioma em questão. São eles: o princípio da conformidade ou adequação dos meios, o princípio da exigibilidade ou necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da conformidade ou da adequação impõe o dever de adequação entre a medida e o fim a que persegue.

O princípio da exigibilidade ou necessidade, também conhecido no direito lusitano como princípio da menor ingerência possível, concentra-se na ideia de que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão”.<sup>39</sup>

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é aquele segundo o qual meios e fins devem ser proporcionais em seus efeitos. A esse enunciado corresponde o que, na seara da teoria penal, René Ariel Dotti denomina de princípio da suficiência. Estabelecendo uma correlação entre crime e pena, o autor afirma: “Este princípio é um corolário lógico do princípio da proporcionalidade. A pena deve ser necessária e suficiente para reprová-la e prevenir o crime (CP, art. 59)”.<sup>40</sup>

Também lembra Reale Júnior:

O princípio da proporcionalidade emana, também, da proibição de penas cruéis, da determinação de individualização da pena que importa, no primeiro momento, em uma individualização legislativa de acordo com a natureza jurídica do bem tutelado e depois, quando da sentença, na busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente.<sup>41</sup>

Embora a Constituição Federal brasileira, em seu texto, não faça menção expressa à proporcionalidade, indubitavelmente é esse um princípio de ordem constitucional, decorrente de uma interpretação sistemática dos demais mandamentos axiológicos que informam a lei maior.

---

<sup>38</sup> CANOTILHO, 2002, p. 248.

<sup>39</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 270.

<sup>40</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 442.

<sup>41</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 33.

Já o preâmbulo constitucional, na busca da construção de um Estado Democrático de Direito, guarida valores como a liberdade e a justiça. Sobre a justiça, esclarece Miguel Reale Júnior: “Diversamente, a realização da justiça, como valor supremo a ser perseguido, importa na concretização do justo, do razoável, do proporcional”.<sup>42</sup>

Da mesma forma, o artigo 3.º da Constituição Federal traz como um dos objetivos e fundamentos da república a construção de uma sociedade justa, o que vem a reforçar o já explicitado anteriormente.

A efetivação do respeito à dignidade da pessoa humana só será possível com a observância da razoabilidade.

### 1.3.5 Secularização

O princípio da secularização propõe a laicização entre Estado e Igreja.

Nas palavras de Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção das ciências.<sup>43</sup>

O ápice da sinonímia entre Igreja e Estado deu-se na Idade Média, época em que, para fins de direito penal, crime e pecado se confundiam.

Havendo um saber totalmente distanciado da razão, mas eminentemente baseado no pensamento clérico, todo e qualquer fenômeno tinha sua explicação fundada na moral teísta.

Os mesmos autores esclarecem:

É que o saber produzido durante todo o período pré-secularização, principalmente aquele gestado no medievo, oferecia uma chave de leitura muito precisa sobre as relações terrenas. Toda explicação dos fenômenos mundanos era fornecida com base nas doutrinas cléricas, ocasionando não apenas um entrelaçamento entre moral e política e, em decorrência, entre moral e direito (penal).<sup>44</sup>

Com as ciências jurídicas não poderia ser de modo diverso.

---

<sup>42</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 32.

<sup>43</sup> CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 5.

<sup>44</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 6.

Até então, prevalecia a concepção de que, tal como o pecado, o crime estava inserido no sujeito, e não no fato. Logo, punia-se pelo que o delinquente era (punição *mala in se*), e não pelo crime que praticara (*mala in prohibita*).

Mais uma vez, é salutar a explicação de Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

A fusão entre moral e direito na esfera penal, presente no modelo jusnaturalista teológico, abriu campo para a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, idéias, pensamentos e opções pessoais.<sup>45</sup>

No fim da Idade Média, começou o Renascimento, privilegiando-se o uso da razão e de métodos científicos. Iniciou-se o período antropocentrismo, surgindo daí os primeiros limites ao poder.

Continuam os mesmos autores:

Não podemos esquecer que é na “(re) descoberta do homem”, operada pela filosofia ilustrada, que nasce o direito penal moderno. Delineado pelo princípio da secularização, o direito penal funda uma nova racionalidade, diametralmente oposta àquela que, juridicamente, legitimou o maior massacre da história: a Inquisição.<sup>46</sup>

Houve uma verdadeira cisão entre direito penal do autor e direito penal do fato, e a punição passou a ter um limite material: a dignidade da pessoa humana.

Claus Roxin estabelece uma distinção entre direito penal do autor e direito penal do fato nos seguintes termos:

Por *Derecho penal Del hecho* se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente [...] y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un *Derecho penal de autor* cuando la pena se vincule a la personalidad del autor.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 8.

<sup>46</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 7.

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* 2. ed. Madri: Civitas, 1997. v 1, p. 176-177, grifos do original.

Nas palavras de René Ariel Dotti, “o sistema penal dos Estados Democráticos de Direito rejeitam incriminação fora dos limites do fato típico, ilícito e culpável”.<sup>48</sup> Assim, não mais se admite a incriminação do pensamento nem da moral individual, por mais perversa que seja.

O mesmo autor ainda ensina que “o fato humano é o ponto de partida para se reconhecer a existência de um delito e impor uma sanção. Pode-se concluir que fora do fato não há crime e sem a conduta não existe pena”.<sup>49</sup>

Importante ressaltar que o processo de secularização inaugura o direito penal mínimo, corrente que visa limitar os arbítrios inerentes ao abuso do poder.

Continuam Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

De plano, percebe-se que a laicização do direito implica em balizar uma política criminal de intervenção mínima, ou seja, somente serão passíveis de criminalização aqueles atos que empreenderem efetiva lesão de bens jurídicos de terceiros.<sup>50</sup>

Nas palavras de Ferrajoli *apud* Carvalho, “a certeza perseguida pelo direito penal mínimo é [...] que nenhum inocente seja punido, à custa da incerteza de que algum culpado reste impune”.<sup>51</sup>

Conforme ensina Dotti:

Ele [o direito penal mínimo] propõe a utilização restrita do sistema penal na luta contra o delito. Segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito.<sup>52</sup>

Também o jurista português Souza e Brito *apud* Dotti afirma:

Traduzindo-se a pena em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do acusado, cujo respeito é uma das finalidades essenciais do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, isto é, à própria defesa dos direitos e das liberdades e garantias em geral que constituem a base do Estado.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> DOTTI, 2003, p. 63.

<sup>49</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 63.

<sup>50</sup> CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 9.

<sup>51</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 86.

<sup>52</sup> DOTTI, 2003, p. 67.

<sup>53</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 67.

Assim, a secularização representa enorme avanço para o direito punitivo, especialmente por preconizar a mínima incriminação de condutas.

No Direito penal brasileiro, já é admitido com amplitude o reconhecimento do que chamamos crimes de bagatela, ou de insignificância. São condutas que, embora formalmente tipificadas na legislação penal, em razão do valor insignificante do bem sobre o qual recai a conduta, não merece a atenção do Direito penal. Trata-se de conduta típica formal, mas de atipicidade material. O bem jurídico é tão irrelevante que não justifica reprimendas de ordem penal, que poderia resultar na privação da liberdade do indivíduo e no inchaço maior do sistema prisional.

## CAPÍTULO 2

### A PUNIÇÃO LEGAL COMO CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DO DIREITO PENAL

Helena Cláudio Fragoso define direito penal como “o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob a ameaça de característica sanção penal”.<sup>1</sup>

Luiz Régis Prado refere-se “ao setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança”.<sup>2</sup>

Corroborando com esse entendimento, Cezar Roberto Bitencourt ensina que o ramo do direito em questão “apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”.<sup>3</sup>

Um conceito mais detalhado é fornecido por Luis Jimenez de Asua:

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.<sup>4</sup>

Tradicionalmente, a doutrina é unânime em afirmar que o direito penal diz respeito ao conjunto de normas jurídicas que definem condutas tipificadas como crime e cominam as respectivas sanções, nesse caso, as penas ou as medidas de segurança.

Em que pesem as opiniões serem no sentido de que a pena é consequência lógica da prática delitiva, interessante colacionar as palavras de Nilo Batista, para quem a sanção penal não é consequência jurídica do crime, mas condição de sua própria existência:

---

<sup>1</sup> FRAGOSO, Helena Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

<sup>2</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 34.

<sup>3</sup> BITENCOURT, 2002, p. 2.

<sup>4</sup> ASUA, Luis Jimenez de. **La ley y el delito:** principios de derecho penal. 2. ed. México: Hermes, 1945, p. 20-21.

A oposição lógica entre a conduta e a norma (cuja consideração analítica dá origem a um objeto de estudo chamado *ilícito*) estipula uma relação, de caráter deontico – denominada relação de imputação – que traz como segundo termo a *sanção* correspondente. Quando esta sanção é uma *pena*, espécie particularmente grave de sanção, o ilícito é chamado *crime*.

Vemos, portanto, que o elemento que transforma o *ilícito* em *crime* é a decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma pena. Esse é o substrato das definições formais de crime, e ele nos revela que a pena não é simples “conseqüência jurídica” do crime, mas antes disso, sua própria *condição de existência jurídica*.<sup>5</sup>

Entretanto, independentemente do ponto de vista que se adote, é cediço que é característica essencial e diferenciadora desse ramo do direito a sanção a que se destina aplicar: a pena ou a medida de segurança.

Trata-se da mais dura das sanções. Eis que invariavelmente importa na privação de um bem jurídico pertencente ao apenado: a liberdade. Fragoso esclarece:

Como ramo do ordenamento jurídico, o Direito penal se distingue precisamente pelo meio de coação e tutela com que atua que é a pena criminal. Os demais ramos do direito distinguem-se não pela natureza da sanção, que é a mesma para todos, mas pela natureza dos preceitos e relações jurídicas que estabelecem. A sanção característica da lei penal, ou seja, a pena, não consiste na execução coativa do preceito jurídico violado, mas na perda de um bem jurídico imposta ao autor do ilícito, ou seja, num mal infligido ao réu, em virtude de seu comportamento antijurídico. Daí o seu caráter *retributivo*.<sup>6</sup>

Aqui cabe uma consideração preliminar. Por se tratar da mais grave sanção prevista no ordenamento jurídico, no contexto do Estado Democrático de Direito, com vistas à observância de todas as garantias que lhe são próprias, a discussão em torno da pena e, por conseqüência, do direito penal deve ser precedida de especial cautela.

Nesse diapasão, cumpre ainda trazer à tona o que Luiz Régis Prado denomina de conceito material de direito penal, consistente “em comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso”.<sup>7</sup>

Tal conceito tem especial relevância para este trabalho, pois, quanto mais se criminalizam condutas, mais prisões são efetivadas, e os reflexos diretos dessa criminalização, por vezes, desproporcionais, são sentidos imediatamente no sistema penitenciário precário.

---

<sup>5</sup> BATISTA, 2004, p. 43-44, grifos do original.

<sup>6</sup> FRAGOSO, 2004, p. 3, grifo do original.

<sup>7</sup> PRADO, 2002, p. 34.

Existem propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional para diminuir nos códigos e leis penais esparsas tipificações de condutas que atinjam apenas o bem patrimonial da vítima, deixando que esta julgue a necessidade de buscar a proteção estatal via processo penal. São medidas despenalizadoras que contribuirão para a menor população carcerária nos estabelecimentos brasileiros.

Mas também é importante reconhecer que, se há propostas legislativas no intuito de diminuir a punição penal, estas são em menor número, pois, atendendo a um anseio social, a maior parte das propostas de mudanças legislativas na nossa política criminal é objetivando recrudescer a penalização. Como, por exemplo, as propostas congressistas que visam à diminuição da maioria penal, à adoção da pena de morte, ao desarmamento da população etc. Caber ressaltar que tais proposituras são muitas vezes desprovidas de qualquer cientificidade e, por vezes, têm cunho meramente politiquero, no sentido de apaziguar o sentimento de medo da população. Medo este corroborado pelo aumento do fenômeno da criminalidade, especialmente a urbana.

## 2.1 O CARÁTER PÚBLICO DO DIREITO PENAL E O MONOPÓLIO DO ESTADO: *JUS PUNIENDI*

Como dito anteriormente, o direito subjetivo de punir é de titularidade exclusiva do Estado. Por essa primeira razão, é indubitável que o direito penal é ramo do direito público.

Claus Roxin salienta que, “dado que el Derecho penal [...] no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado [...], es parte integrante del Derecho público”.<sup>8</sup>

Pierangeli e Zaffaroni lecionam que “o direito penal não pode deixar de ser um ramo do direito público, isto é, de um direito em que intervém diretamente o Estado como pessoa jurídica de direito público”.<sup>9</sup>

Fragoso é enfático:

O Direito Penal é ramo do Direito Público interno. O Estado detém o monopólio do magistério punitivo, mesmo quando a acusação é promovida pelo ofendido (ação penal privada). A tutela que o Direito Penal exerce refere-se sempre a interesses da coletividade, mesmo quando se trata de bens

---

<sup>8</sup> ROXIN, 1997, p. 43.

<sup>9</sup> PIERANGELI; ZAFFARONI, 2002, p. 88.

cuja ofensa primariamente atinge o indivíduo (vida, patrimônio, honra etc.).<sup>10</sup>

Vislumbra-se, então, que o direito penal é ramo do direito público não somente porque o *jus puniendi* é monopólio estatal, mas também porque tutela bens jurídicos de importância ímpar para a harmônica convivência social, que são de interesse de toda a coletividade.

Mais diversas são as justificativas para o que Miguel Reale Júnior denomina de poder-dever de punir. O autor afirma que “a sociedade não suportaria a não-existência de uma reprimenda àquele que infringe a lei lesando bens essenciais de alguém ou do próprio Estado”.<sup>11</sup>

As origens desse direito de punir exclusivo do Estado remontam ao contratualismo.

Para Rousseau *apud* Reale Júnior, “os homens saem do seu ‘estado de natureza’ e por um pacto constituem a sociedade passando a viver em ‘estado de sociedade’”.<sup>12</sup>

Ensina Beccaria:

Foi, pois, a necessidade que obrigou os homens a cederem parte de sua liberdade; e é certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima porção possível que baste para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça; é fato e não direito.<sup>13</sup>

Na seara penal, cederam os homens seu direito de promover a vingança privada, como acontecia outrora, em prol de um ente maior, o Estado. Este, por sua vez, deve garantir a paz e a segurança aos seus consorciados, exercendo com exclusividade o direito de castigar.

Na mesma linha, corrobora René Ariel Dotti:

O CP [Código Penal] considera crime fazer justiça pelas próprias mãos, desautorizando o exercício da vingança privada. Trata-se da afirmação óbvia de que o Direito Penal é *direito público* por excelência, posto que os objetos da tutela jurídica são os bens que dizem respeito à comunidade organizada em Estado. A sanção penal é aplicada pelos órgãos estatais e sempre no interesse coletivo. [...].

É certo, porém, que enquanto a existência e a autoridade do Estado não haviam se firmado, o Direito Penal tinha caráter privado e que só gradualmente do *delictum privatum* se teria evoluído para o gênero dos

<sup>10</sup> FRAGOSO, 2004, p. 4.

<sup>11</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 6.

<sup>12</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 17.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Cid, 2002, p. 20.

*delicta publica*, como revelam as fontes e o desenvolvimento histórico da ciência penal.<sup>14</sup>

Das opiniões doutrinárias até aqui colacionadas, depreende-se que, para a formação e justificação do poder punitivo exclusivo do Estado, os membros de uma sociedade cedem parcelas mínimas de sua liberdade; vale dizer, somente a porção necessária à manutenção de uma harmônica convivência social. De outra banda, ao Estado cabe garantir o livre desfrute da porção maior de liberdade conservada pelo indivíduo.

Qualquer supressão de liberdade que ultrapasse os estritos limites do necessário constitui abuso e violação do contrato social, mas o caráter de essencialidade de uma ou de outra medida adotada pelo Estado no exercício do direito de punir pressupõe a fixação de limites a esse direito.

Mais uma vez, Pierangeli e Zaffaroni instruem que “a idéia do *jus puniendi* como direito subjetivo do Estado se desenvolve, doutrinariamente, com objetivo de pôr-lhe um limite”.<sup>15</sup>

Nesse sentido:

A idéia de Estado de Direito é inseparável, contudo, da idéia de limites. É importante, pois, destacar que o exercício legítimo da força só se justifica no Estado de Direito se houver limites, e em especial limites materiais, ou seja, na defesa dos interesses mais relevantes da vida social.<sup>16</sup>

Em um Estado Democrático de Direito, o *jus puniendi* será legítimo e institucional enquanto exercido de acordo com limites. Tais limites consistem em enunciados principiológicos – objeto do próximo tópico.

## 2.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO PENAL LIMITADORES DO *JUS PUNIENDI* NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E LEIS INFRACONSTITUCIONAIS

Atuam os princípios básicos do direito penal como limitadores do poder punitivo estatal, bem como funcionam como diretrizes para a “adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasados em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo e garantista*”.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> DOTTI, 2003, p. 50, grifos do original.

<sup>15</sup> PIERANGELI; ZAFFARONI, 2002, p. 89.

<sup>16</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 20.

<sup>17</sup> BITENCOURT, 2002, p. 9-10, grifo do original.

Consoante ensina Nilo Batista:

A procura de princípios básicos do direito penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. [...] Tais princípios básicos [...] não deixam de ter um conteúdo programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado democrático de direito.<sup>18</sup>

O autor opina sustentando que são cinco os princípios básicos do direito penal: princípio da legalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da humanidade e princípio da culpabilidade.<sup>19</sup>

Passa-se à análise detida de cada um deles.

### 2.2.1 Legalidade ou reserva legal

Trata-se de uma das bases do Estado Democrático de Direito e princípio fundamental do direito penal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, consoante dispõe o artigo 5.º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1.º do Código Penal. Costuma ser enunciado pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Nilo Batista enumera como decorrências do princípio a possibilidade do prévio conhecimento das condutas tipificadas como crime e respectivas penas e a garantia ao cidadão de não ser submetido à coerção penal diversa da prevista em lei.<sup>20</sup>

Cezar Roberto Bitencourt assinala que o axioma em exame “constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal”.<sup>21</sup>

Nesse diapasão, ensina Miguel Reale Júnior:

A necessidade de punir, como fundamento da infringência de uma pena, tem como exigência a delimitação, em defesa dos direitos do cidadão, da área de incidência, de eficácia, da norma incriminadora, legitimadora da aplicação de uma sanção penal.

O modelo jurídico-penal, destarte, deve ser um modelo fechado a desempenhar relevante função política de limitação ao poder punitivo do Estado, utilizando o mínimo possível termos vagos, que tornem impreciso o significado da norma.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> BATISTA, 2004, p. 61-62.

<sup>19</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 64.

<sup>20</sup> BATISTA, *op. cit.*, p. 67.

<sup>21</sup> BITENCOURT, 2002, p 10.

<sup>22</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 37.

No mesmo sentido frisa Claus Roxin:

Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo *mediante* el Derecho penal, sino también *del* Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos e medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites a empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”.<sup>23</sup>

A legalidade desdobra-se ainda em quatro outros princípios, segundo os quais se exige que a lei penal seja prévia, escrita, estrita e certa.

Segundo Francisco de Assis Toledo, a *Lex praevia* (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) traduz-se na proibição de edição de leis que, retroativamente, criem crimes e que fundamentem ou agravem a punibilidade. A *Lex scripta* (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) significa a proibição de criação de crimes, fundamentação ou agravamento da punibilidade por meio do direito costumeiro. A *Lex stricta* (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) consiste na proibição de criação de crimes, fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia. Por fim, a *Lex certa* (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) veda a criação de leis penais de conteúdo vago ou indeterminado.<sup>24</sup>

Nilo Batista prefere chamar esses subprincípios de funções da legalidade.<sup>25</sup>

Pela *Lex praevia*, é vedada a edição de leis penais retroativas, ressalvadas aquelas que venham a beneficiar o acusado, consoante dispõe o artigo 2.º do Código Penal, bem como as leis excepcionais e temporárias, previstas no artigo 3.º do mesmo diploma legal.

Batista lembra que “temos aqui a função ‘histórica’ da legalidade, que surgiu exatamente para reagir contra leis *ex post facto*”.<sup>26</sup>

A garantia de uma *Lex scripta* repousa na assertiva de que só a lei escrita pode estabelecer crimes e penas, vedada a criação de normas incriminadoras por meio do costume.

Contudo, vale lembrar as palavras de Francisco de Assis Toledo, para quem, acertadamente, o costume não está excluído do campo do direito penal, *in verbis*:

Da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição de invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito

<sup>23</sup> ROXIN, 1997, p. 137, grifos do original.

<sup>24</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.

<sup>25</sup> BATISTA, 2004, p. 68.

<sup>26</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 69.

costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.<sup>27</sup>

A *Lex stricta* traduz-se no impedimento ao uso da analogia em relação às normas incriminadoras em desfavor do acusado, sendo esse entendimento unânime na doutrina.

Fragoso lembra que “a aplicação analógica compromete a segurança do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que o princípio visa garantir, como conquista democrática liberal”.<sup>28</sup>

Por derradeiro, a determinação de *Lex certa* implica a proibição da edição de normas penais vagas, imprecisas e indeterminadas, em respeito à segurança jurídica do destinatário da norma.

Miguel Reale Júnior, para quem a *Lex certa* parece estar abrangida pela *Lex stricta*, salienta que “o requisito da lei *stricta* de um lado impõe certo grau de precisão à norma incriminadora [...], de forma a evitar a burla ao significado de garantia e segurança do princípio básico da legalidade”.<sup>29</sup>

Por fim, Francisco de Assis Toledo traz a feliz lembrança de que, “para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas”.<sup>30</sup>

### 2.3 INTERVENÇÃO MÍNIMA, SUBSIDIARIEDADE, FRAGMENTARIEDADE OU *ULTIMA RATIO*

Fazendo uma conexão do assunto com o princípio da legalidade, Cezar Roberto Bitencourt começa esclarecendo que tal princípio “impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado [...] crie tipos penais iníquos [...]. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar [...] o arbítrio do legislador”,<sup>31</sup> o que se faz pelo princípio da intervenção mínima.

---

<sup>27</sup> TOLEDO, 2001, p. 25.

<sup>28</sup> FRAGOSO, 2004, p. 114.

<sup>29</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 38.

<sup>30</sup> TOLEDO, *op. cit.*, p. 29.

<sup>31</sup> BITENCOURT, 2002, p. 11.

Para Luiz Régis Prado, o princípio da intervenção mínima é aquele que “estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”.<sup>32</sup>

René Ariel Dotti ensina que, “segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à Pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito”.<sup>33</sup>

Nota-se que o princípio da intervenção mínima preconiza que ao direito penal só é dado incriminar condutas quando estritamente necessário para a proteção do bem jurídico que se visa tutelar, sendo ele a *ultima ratio* a ser recorrida, dirigindo-se, portanto, ao legislador.

Há certa confusão na doutrina quanto à denominação do princípio em questão. Há quem confunda ou trate como sinônimos a intervenção mínima, a subsidiariedade e a fragmentariedade.

Ao que parece, o postulado da intervenção mínima é mais abrangente e engloba a subsidiariedade e a fragmentariedade.

Francisco de Assis Toledo assim explica a subsidiariedade, a intervenção mínima e a fragmentariedade:

E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso.

Fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial.

[...] Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal.<sup>34</sup>

Nilo Batista, citando John Howard, ensina que “o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”.<sup>35</sup>

Por derradeiro, o magistério de Miguel Reale Júnior é no sentido de que “tem o Direito Penal caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e por isso ser *fragmentário*, pois o

<sup>32</sup> PRADO, 2002, p. 119.

<sup>33</sup> DOTTI, 2003, p. 67.

<sup>34</sup> TOLEDO, 2001, p. 14-15.

<sup>35</sup> BATISTA, 2004, p. 85.

antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo”.<sup>36</sup>

Em outras palavras, a subsidiariedade do direito penal compreende a ideia de que só se deve proceder à intervenção penal quando estritamente necessário para a manutenção ou o restabelecimento da ordem.

Já a característica fragmentária do direito penal advém da assertiva de que, embora haja muitas condutas humanas antijurídicas, leia-se contrárias ao ordenamento jurídico, a lei penal só deve incriminar aquelas que apresentam elevado grau de ofensividade.

Depreende-se, portanto, que para a criminalização de uma conduta é preciso que o bem jurídico por ela ofendido deve ter dignidade penal, o que significa não ser possível a sua tutela por outros ramos do direito.

Por tais princípios, é vedado ao legislador se valer da elaboração de leis penais no intuito de tutelar valores menos relevantes, que poderiam ser facilmente protegidos por outros ramos do Direito.

Assim, adianta-se que é inócuo utilizar o direito penal como resposta a toda sorte de mazela da sociedade brasileira, como se toda a questão de criminalidade e violência pela qual passa o país fosse passível de ser remediada tão somente com o recrudescimento penal, isto é, com o aumento de penas, criminalização desenfreada de condutas, redução da maioria penal, entre outros.

Deve ter o direito penal, em um Estado Democrático de Direito, caráter mínimo, subsidiário e fragmentário. O Brasil tem buscado alternativas à pena privativa de liberdade, mas ainda não atua de forma satisfatória. Infelizmente a prática brasileira mostra que o direito penal, por várias vezes, contraria a sua própria lógica principiológica de atuação no que se refere a sua essencialidade, passando então a ser a primeira *ratio social*, e não a última. Trata-se de uma forma de controle mediante o direito penal que se sobrepõe temporariamente a todos os outros mecanismos de contenção, especialmente no que se refere aos meios de controle ético, moral, familiar, comunitário, educacional etc.

---

<sup>36</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 26, grifo do original.

### 2.3.1 Lesividade

Cuida o princípio da lesividade do plano da exterioridade da conduta. Nesse contexto, apenas condutas que ultrapassem a órbita do agente e lesem o direito de outrem legitimam a intervenção penal.

Ensina Miguel Reale Júnior que, “em um Estado de Direito Democrático, a configuração penal [...] deve se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva destes valores”.<sup>37</sup>

É por meio da lesividade que se veda, por exemplo, a intervenção penal em comportamentos puramente pecaminosos ou considerados imorais, como a mentira, em consonância com a secularização.

Nesse diapasão, Manuel da Costa Andrade é enfático:

O direito penal só pode intervir para assegurar a protecção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada. O direito penal só está, noutros termos, legitimado a servir valores ou metas iminentes ao sistema social e não fins transcendentais de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica.<sup>38</sup>

Nilo Batista reconhece quatro principais funções ao princípio da lesividade: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda a órbita do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem nenhum bem jurídico.<sup>39</sup>

Já se registrou em linhas atrás a importância do princípio da secularização em um Estado Democrático de Direito, mormente tratando-se de direito penal. A primeira função do princípio da lesividade (a de proibir a incriminação de uma atitude interna), decorrência da secularização, veda a incriminação de ideias, convicções, sentimentos e desejos humanos, ainda que se orientem para a prática criminosa. Para a existência de crime, é necessário que a atitude interna se manifeste em uma atitude externa.

A segunda função, a de proibir a incriminação de condutas que não excedam ao âmbito do próprio autor, tem a nítida ligação, por exemplo, com os atos meramente preparatórios do crime ou com a autolesão, que não são penalmente puníveis. Nilo Batista cita

<sup>37</sup> REALE JÚNIOR, 2004, p. 21.

<sup>38</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, n. 2. p. 178-180, abr./jun. 1992, p. 178.

<sup>39</sup> BATISTA, 2004, p. 92-94.

como exemplos legislativos da aplicação dessa função da lesividade os artigos 17 e 31 do Código Penal, que proíbem a punição do crime impossível e do mero conluio entre agentes se o crime sequer começar a ser executado, além do suicídio, da automutilação e do uso de drogas.<sup>40</sup>

A terceira função – proibição de incriminação de simples estados ou condições existenciais – é reflexo da adoção de um direito penal do fato e não do autor. René Ariel Dotti ressalta que “o sistema penal dos Estados Democráticos de Direito rejeita incriminação fora dos limites do fato típico, ilícito e culpável”.<sup>41</sup> Em síntese, não se pune o “ser”, mas apenas o “fazer”, e desde que o fazer seja lesivo.

As condutas consideradas desviadas são aquelas altamente reprovadas pela coletividade. No entanto tais condutas, se não lesivas a qualquer bem jurídico, não são passíveis de punição, cumprindo aí o princípio da lesividade a sua quarta função.

#### 2.4 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO PENAL

Já vimos que o Brasil é um país com formação democrática e constitucional. A própria Constituição é considerada modelo, ou Constituição cidadã, como foi reconhecida pelo próprio presidente da Assembleia Constituinte o deputado Ulysses Guimarães, no momento de sua promulgação, no ano de 1988.

Tanto é que a Constituição brasileira se classifica como uma constituição formal, dirigente e rígida. No artigo 5.º, parágrafo 1.º, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.<sup>42</sup> Normas de eficácia plena, portanto.

O grande problema é que não basta se autodeclarar Estado democrático e constitucional e expressar que tais direitos são de imediata aplicabilidade. É preciso bem mais. O neoconstitucionalismo apregoa que de nada adianta existir uma constituição democrática, com reconhecimentos expressos de direitos, se não há como viabilizar a real fruição deles. Espera-se um Estado mais proativo, mais atuante no cumprimento dos seus deveres.

O artigo 3.º da Lei de Execução Penal assim dispõe:

---

<sup>40</sup> BATISTA, 2004, p. 92.

<sup>41</sup> DOTTI, 2003, p. 63.

<sup>42</sup> BRASIL, 1988.

Art. 3.º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.<sup>43</sup>

Depreende-se que se a pena declarada em sentença judicial for privativa de liberdade, somente esta deve ser imposta. É até desnecessária a objetividade da expressão legal citada, por ser óbvio que os direitos relativos à pessoa, não importando sua origem social ou racial nem convicções religiosa e política, merecem respeito e proteção estatal. Todos os demais direitos assegurados em lei ou na própria Constituição devem ser observados pelo Estado e seus agentes.

Mas a atual Constituição federal brasileira, numa demonstração de cuidado digno de um Estado de direito, elenca diversos direitos e garantias individuais especificamente para uma pessoa que se encontra segregada. É importante lembrar que o artigo 5.º da Constituição traz extenso rol de direitos e garantias de todo e qualquer cidadão, oponíveis contra o próprio Estado e, por isso, são denominados de “direitos e garantias fundamentais”. Vejamos alguns desses direitos e garantias específicos da pessoa presa, insertas no artigo 5.º:

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

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.<sup>44</sup>

Quando se inserem as palavras *tortura*, *desumano* e *degradante*, inevitavelmente vem à mente a cena em que um preso está acorrentado ou jogado numa masmorra medieval ou está sendo forçado a praticar uma atividade laborativa em que se exige força física demasiada. No entanto, não é preciso esse cenário para se verificar a existência dos vocábulos mencionados diariamente, nas prisões brasileiras, muitas vezes travestidos politicamente pelo discurso de serem fatos isolados.

A legislação vigente sobre a execução da pena é a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, que ficou conhecida no mundo jurídico brasileiro como Lei de Execução Penal (LEP). Em que pese o momento em que foi promulgada, no fim de um ciclo governamental de ditadura militar que vinha de 1964, a referida lei traz em seu bojo inúmeras garantias ao indivíduo, deixando-o de tratar como um simples objeto do processo da execução e tratando-o

---

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>44</sup> *Id.*, 1988.

como uma pessoa. O Estado expressamente reconhece que o preso é um sujeito de direitos, dotado de personalidade e, portanto, deve estar abrigado pelo princípio da humanidade. Essa legislação foi prontamente recepcionada pela atual Constituição, eis que já trazia em seu bojo o reconhecimento de diversos direitos ao preso, os quais foram, como já dito, também reconhecidos na carta constitucional.

O artigo 88 da LEP, num gesto de humanidade e conscientização, resolveu delimitar até o tamanho da área mínima do alojamento do preso, que não deve ser menor do que 6 m<sup>2</sup>.

Apesar de a norma constitucional e sua lei infraconstitucional especial reconhecer direitos, na prática há um abismo enorme entre o desejo da lei e a realidade prisional. Infelizmente a literalidade da norma, por diversas vezes, não tem o poder de modificar um cenário já preestabelecido.

Os estabelecimentos prisionais brasileiros são demasiadamente superlotados. Os ambientes normalmente estão com lotação duplicada ou até triplicada. Não é surpresa encontrar cárceres em que os presos devem se revezar para dormir, pois o espaço não comporta todos os detidos em posição horizontal. Essa prática até tem um nome na representação cotidiana formulada por agentes penitenciários: *homens-morcegos*, pois dormem amarrados em redes e cordas no interior das precárias celas das unidades penitenciárias brasileiras.

Essa realidade a que são submetidos os internos pode ser definida como tortura psicológica, tratamento desumano ou degradante. Esquece o Estado que o artigo 1.º da LEP expressa que a pena tem por finalidade, entre outras, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Essas condições degradantes em nada contribuem para a ressocialização, senão para o desequilíbrio emocional e sentimento de abandono estatal, por aquele que tem por prerrogativa o direito de punir.

Ainda no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado.<sup>45</sup>

Quando alguém é segregado, importante perceber que o sofrimento da pena não se exaure no corpo nem na mente do apenado, pelo contrário. Muitas vezes atinge uma família preocupada com o desenrolar da pena e com o cumprimento de forma legal e ressocializadora do seu ente.

---

<sup>45</sup> BRASIL, 1988.

No Brasil, em razão da falta de estrutura estatal, o sistema prisional é sempre uma expectativa negativa. A qualquer momento surgem rebeliões dos internos, que normalmente reivindicam o cumprimento da lei e da Constituição. Só que por detrás dessas manifestações, sempre há também a violência física e patrimonial. Parece que o Estado só se preocupa com o problema quando é instado por meio desses levantes. As consequências, muitas vezes, são imprevisíveis. Nessa esteira, ascendentes e descendentes são penalizados juntos. Não há como os familiares ignorarem um pai, um irmão ou uma mãe inseridos no sistema prisional, sem que suas angústias sejam também as angústias da família. Não falamos aqui da angústia peculiar que a prisão por si só impõe, mas das más expectativas criadas em razão do caos penitenciário brasileiro. Nesse diapasão, a pena ultrapassa a esfera do condenado e atinge diretamente seus familiares, que a cada dia tentam sobreviver do lado de fora, à espera de notícias que vêm de dentro, nem sempre receptivas. Preocupante ainda é a possibilidade latente de esses familiares também serem estigmatizados pelo Estado e pela sociedade, simplesmente por serem parentes de um segregado.

Vê-se o caso envolvendo a rebelião em unidades prisionais em Manaus, no estado do Amazonas.<sup>46</sup> Em 1.º de janeiro de 2017 cerca de 70 homens foram mortos em duas prisões na cidade com extrema crueldade, como decapitações e esquartejamentos. Parte da ação foi filmada em câmeras de celulares e imediatamente divulgada em redes sociais.<sup>47</sup>

O episódio gravíssimo, noticiado em todo o país e no exterior, infelizmente não é uma cena isolada. Ocorre em todo o país e quase sempre motivado por um mesmo ideal: imposição de poder por parte de grupos rivais que se constituíram dentro das penitenciárias brasileiras e que aos poucos vão ganhando *status* de estrutura organizacional, com certo sucesso no desafio que fazem ao Estado, impondo regras, aplicando penas e determinando quem deve viver ou morrer, dentro e fora das prisões. A ausência e deficiência do Estado no interior dessas unidades prisionais, especialmente no que tange a políticas de ressocialização, contribuem enormemente para esse fenômeno. Depreende-se, diante de tão graves notícias e imagens, que algumas unidades penitenciárias brasileiras não são mais governadas pelo Estado, mas sim por facções criminosas que exercem domínio e aterrorizam o campo social intra e extramuros.

O ponto de partida para essa selvageria televisionada foi uma rebelião de presos que se iniciou no Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT), que se localiza a 30 quilômetros da capital do estado do Amazonas. Esse prédio, cuja capacidade era de 496 detentos, abrigava

---

<sup>46</sup> Notícia amplamente divulgada em todos os meios de comunicação nacionais e internacionais.

<sup>47</sup> Um exemplo de divulgação do ocorrido pode ser visto em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5YbbR4wfvZA>>. Acesso em: 25 out. 2017.

1.202. Outro complexo prisional, o Complexo Penitenciário Anísio Jobim, cuja capacidade é de 454 indivíduos, comportava à época 1.224 ao todo. Então, 72 presos fugiram do IPAT naquele dia, e 112 presos do segundo complexo citado também fugiram. Foi uma rebelião coordenada, simultânea, para desestabilizar e dificultar a ação dos órgãos estatais, que estão preparados precariamente apenas para reagir, pois não há visível política preventiva que evite esse extremo de barbárie.

Essa afirmação é corroborada pela reportagem feita na época pela revista *Veja*, de circulação nacional, que noticiou ter o Ministério da Justiça conhecimento da precariedade das prisões no estado do Amazonas, pois há um ano representantes daquele órgão visitaram os estabelecimentos e relataram que a situação entre os presos era explosiva e a administração omissa. Em outubro de 2016 houve mais uma inspeção, desta feita pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, que qualificou as condições do Complexo Penitenciário Anísio Jobim como péssimas. Na véspera do massacre circulou um ofício da Secretaria de Administração Penitenciária do estado que alertava para possível fuga e apontava para a precariedade em contar com apenas seis agentes penitenciários para cuidar de mais de 1.000 presos.<sup>48</sup>

O massacre foi atribuído a uma guerra interna entre a facção denominada de Família do Norte e o Primeiro Comando da Capital, esta última com origens no estado de São Paulo, mas que já domina grande parte das penitenciárias brasileiras, embora o poder estatal oficialmente não reconheça sua existência.<sup>49</sup>

O artigo 5.º da Constituição da república dispõe:

não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

[...]

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.<sup>50</sup>

Embora a legislação brasileira traga expressamente o reconhecimento de direitos e a repúdio por penas degradantes, essa normatização por si só não é suficiente para a real garantia de que violações não ocorram. As mortes são computadas quase que diariamente no ambiente prisional. As facções criminosas, embora não reconhecidas pelo Estado, impõem

<sup>48</sup> Ver: revista *Veja*, edição 2.512 de 11 de janeiro de 2017.

<sup>49</sup> Conforme revista *Veja*, edição 2.512, ano 50, de 11 de janeiro de 2017.

<sup>50</sup> BRASIL, 1988.

regras por meio do terror e contribuem para o surgimento de penas cruéis, incluindo a de morte, num campo de beligerância e incertezas.

Na verdade, o que acontece dentro das prisões é um reflexo do que ocorre fora delas. Segundo o último levantamento denominado de *Atlas da violência*, produzido no ano de 2017 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o Brasil registrou, em 2015, 59.080 homicídios. Isso significa 28,9 mortes para cada 100 mil habitantes.<sup>51</sup>

Trata-se de uma estatística alarmante e preocupante, de fácil constatação matemática: por dia, no Brasil, é assassinada 1 pessoa a cada 9 minutos. Esses números representam uma alteração de patamar nesse indicador com relação a 2005, quando ocorreram 48.136 homicídios.

Esse superlativo preocupante, mas real, demonstra, por vezes, um número muito maior que o resultado de uma guerra oficializada. Mostra a distância do Estado no sentido de agir para diminuir esses dados nefastos e que têm reflexos negativos em todas as demais áreas governamentais. Assim como o governo não atua para melhorar a vida das pessoas livres, tampouco se esforça para mudar a legislação, estruturar as polícias investigativas, investir em educação e muito menos, no sistema penitenciário.

A situação nada confortável do Brasil ainda reflete a corrupção de governantes como fato notório. A começar pela estatística presidencial. Desde a redemocratização do país, em 1988, com a vigência da nova carta constitucional, quatro presidentes foram eleitos pelo voto direto, expressão máxima da democracia. Destes, Fernando Collor de Mello, eleito em 1989, com início do mandato em 1990, e Dilma Rousseff, eleita em 2010 com início em 2011 e reeleita em 2014, foram depostos mediante processo de *impeachment*: Collor de Mello em dezembro de 1992 e Dilma Rousseff em agosto de 2016.

O antepenúltimo presidente, Luís Inácio Lula da Silva, que governou de janeiro de 2003 a janeiro de 2011, foi condenado em 2017 a nove anos e meio de prisão por crimes de corrupção ocorridos em seu governo.<sup>52</sup> O atual presidente, Michel Temer, que assumiu o

---

<sup>51</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência 2017 mapeia os homicídios no Brasil.** 2017. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=30253](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253)>. Acesso em: 2 out. 2017.

<sup>52</sup> O processo penal encontra-se em grau de recurso perante o Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região.

posto da ex-presidente Dilma Rousseff, só em 2017 foi denunciado perante o Supremo Tribunal Federal por corrupção em duas oportunidades.<sup>53</sup>

Grande parte do Congresso Nacional, composto por 513 deputados federais e 81 senadores, responde a algum tipo de procedimento penal, a maioria por corrupção.

Um levantamento realizado em março pelo Congresso em Foco mostrou que pelo menos 155 dos 513 deputados devem explicações à Justiça.<sup>54</sup>

Dos 81 senadores, 24 estão na lista de investigados pelo Supremo Tribunal Federal, incluindo o presidente do Senado, Eunício Oliveira (PMDB), e o ex-presidente da casa Renan Calheiros.<sup>55</sup>

Não é difícil concluir que temos uma concentração de criminosos fora das penitenciárias e com prerrogativas constitucionais de legislarem para “o bem do país”. Esse desinteresse em cumprir com suas obrigações reflete diretamente no aumento da criminalidade fora e dentro dos presídios. Tramitam no Congresso Nacional há mais de 12 anos propostas de alteração do Código Penal e de Processo Penal, ambos defasados, obsoletos, haja vista que foram promulgados na década de 1940. Esse quadro político leva o povo brasileiro a perder a crença em seus representantes.

Ao contrário de outros países democráticos, no Brasil, em períodos eleitorais o voto é obrigatório, o que gera críticas de alguns cientistas políticos que veem nessa obrigatoriedade retrocesso democrático que foge da própria ideia libertária do conceito de democracia.

O Supremo Tribunal Federal, que tem a função de bem guardar a Constituição e, portanto, deve ser o símbolo máximo de justiça, ultimamente, segundo o senso comum, não tem correspondido aos anseios populares no que se refere ao combate à corrupção. Tal sentimento social ganha força quando percebemos que dos diversos inquéritos policiais que ali tramitam e que têm como sujeitos personalidades políticas com foro privilegiado, em nenhum deles houve condenação até o presente momento. Enquanto isso, no estado do Paraná, onde tramitam os demais processos sobre corrupção que tiveram início após a operação da Polícia Federal denominada de Lava Jato<sup>56</sup> e que são conexos com aqueles processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal, o juiz Sérgio Moro, da justiça federal,

---

<sup>53</sup> Os processos não foram autorizados pela Câmara dos Deputados Federais e se encontram suspensos.

<sup>54</sup> BORGES, Bruna. 1 em cada 3 deputados é investigado. Essa é a Câmara que vai julgar Temer. **Gazeta do Povo**, 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/1-em-cada-3-deputados-e-investigado-essa-e-a-camara-que-vai-julgar-temer-3bjnta4367xhzh9oz3i419wip>>. Acesso em: 4 out. 2017.

<sup>55</sup> ABRANTES, Talita. Lista de Fachin: quem são os políticos investigados no STF? **Exame**, 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/lista-de-fachin-quem-sao-os-politicos-investigados/>>. Acesso em: 4 out. 2017.

<sup>56</sup> Operação da Polícia Federal deflagrada em março de 2014, investiga um grande esquema de lavagem e desvio de dinheiro envolvendo a Petrobras, grandes empreiteiras do país e políticos.

já proferiu 108 condenações. No Supremo Tribunal Federal, em que tramitam 81 inquéritos decorrentes da mesma operação policial, até agora não houve nenhum provimento condenatório. A Operação Lava Jato iniciou-se em março de 2014 e ainda não terminou.<sup>57</sup>

O aumento da violência brasileira é visível em todos os aspectos, desde os crimes de corrupção mais elaborados até a criminalidade mais cruenta, como roubos e homicídios. Essa violência contra a pessoa atinge indiscriminadamente não apenas a população civil, mas também os próprios agentes de segurança. Até agosto de 2017, apenas no estado do Rio de Janeiro foram mortos 100 policiais militares. Execuções feitas por bandidos que agem livremente, aproveitando-se do sucateamento das forças de segurança daquele estado, que agoniza por falta de verbas, muitas delas desviadas por políticos corruptos. O último governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, encontra-se preso por desvio de milionária verba pública. Na maior pena de prisão já aplicada a um político do Brasil, o ex-governador foi condenado no dia 20 de setembro de 2017 a 45 anos e dois meses de prisão. A punição envolve os crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e comando de organização criminosa. Esse processo também teve origem na citada operação Lava Jato.<sup>58</sup>

Neste ano o estado do Rio de Janeiro ficou quase inoperante na prestação de diversos serviços à população, por falta de recursos públicos. Essa passividade do estado, notoriamente falido, contribuiu para outra trágica estatística que mostra que a cada dois dias um policial é executado no Rio de Janeiro.

Em 17 de agosto de 2017 Barcelona, na Espanha, houve um atentado terrorista que resultou em 14 vítimas. Em termos comparativos, no Rio de Janeiro, em uma única semana entre 1.º e 7 de janeiro de 2017, sete policiais militares foram assassinados. Depois, entre 5 e 11 de fevereiro do mesmo ano morreram mais sete policiais. Foram 14 mortos em apenas 11 dias. Estatística igual ao resultado do atentado realizado pelo estado islâmico na Catalunha.<sup>59</sup>

A revista semanal *Veja* ainda publicou em julho de 2016 uma reportagem sobre o acompanhamento que fez em 48 horas num fim de semana na cidade do Rio de Janeiro.

---

<sup>57</sup> FOLHA POLÍTICA. Moro proferiu 118 condenações; STF, nenhuma. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://folhapolitica.jusbrasil.com.br/noticias/405058071/moro-proferiu-118-condenacoes-stf-nenhuma>>. Acesso em: 4 out. 2017.

<sup>58</sup> HAIDAR, Daniel. Sérgio Cabral é condenado a 45 anos de prisão, maior pena já aplicada a político. **El País**, 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/21/politica/1505954247\\_075507.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/21/politica/1505954247_075507.html)>. Acesso em: 4 out. 2017.

<sup>59</sup> Conforme revista *Veja*, ano 50, n. 34, ed. 2.544, de 23 de agosto de 2017.

Foram 27 assassinatos, 19 tiroteios e sete arrastões.<sup>60</sup> O repórter da Editora Abril assim escreveu:

O que acontece durante 48 horas no Rio de Janeiro é o equivalente a uma guerra civil: corpos na calçada, tiroteios, execuções. Na cidade maravilhosa, a morte violenta virou banalidade. Os gatilhos da barbárie estão nas vias que à noite se tornam rota exclusiva de bandidos, nos arrastões que espalham o terror, na fuzilaria entre as quadrilhas. Na Polícia mal equipada, encurralada, ausente e brutal.<sup>61</sup>

Diante de tantos episódios noticiando a violência contra a população, contra policiais e envolvendo autoridades, as mais altas no arcabouço político/jurídico, fica difícil depositar alguma esperança que resulte em mudanças significantes nos rumos das escolhas públicas. Nesse contexto caótico, o sistema penitenciário não figura em nenhuma lista de prioridades governamentais. Na prática, há apenas retóricas após um e outro incidente em estabelecimentos prisionais, e as autoridades tentam se convencer de que são apenas fatos isolados. Não querem enxergar o óbvio. O que percebemos é que, se não se contém a violência nas comunidades, ela não será contida nos estabelecimentos prisionais. Uma é reflexo da outra. Há um costume brasileiro: apenas reagir a uma situação de perigo quando ela já ocorreu. É uma visão de neutralização paliativa, não se atacando a fonte do problema.

Esse tipo de gestão foi chamado pelo Professor Rodrigo Bueno Gusso de *band-aid* da segurança pública, em seu artigo<sup>62</sup> publicado na página da *web Empório do Direito*, site já consolidado nas tratativas de questões jurídicas e que reúne diversos renomados juristas brasileiros e internacionais. Apropriadamente o autor se referiu a um curativo tipo esparadrapo, de questionável eficácia, que serve apenas para amenizar ou mascarar um ferimento, mas que nem de longe estanca o problema.

Ultimamente no Brasil, em casos de grave violação da ordem pública, como o que ocorreu no Rio de Janeiro, o governo do estado do ocorrido, num gesto aparente de demonstração de gestão pública, imediatamente aciona a Força Nacional de Segurança Pública, como que apresentando a solução do problema gerado. A Força Nacional é um esforço conjunto criado por convênio entre os estados brasileiros e o governo federal em que diversos policiais, de várias corporações, cedidos por todos os estados e treinados pelo

---

<sup>60</sup> Arrastões são ações praticadas por um grande número de delinquentes que saem às ruas e roubam todas as pessoas que encontram pelo caminho. No Rio de Janeiro esse termo já foi incorporado ao vernáculo, como uma ação quase natural.

<sup>61</sup> Conforme revista *Veja*, ano 49, n. 28, ed. 2.485, p. 70, de 13 de julho de 2016.

<sup>62</sup> GUSSO, Rodrigo Bueno. A Força Nacional de Segurança e o *band-aid* de Gabriel. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/a-forca-nacional-de-seguranca-e-o-band-aid-de-gabriel-por-rodrigo-bueno-gusso/>>. Acesso em: 4 out. 2017.

Ministério da Justiça federal, são convocados para estancar problemas específicos de segurança, em áreas delimitadas, com a finalidade de restaurar a ordem, podendo até mesmo atuar dentro dos estabelecimentos penitenciários.

De questionável constitucionalidade, já que no capítulo específico da segurança pública na Constituição a Força Nacional não aparece, tem essa corporação policial atuado em vários estados brasileiros, desde 2004, quando foi criada. A finalidade é dar uma resposta, ao menos à população, de que o Estado não permaneceu inerte perante tão grave problema, mas não apresenta resultado prático, com definitividade. Essas ações são transitórias, paliativas, sem resultado concreto. Daí a comparação do Professor Rodrigo Gusso, de forma sucinta:

Assim como o band-aid, a Força Nacional combate alguns germes e bactérias. Ou seja, é direcionada e prevista a atuar exclusivamente sobre a violência cruenta, aquela tida como comum, das ruas, ou, emprestando o conceito de Jessé Souza, a violência da ralé. Uma espécie de violência transformada em criminalidade que não se mistura aos crimes, digamos, sofisticados. Estes, quase um “não crime”. Muitos deles mediante o abuso do poder econômico e da burocracia pública. De forma rápida e barata como um band-aid, a Força Nacional de Segurança é vendida muitas vezes ao senso comum como a melhor e maior política de segurança pública em nível federal.<sup>63</sup>

Portanto, após um rompante de crimes considerados violentos, quando a sociedade sai às ruas para protestar por mais segurança, ou um pouco dela, normalmente os governos, visando dar uma resposta à população, acionam a Força Nacional de Segurança Pública. Após alguns dias, a Força de retira e tudo volta à aparente normalidade. Esta, dura até que outra crise se instale e o ciclo paliativo se renove.

Anestesia-se o problema mas não se medica a causa.

---

<sup>63</sup> GUSSO, 2016.

## CAPÍTULO 3

### O ENCARCERAMENTO BRASILEIRO

Em julho de 2015, o Conselho Nacional de Justiça divulgou as últimas estatísticas oficiais do governo federal brasileiro que mostram que o Brasil tinha 1.478 unidades prisionais. Esse levantamento sobre o sistema carcerário foi divulgado no último dia 23 de junho de 2017 pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça.<sup>1</sup>

O que define os tipos de estabelecimentos penais basicamente é a finalidade original das unidades. De acordo com a LEP, penitenciária é a unidade prisional destinada aos condenados a cumprir pena em regime fechado, enquanto as colônias agrícolas, industriais ou similares são destinadas aos presos do regime semiaberto, e a casa do albergado, àqueles em regime aberto. Detentos provisórios devem aguardar o julgamento em cadeia pública. Há ainda os hospitais de custódia, onde deve cumprir medida de segurança quem cometeu crime com algum problema mental e foi, por isso, considerado inimputável ou semi-imputável.

O Brasil tem 470 estabelecimentos penais destinados ao regime fechado, sendo 417 masculinos e 53 femininos. Possui 74 unidades ao regime semiaberto, 64 casas de albergado para o regime aberto, 821 estabelecimentos para presos provisórios e 33 hospitais de custódia. Os dados são do Depen referentes a junho de 2014.<sup>2</sup> O levantamento revela, no entanto, que a separação dos presos por tipo de regime de pena prevista em lei não está sendo cumprida.

O Conselho Nacional de Justiça, em seu diagnóstico sobre as pessoas presas no Brasil em 2014, concluiu que naquele ano o sistema carcerário possuía 563.526 apenados. Em números absolutos, colocava o país na quarta maior população carcerária, atrás de Estados Unidos, China e Rússia. Se computar o número de pessoas inseridas no sistema, mas em prisão domiciliar, esse número salta para 711.463. Há que se considerar que as prisões domiciliares podem, dependendo do caso, ser convertidas em prisão propriamente dita, com recolhimento a estabelecimento prisional, o que inflaciona ainda mais o sistema.

Haja vista esse todo, segundo o Conselho Nacional de Justiça, o déficit de vagas em 2014 chegou a 206.307, sem levar em conta as prisões domiciliares.

Consta ainda, conforme dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão oriundos do Ministério da Justiça, que em 2014 existiam 373.791 mandados de prisão em aberto, ou seja,

---

<sup>1</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conheça os diferentes tipos de estabelecimentos penais**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79914-conheca-os-diferentes-tipos-de-estabelecimentos-penais>>. Acesso em: 4 out. 2017.

<sup>2</sup> PORTAL BRASIL. **Brasil possui 1.478 estabelecimentos penais públicos**. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/brasil-possui-1478-estabelecimentos-penais-publicos>>. Acesso em: 12 out. 2017.

sem o devido cumprimento. Caso fossem cumpridos simultaneamente, não haveria vagas suficientes no sistema, o que é bastante preocupante. Aliás, preocupante já é a atual situação, pois, com o número de pessoas segregadas hoje, considerando o número de vagas disponíveis, já são visíveis a desestruturação estatal e a falta de gestão, fatores que só alimentam a violência não só fora, mas também dentro dos estabelecimentos.<sup>3</sup>

Em levantamento também realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017, com auxílio dos tribunais dos estados, tem-se o seguinte diagnóstico do sistema carcerário brasileiro:

- Total de presos no Brasil: 654.372;
- Total de presos provisórios: 221.054.<sup>4</sup>

No *ranking* mundial de número de presos por habitantes, o Brasil ocupa a 34.<sup>a</sup> posição, com 289 presos por 100.000 habitantes, de acordo com o Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS), na sigla em inglês.<sup>5</sup>

Considerando o tamanho continental de nosso país, verifica-se que o número das prisões não está aquém de uma margem aceitável, ou, pelo menos, não tão dissonante do resto do mundo. Não se trata de prender mais ou menos, mas de se adequar, de acordo com a legislação vigente, para o encarceramento sustentável, seguro e conforme os preceitos de dignidade humana.

Esse número grande de presos, em números absolutos, não revela por si só que o país prende demais. Aliás, esse é o discurso daqueles agentes públicos que detêm o dever de gestão, mas, em vez de buscar implementar um sistema penitenciário funcional, de qualidade e que cumpra seu verdadeiro papel, a ressocialização, preferem o discurso de que a culpa é dos órgãos policiais que prendem demais. No Brasil, prende-se muito, porém sem eficiência no que se refere ao tratamento dado a esse preso. Como se a reclusão por si, apenas como sinônimo de restrição de liberdade individual, pudesse quase que automaticamente ressocializar o criminoso. Essa é uma ideia equivocada pela qual se paga um preço extremamente alto.

---

<sup>3</sup> MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. **Conselho Nacional de Justiça**, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 4 out. 2017.

<sup>4</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais. **Conselho Nacional de Justiça**, 2017b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 4 out. 2017.

<sup>5</sup> BRASIL, Felipe Moura. Brasil é, no mínimo, o 34.º em número de presos por 100 mil, mas jornais caem na maquiagem do relatório do Infopen. **Veja**, 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/brasil-e-no-minimo-o-34-em-numero-de-presos-por-100-mil-mas-jornais-caem-na-maquiagem-do-relatorio-do-infopen/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

Outro fator preocupante é a alta taxa de homicídios, que só vem aumentando. Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde, do governo federal brasileiro, divulgado em 2017 no *Atlas da Violência*, em 2015 houve 59.080 homicídios.<sup>6</sup> Estatisticamente ocorre um homicídio a cada 9 minutos. Sabe-se que a polícia brasileira não consegue prender nem a metade dos autores desses crimes. A impunidade, nesse prisma pavoroso, parece ser um fator motivador para a prática criminosa, pois ela se mostra como uma certeza, e não apenas probabilidade. Essa percepção de abandono do Poder Público para implementação de melhorias no sistema carcerário, infelizmente, não é recente.

Em 1902 o jornalista e escritor Olavo Bilac já alertava o governo brasileiro da época que o sistema orgânico do aparelho penitenciário era defeituoso e que nascera torto e quebrado.

Que vai fazer agora governo? Vai demitir o administrador da Casa de Detenção? Daqui a pouco será obrigado a demitir o cidadão que o substituiu, e as coisas continuarão no mesmo pé – porque a causa dos abusos não reside na incapacidade de um funcionário, mas num vício essencial do sistema, num defeito orgânico do aparelho penitenciário. E não há de ser a demissão de um administrador que há de consertar o que já nasceu torto e quebrado.<sup>7</sup>

No caso de Manaus, como já dissemos, mais de cem anos depois da constatação da ineficácia do Estado pelo jornalista da época, em pleno 2017, mortes que poderiam ser evitadas dentro do sistema prisional aconteceram, e o resultado foi estarrecedor.

O estopim daquela rebelião envolveu presos de facções criminosas contrárias que se digladiaram entre si e ignoraram o poder do Estado. Além disso, o acontecido foi, de certa forma, facilitado também pela superlotação de detentos e pela total falta de controle do Estado sobre aquele complexo penitenciário. Era de 454 vagas a capacidade do sistema, mas no momento da chacina havia 1.224 pessoas ali, isso somente em uma das alas daquele empreendimento. Havia ainda mais dois prédios para presos em regimes diferenciados, mas igualmente com superlotação.

O fato mais grave foi que a possibilidade de essa rebelião acontecer foi detectada há um ano por representantes de órgão vinculados ao Ministério da Justiça que visitaram o local

---

<sup>6</sup> IPEA, 2017.

<sup>7</sup> In: MAIA, Clarissa Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1, p.

e alertaram o governo sobre o caso, mencionando até mesmo naquela ocasião a omissão do Estado no trato do assunto.<sup>8</sup>

Seis dias após os fatos, chamado pelo governo federal de acidente pavoroso, foi anunciado um plano nacional de segurança cuja principal estratégia era a construção de mais presídios, um em cada estado, e pelo menos mais cinco penitenciárias federais. O presidente Michel Temer afirmou que a Constituição brasileira estabelece que o preso deve cumprir a pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo, e admitiu que, por ora, não se cumpre a Constituição. Disse ele:

Isso não se cumpre no nosso país. Estamos portanto determinando aos estados que haja estabelecimentos distintos. Se ele cometeu crimes de potencial ofensivo menor, vai para um estabelecimento prisional. Se cometeu potencial ofensivo muito mais violento, vai para outro.<sup>9</sup>

Atualmente o Brasil possui apenas quatro penitenciárias federais, com capacidade cada uma para 208 presos, deixando aos estados da federação a incumbência de gerenciar e expandir o sistema penitenciário local, mesmo que abriguem presos oriundos da justiça federal.

Apesar do anúncio de construção de penitenciárias pelo presidente da república, discursos de governadores de estado e do ministro da Justiça, a verdade é que pouca coisa foi efetivamente implementada nessa área. As reformas anunciadas ficaram apenas na transferência de presos de um estabelecimento para outro.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão do poder judiciário e que tem por presidente a ministra Carmem Lúcia, que também comanda o Supremo Tribunal Federal, divulgou oficialmente os gastos no país com o sistema prisional. Segundo estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) que trata do custo financeiro da violência em 17 países da região e no Caribe, o Brasil é o país que tem menor gasto de custeio com seu sistema prisional da América Latina. Gasta-se menos de 1% do Produto Interno Bruto (PIB), o equivalente a 0,06%.<sup>10</sup>

Os governos estadual e federal, em momentos de crise no sistema, parecem seguir uma regra de cartilha: primeiramente, aciona-se a Força Nacional de Segurança Pública, para dar o

---

<sup>8</sup> Conforme revista *Veja*, ed. 2.512, de 11 de janeiro de 2017.

<sup>9</sup> REDAÇÃO. Temer: realidade do país me obriga a construir prisões. *Veja*, 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/realidade-do-pais-me-obriga-a-construir-prisoos-afirma-temer/>> Acesso em: 8 out. 2017.

<sup>10</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **BID tem que Brasil tem menor gasto com presídios da América Latina**. 2017a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85104-brasil-tem-menor-gasto-de-custeio-com-presidios-da-america-latina-2>>. Acesso em: 26 out. 2017.

ar de normalidade na ordem pública na região de conflito. Depois, anunciam-se em conjunto megainvestimentos para o setor, mas que acabam quase nunca se concretizando, ao menos não na forma como anunciado. Parece que os governantes acreditam e esperam que o problema se acomodará por si só.

Faltam políticas públicas e planejamento, e o que se vê é o descaso com a sociedade e com o próprio preso, um ser que, a despeito de estar à margem da lei, merece igualmente proteção, pois é um sujeito detentor de direitos.

A grande massa carcerária, que só vem aumentando a cada dia, aliada ao abandono do governo em investir num sistema moderno, transforma-se num campo fértil para a prática de inúmeras infrações penais nos próprios estabelecimentos, como tráfico de drogas, abusos sexuais e homicídios. Essa situação desordenada diminui ou praticamente anula a possibilidade de se conferir a reintegração digna do preso ao convívio social.

Interessante que, do ponto de vista formal expresso, o Brasil sempre se preocupou em garantir aos presos direitos com dignidade, até antes mesmo de essa última palavra ser propagada aos quatro ventos e ser inserida nas constituições de vários estados soberanos.

Vê-se o artigo 179, inciso XXI, da primeira Constituição brasileira, ainda na época do império. Dizia a carta que “as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo separação dos réus conforme a natureza dos seus crimes.”<sup>11</sup>

O primeiro estabelecimento prisional do país foi construído em 6 de julho de 1850, no Rio de Janeiro, então capital do império, cujo nome dado foi Casa de Correção da Corte. Tinha a pretensão de ser uma prisão-modelo, na qual se executariam penas de prisão e trabalho.

Segundo Roberto Porto, esse estabelecimento prisional seguiu o exemplo do sistema auburniano, famoso por ser a primeira prisão a estabelecer o regime de cela única, e a técnica punitiva consistia na reabilitação dos presos por intermédio do trabalho obrigatório nas oficinas durante o dia e a noite, o isolamento.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> BRASIL, 1824.

<sup>12</sup> PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.

### 3.1 SISTEMAS DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A questão da pena privativa de liberdade sempre foi um dilema para o Estado, pois tal procedimento contrapõe o estado natural de liberdade do homem, razão pela qual correntes filosóficas e religiosas sempre desenvolveram teorias acerca dela, buscando explicar ou justificar sua aplicação, fundamentação e finalidade.

Como consequência dessas correntes, os primeiros sistemas penitenciários começaram a surgir ao final do século XVIII.

São pelo menos quatro os sistemas voltados à execução das penas privativas de liberdade.

#### 3.1.1 Sistema pensilvânico ou filadélfico

O sistema filadélfico foi inaugurado nos Estados Unidos em 1790 na prisão de Walnut Street e tinha como praxe o total isolamento, não podendo o preso trabalhar ou receber visitas. O recluso era estimulado a se arrepender mediante a leitura da bíblia.<sup>13</sup>

As bases do direito canônico eram aplicadas na execução da pena, visando a expiação da culpa. Note-se que, nesse viés, crime e pecado parecem se confundir. O condenado deveria ficar completamente isolado em uma cela. Ficava ocioso, pois não era permitida o exercício de qualquer atividade. Também era lhe vedado qualquer contato com o meio exterior. Além da expiação da culpa, pelo arrependimento, visava a execução penal a emenda do preso, ou seja, a sua recuperação. O condenado tinha autorização, em horários inconstantes, para passear pelo pátio da prisão, em área pré-definida. Buscava-se o arrependimento a todo tempo, através da leitura da bíblia.

Cezar Roberto Bittencourt afirma que “o início definido do sistema filadélfico começa sob a influência das sociedades integradas por quacres, os mais respeitáveis cidadãos da Filadélfia e tinha como objetivo reformar as prisões”.<sup>14</sup> Tratam-se de grupos religiosos, com origem comum num movimento protestante britânico do século XVII, também conhecido como Sociedade Religiosa dos Amigos.

O isolamento total adotado por esse sistema foi objeto de críticas já naquela época, pois poderia facilmente levar o preso a um estado melancólico e depressivo.

---

<sup>13</sup> GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**. Niterói: Impetus, 2017, p. 121.

<sup>14</sup> BITENCOURT, 2002, p. 92.

Cezar Roberto Bittencourt, ao comentar a crítica ao sistema, esclarece que:

Já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais.<sup>15</sup>

É que manter uma pessoa na solidão e no silêncio, com separação absoluta e a proibição de comunicação entre os presos, era uma receita para a manifestação da insanidade. Em que pese as críticas ao referido sistema, feitas algumas modificações, diversos países da Europa o adotaram. Destaca-se durante o século XIX: Inglaterra em 1835, Bélgica em 1838, Suécia em 1840, Dinamarca em 1846, Noruega e Holanda em 1851.

### 3.1.2 Sistema auburniano

Após as críticas ao sistema pensilvânico, surge um outro sistema, que ficou conhecido como auburniano. Explica Damásio de Jesus que “sua origem prende-se a construção da penitenciária na cidade de Auburn, do Estado de New York, em 1818”.<sup>16</sup>

Como o sistema anterior trazia o confinamento absoluto, neste, houve uma mudança significativa. Inicialmente se permitia o trabalho do preso dentro de sua cela e mais tarde, em grupos, mas mantendo-se o isolamento noturno. Cezar Roberto Bittencourt explica que esse sistema deixou de lado o confinamento absoluto do preso por volta do ano de 1824: “A partir de então se estendeu a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite”.<sup>17</sup>

Essa proibição de comunicação entre os presos, ficou conhecida como *silente system*.

Mesmo durante as refeições, o silêncio deveria ser mantido. O rigor disciplinar não foi abolido, sendo comum castigos coletivos quando não se conseguia identificar o verdadeiro autor da indisciplina.

Mas a diferença mais marcante entre os dois sistemas dizia respeito à segregação. No pensilvânico, a segregação ocorria durante todo o dia; No auburniano era possível o trabalho coletivo. Em ambos, porém, havia a separação dos condenados para impedir a comunicação e o isolamento à noite mantido em celas individualizadas.

---

<sup>15</sup> BITENCOURT, 2002, p. 92.

<sup>16</sup> JESUS, 2004, p. 250.

<sup>17</sup> BITENCOURT, *op. cit.*, p. 92.

Manoel Pedro Pimentel, citado por Rogério Greco, aponta as falhas do sistema auburniano:

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de *boca do boi*. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos<sup>18</sup>.

Bittencourt acrescenta os motivos que levaram ao fracasso o sistema auburniano:

Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte ao fato de que o *silent system* acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar. [...] Se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. [...] No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinquente.<sup>19</sup>

### 3.1.3 Sistema progressivo inglês

Na lição de Damásio de Jesus, “o sistema Progressivo (inglês ou irlandês) surgiu na Inglaterra, no século XIX, atribuindo-se sua origem a um capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie”<sup>20</sup>.

Por volta de 1840, o capitão da marinha inglesa tinha pleno conhecimento do tratamento desumano dispensado aos presos que eram degredados para a Austrália e não ficou omissos quanto a esse fato. Com experiência anterior em dirigir um estabelecimento prisional, Maconochie pensou em um sistema progressivo de cumprimento da pena, baseado em pelo menos três estágios. Era uma forma de diminuir as agruras do encarceramento e também de amenizar a lotação prisional.

---

<sup>18</sup> GRECO, 2017, P.123.

<sup>19</sup> BITENCOURT, 2002, p. 92.

<sup>20</sup> JESUS, 2004, p. 250.

Sobre esse sistema, Cezar Roberto Bittencourt expõe:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.<sup>21</sup>

Foi então adotado uma forma de cumprir a pena privativa de liberdade em menor tempo do que a prevista na sentença. Passava, de certa forma, para o condenado decidir se ficaria todo o tempo da sentença ou se contribuiria para que aquele encargo antes do previsto se dizimasse. Essa forma ficou conhecida por *Mark Sistem*. Cada condenado, de acordo com suas peculiaridades, com base em bom comportamento, trabalho e gravidade do delito, recebia vales ou marcas. Esses vales poderiam ser perdidos em caso de mau comportamento ou faltas graves. Atingido determinado número de marcas, poderia o preso progredir para um regime menos rigoroso.

Esse sistema era constituído por três fases. A primeira consistia em um período de prova. Era mantido em isolamento celular diurno e outro noturno, como ocorria no sistema pensilvanico. Com a progressão ao segundo estágio, era permitido o trabalho em comum, mas ainda sob silêncio absoluto (como o sistema auburniano). À noite, o isolamento era aplicado. Numa terceira fase permitia-se o livramento condicional.<sup>22</sup>

O maior mérito desse sistema, talvez tenha sido o fato de buscar incentivar o senso de responsabilidade dos condenados. Cabe a ele administrar o cumprimento de sua pena. A depender de seu comportamento e ação, o estado coloca em suas mãos o maior ou menor tempo de cumprimento da sua própria pena.

O sistema progressivo difundiu-se universalmente, sendo adotado nos dias atuais, com algumas modificações, por vários países, como é o caso do Brasil.

O sistema progressivo também foi o precursor do que seria conhecido como elemento de ressocialização do indivíduo. O senso de responsabilidade imposto e o desejo de progressão, prepara o indivíduo para a reabilitação e reinserção ao convívio social.

---

<sup>21</sup> BITENCOURT, 2002, p. 92.

<sup>22</sup> GRECO, 2017, p. 124.

Pode-se notar que nesse primeiro momento o sistema progressivo teve forte influência religiosa, com base na emenda do preso, ou seja, na sua reabilitação. Baseava-se, portanto, em concepção religiosa, com feição retributiva. A pena imposta pelo estado é considerada um mal justo, em contraposição ao injusto praticado. Tem a pena, nesse viés, um caráter retributivo: Mal justo pelo mal injusto. Mas com a progressão, há uma evolução social da pena.

O sistema progressivo teve a preocupação de propiciar a gradual adaptação do recluso à uma vida livre e ao trabalho. O estado agia e dava condições concretas para que o preso desenvolvesse o senso de responsabilidade e ressocialização, preparando-o para a vida honesta em sociedade.

Pelo menos duas modalidades de sistema progressivo ficaram conhecidas: sistema progressivo inglês e sistema progressivo irlandês em razão de suas formas diversas de aplicação.

O sistema progressivo inglês era dividido em três fases: 1) isolamento celular diurno e noturno; 2) trabalho em comum sob regra de silêncio; 3) liberdade condicional.<sup>23</sup>

### **3.1.4 Sistema progressivo irlandês**

O sistema progressivo irlandês tinha quatro etapas, uma fase a mais: 1) reclusão celular diurna e noturna; 2) reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum; 3) período intermediário; 4) liberdade condicional.

Roberto Lyra, citado por Greco assim definiu o sistema irlandês:

O sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola)), de noite e de dia em vida comum para demonstrar praticamente os resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional.<sup>24</sup>

Os sistemas progressivos também contribuíram para a individualização da execução penal. Ela deixa de ser coletiva, embora envolvendo várias pessoas em concurso, pois a progressão depende de requisitos que só podem ser cumpridos pelo próprio condenado.

---

<sup>23</sup> GRECO, 2017, p. 124.

<sup>24</sup> BITENCOURT, 2002, p. 93.

No Brasil, o Código Penal de 1940, expressamente admitia a progressividade, sujeitando o recluso a quatro fases, nos moldes do sistema irlandês.

Luiz Régis Prado, discorrendo sobre a evolução dos sistemas progressivos no Brasil, afirma:

A Lei 6.416/1977 introduziu substanciais alterações no sistema progressivo, a saber: a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto); c) o início do cumprimento da pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.<sup>25</sup>

Atualmente, no Brasil, a Lei n.º 7.210/84 (LEP), em regra, admite a progressão de regime quando cumprido no mínimo um sexto da pena no regime anterior, além de boa conduta carcerária, atestada pelo diretor do estabelecimento. São pelo menos três regimes: fechado, semiaberto e aberto, além do livramento condicional.

### 3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

De acordo com dados do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça e divulgados na página oficial do governo federal, o Brasil possui 1.478 estabelecimentos prisionais no país para 607.731 presos, distribuídos em diversas unidades, conforme definição e destinação expressas na LEP.

#### 3.2.1 Cadeias públicas

São 821 estabelecimentos penais desse tipo, que são destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório. São destinados a pessoas presas em flagrante delito ou por ordem judicial em sede de prisão preventiva ou temporária. São prisões processuais, enquanto não se tem a sentença definitiva, que só virá após um julgamento em que se verifiquem os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Cadeias públicas não são órgãos policiais, mas são unidades que fazem parte do sistema penitenciário. É comum em vários estados da federação, como no estado do Paraná, que as delegacias de polícia funcionem, em desacordo com a lei, como se cadeia pública fosse. Aí os problemas de superlotação e violação de direitos são mais visíveis como a luz do sol, que atinge a todos.

---

<sup>25</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1.º a 120. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 545.

### 3.2.2 Penitenciárias

São estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado. Há 470 unidades desse modelo em todo o país, sendo 417 masculinas e 53 femininas. De acordo com a LEP<sup>26</sup>, elas podem ser de:

- Segurança máxima especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado e dotados exclusivamente de celas individuais;
- Segurança média ou máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado e dotados de celas individuais e coletivas.

### 3.2.3 Colônias agrícolas, industriais ou similares

Esses estabelecimentos destinam-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto. Pode o preso trabalhar durante o dia em locais determinados pela administração e à noite dormir no estabelecimento público.

Existem 74 unidades no Brasil, sendo apenas quatro para mulheres e 70 para homens. Entre as suas funções, a principal é promover a reintegração social dos presos por meio da profissionalização e da educação. O problema é que num país continental, com mais de 600.000 pessoas encarceradas, é fácil deduzir que a maioria delas, embora tenha direito à transferência de regime mais rigoroso para mais brando, por absoluta falta de estabelecimentos adequados, não usufruirá esse benefício. Aí outra situação calamitosa se revela.<sup>27</sup>

São dois extremos. Algumas decisões judiciais determinam a transferência do regime fechado para o aberto, alegando que o direito do preso não pode ser tolhido pela ineficácia do Estado em não providenciar vagas. Outros mantêm a pessoa segregada, enquanto aguarda uma vaga sabe-se lá em que lugar. Nenhuma das decisões está de acordo com a lei e acaba por deturpar o benefício, pois não é possível transferir um criminoso de um sistema fechado, rigoroso, para um aberto sem qualquer fiscalização, o que traz aquela velha conhecida sensação de impunidade.

---

<sup>26</sup> BRASIL, 1984.

<sup>27</sup> PORTAL BRASIL, 2014.

Por outro lado, não se pode negar o direito de progressão de regime àquele que já cumpriu parte da pena e preencheu os requisitos objetivos e subjetivos, como o bom comportamento. Na prática, o problema continua e está longe de ser resolvido.

### **3.2.4 Casas do albergado**

São estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana. Há 57 casas do albergado masculinas e 7 femininas em todo o país, totalizando 64 unidades. Elas recebem o condenado que estiver trabalhando, ou que comprove a possibilidade de fazê-lo e quando apresentar, pelos antecedentes ou pelo resultado de exame a que foi submetido, condições de ajustar-se com autodisciplina e senso de responsabilidade ao trabalho fora do estabelecimento penal e sem vigilância.

Esse estabelecimento prisional é uma falácia. O regime aberto descrito na lei dispõe que o sentenciado a esse regime deve trabalhar durante o dia e à noite e nos fins de semana se recolher na casa do albergado, que deve ser fiscalizada por um agente do Estado.

Na prática essas poucas casas servem apenas para que o apenado ali compareça uma vez por semana para assinar um livro e nada mais. Isso quando existe a casa, pois na maioria das cidades ela não existe. Basta verificar que o país conta com 5.570 municípios e apenas 64 casas de albergado. A legislação exige que se tenha uma casa para cada região.

Ou seja, em média, para cada seis cidades medianas, deveria haver ao menos uma casa de albergado. Estamos muito aquém disso. Santa Catarina inteira, estado com mais de sete milhões de habitantes e 295 municípios, possui apenas três casas de albergado.

### **3.2.5 Hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico**

São destinados às pessoas submetidas à medida de segurança. Existem no Brasil 33 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, sendo cinco para mulheres e 28 para homens. Nessas localidades, periodicamente, realizam-se os exames psiquiátricos para o acompanhamento dos internados (inimputáveis ou semi-imputáveis). Elas podem também abrigar aqueles que estão sujeitos a tratamento ambulatorial, embora não se equipare à internação.

### 3.2.6 Patronatos

São os estabelecimentos destinados a prestar assistência aos albergados e aos egressos, imbuídos no propósito de orientar os condenados à pena restritiva de direitos. São 16 em todo o Brasil, sendo apenas um para o público feminino. Eles têm o papel de fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana, assim como colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.<sup>28</sup>

### 3.3 A LEGISLAÇÃO PENAL E O SISTEMA PROGRESSIVO BRASILEIRO

A legislação infraconstitucional vigente sobre a execução da pena no Brasil é a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, denominada de LEP.

Alguns institutos jurídicos de execução penal também são tratados em leis esparsas, como o Código Penal Brasileiro, e o jurista deve conjugar as duas legislações, no sentido de buscar a melhor aplicabilidade ao processo de execução penal.

Partindo de uma visão humanista, a legislação brasileira elenca inúmeros benefícios ao custodiado, os quais podem ser alcançados à medida que este cumpre sua pena privativa de liberdade e observa os deveres que a lei também lhe impõe.

Esses incentivos legais têm a finalidade de diminuir o tempo da pena imposta, abreviando o sofrimento que lhe é peculiar, ao mesmo tempo que busca de forma mais eficaz a pronta ressocialização do apenado.

A legislação elenca duas qualidades de penas e como se aplicam: reclusão e detenção. Essas qualidades de pena estão expressas nos próprios tipos penais, logo após a descrição da conduta. Por exemplo:

Art. 121 do CPB: Homicídio simples. Matar alguém. Pena-reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Art. 129 CPB: Lesão corporal. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena- detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> PORTAL BRASIL, 2014.

<sup>29</sup> BRASIL, 1940.

O artigo 33 do Código Penal brasileiro dispõe que “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.<sup>30</sup>

Denota-se então que a pena de reclusão comporta os três regimes, enquanto a pena de detenção admite a execução apenas em dois: semiaberto e aberto.

A Lei n.º 7.210/84 – LEP – é bem clara quanto às formas de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Considera-se *regime fechado* a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média. Aqui o rigor é total. O condenado fica sujeito a trabalho interno diurno e isolamento total durante o repouso noturno. O estabelecimento adequado para cumprimento dessa pena é a penitenciária, com rigor de segurança máxima ou média.

Já no *regime semiaberto*, a execução da pena é em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Nesse regime o condenado fica sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Não há esquema rigoroso de segurança. O Estado busca demonstrar ao condenado que acredita em sua vontade de pagar sua pena e retornar o mais breve possível ao convívio social. Tanto é que se admite trabalho externo, bem como frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução média ou superior.

No *regime aberto* a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Aqui o Estado deposita total confiança na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem nenhuma vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. O local em que deve se recolher o apenado é a casa de albergado, estabelecimento que faz parte do sistema penitenciário, mas que não tem nenhum rigor de segurança. Os servidores apenas monitoram e registram as entradas e a permanência dos condenados nos períodos determinados.<sup>31</sup>

O Código Penal brasileiro determina as regras para cálculo da pena e início do cumprimento em que o magistrado deve referir na sentença condenatória. O mesmo artigo 33 do Código Penal brasileiro, em seu parágrafo 2.º, assim dispõe:

- a) O condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

---

<sup>30</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>31</sup> BRASIL, 1984.

- b) O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.<sup>32</sup>

No parágrafo 3.º a determinação do regime inicial de cumprimento da pena se fará com observância dos critérios previstos no artigo 59 desse código:

O juiz, atendente à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.<sup>33</sup>

O primeiro benefício à disposição do apenado é a progressão de regime. Inicia-se em um regime mais rígido e, após cumprimento de parte da pena nesse regime, pode progredir para outro menos rígido.

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

Aqui não se leva em conta a reincidência, sendo observados dois critérios: temporal e comportamental.

A exceção fica para aqueles condenados por crimes hediondos. A Lei n.º 8.072/90 elenca algumas condutas como de caráter hediondo, com penas mais longas e restrições a certos benefícios:

Art. 2.º, § 2.º (Lei 8.072/90). A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.<sup>34</sup>

Portanto, se o início da pena se dá em regime fechado, após cumprimento de um sexto pode progredir para o regime semiaberto. Depois, cumprido mais um sexto do restante da

---

<sup>32</sup> *Id.*, 1940.

<sup>33</sup> BRASIL, 1940.

<sup>34</sup> *Id.* **Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

pena em regime semiaberto, poderá progredir para o regime aberto, até que seja extinta a pena após o decurso total do prazo estipulado na sentença.

A lei traz mecanismos para a regressão de regime. Afinal, caso o condenado cometa algum crime doloso após a progressão para um regime mais brando ou sofra condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da execução, torna incabível o regime, mediante ordem judicial, ele retorna ao regime anterior ou até mesmo pode passar do regime aberto para o fechado. O Estado tem o tempo todo o controle sobre o cumprimento da pena. A oportunidade é dada, mas há sempre regras a serem observadas, sob pena de regressão e reinício da contagem de tempo para novo benefício.

O artigo 17 da Lei de Execução Penal trata do que a doutrina brasileira chama de prisão domiciliar.<sup>35</sup>

Nesse caso, o condenado no regime aberto, em vez de se recolher durante o período noturno e fins de semana nas casas de albergado, se recolhe em sua própria casa. Esse benefício aplica-se ao condenado com mais de 70 anos; acometido de doença grave; com filho menor ou deficiente físico ou mental; e gestante.

Outro benefício que a lei disponibiliza ao apenado é o livramento condicional. O artigo 83 do Código Penal brasileiro assim dispõe:

O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

- Cumprido mais de 1/3 (um terço) da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
- Cumprida mais de 1/2 (metade) se o condenado for reincidente em crime doloso;
- Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;
- Tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
- Cumprido mais de 2/3 (dois terços) da pena, no caso de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único: Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> BRASIL, 1984.

<sup>36</sup> *Id.*, 1940.

O condenado agraciado pelo benefício deve cumprir exigências legais e judiciais, como comparecimento periódico ao fórum para relatar as atividades, não se ausentar da comarca sem autorização judicial, entre outros. O não cumprimento dessas exigências leva à revogação do benefício e até a proibição de nova concessão referente à mesma pena.

Todos esses benefícios legais têm, no mínimo, duas finalidades: reinserir o indivíduo ao convívio social, possibilitando que ele retorne antes para sua família, retome suas atividades e não volte a delinquir; e esvaziar os estabelecimentos penitenciários, que, com raras exceções, estão sempre superlotados.

Na contramão dessas medidas, surpreendentemente o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em fevereiro de 2016, passou a admitir o início da execução da pena privativa de liberdade logo após condenação em segunda instância. Embora a decisão condenatória esteja pendente de recursos em instâncias superiores, entendeu a Suprema Corte que não haveria violação de preceitos constitucionais nem infraconstitucionais quanto ao início da execução provisória da pena, em que pese constar expressamente da atual Constituição federal e no Código de Processo Penal, que somente se admite a culpa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

Art. 5.º (CF/88), inciso:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>37</sup>

Art. 283/ CPP: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>38</sup>

Esse posicionamento da Suprema Corte veio agravar ainda mais o sistema prisional, que já se encontrava saturado. Por maioria, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 (*Habeas Corpus* 126.292/STF).

---

<sup>37</sup> BRASIL, 1988.

<sup>38</sup> *Id.* **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasil, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

### 3.4 O CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE

A mudança de interpretação legal e constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>39</sup> por voto da maioria, superou o próprio entendimento já consolidado desde o ano de 2009, que impedia o ingresso no sistema prisional daquele que estivesse respondendo a um processo penal em liberdade, enquanto não houvesse uma decisão definitiva a cargo dos tribunais superiores.

Até esse julgado, era entendimento pacífico da maior Corte brasileira que o cumprimento de pena antes de transitar em julgado a sentença condenatória seria incompatível com a presunção de inocência. O Código de Processo Penal, de 1941, deveria ser lido à luz da Constituição de 1988, que, em seu artigo 5.º, inciso LVII, consagra o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. A culpa somente seria formada definitivamente com o trânsito em julgado. Esse era o entendimento que vinha prevalecendo até o início do ano de 2016.

Antes da promulgação da atual Constituição, em 1988, o Direito penal brasileiro tinha suas raízes voltadas para uma execução rápida e uma imposição imediata da pena privativa de liberdade como uma resposta à agressão sofrida pela sociedade. O Código de Processo Penal trazia vários artigos que corroboravam essa finalidade, como exigência de que o réu, para apelar, se não estivesse preso, deveria se entregar para tal, sob pena de não ter seu recurso conhecido. Nos crimes afetos ao Tribunal do Júri, o qual tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, após a sentença de pronúncia, que mandava o réu para julgamento, havia a possibilidade de se decretar a prisão pelo simples fato de pronunciar o réu.

Com a Constituição Federal de 1988, mudanças ocorreram no sentido de dar mais estruturação a um sistema de direitos e garantias individuais. Com isso, consagrou-se o princípio da não culpabilidade, no artigo 5.º, inciso LVII, senão somente após sentença definitiva.

Inicialmente positivado no artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como fruto da Revolução Francesa, de 1789, esse princípio foi reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948, bem como no artigo 8.º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

---

<sup>39</sup> STF, 2016.

De forma mais específica, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) destaca expressamente a presunção de inocência *enquanto não comprovada a culpa do acusado*, de modo diverso da redação dada ao artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que consagra a necessidade do trânsito em julgado da condenação para o reconhecimento da culpa. Nos meios doutrinário e jurisprudencial, o princípio da presunção de inocência era utilizado como sinônimo do princípio da presunção de não culpabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao fazer nova análise do inciso LVII do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, buscou subsídios na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual não exige o trânsito em julgado, mas sim a comprovação da culpa para ser afastada a dita presunção de inocência. Por meio de uma interpretação sistemática, o Supremo Tribunal entendeu que estaria comprovada a culpa logo após o exercício do duplo grau de jurisdição, não sendo necessário esperar outras decisões afetas a tribunais superiores para a confirmação do juízo de culpabilidade. Assim, segue o resumo da decisão no *Habeas Corpus* 126.292, de 17 de fevereiro de 2016, relatado pelo ministro Teori Zavascki:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.<sup>40</sup>

Corroborando o entendimento do doutrinador Renato Brasileiro de Lima, que leciona no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos não exige expressamente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porém a comprovação da culpa para ser afastada a dita presunção de inocência.<sup>41</sup>

Nesse viés interpretativo, a pena privativa de liberdade poderia ser cumprida logo após ter passado pelo crivo do princípio do segundo grau de jurisdição. Sua existência garante que a condenação foi vista e revista por um juiz singular e também por um colegiado superior. Segundo o Supremo Tribunal Federal, é na decisão de segundo grau que se concretiza em seu sentido genuíno o duplo grau de jurisdição em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, seja de direito, seja de fato.

---

<sup>40</sup> STF, 2016.

<sup>41</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 101.

Como conciliar esse novo entendimento com a Constituição Federal, que exige expressamente o trânsito em julgado da condenação para o afastamento da presunção de não culpabilidade?

Luiz Flávio Gomes, penalista brasileiro que não concorda com a decisão do Supremo Tribunal Federal, explica que a diferença acerca do momento da verificação da culpa resulta da existência de dois sistemas mundiais para se afastar a presunção de inocência e, conseqüentemente, possibilitar a imediata execução da pena:

- O sistema do trânsito em julgado final;
- O sistema do duplo grau de jurisdição.

No primeiro sistema, somente depois de esgotados “todos os recursos” (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionabilíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1.º e 2.º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.<sup>42</sup>

O Brasil passa, após anos de submissão ao primeiro sistema, para o segundo, mas sem mudanças legislativas nesse sentido. Teria ele ignorado a Constituição e o Código de Processo Penal, agravando o sistema carcerário?<sup>43</sup>

Antônio Magalhães Filho, em relação à Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana, leciona:

As duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia. [...] Diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.<sup>44</sup>

Nesse ponto, vem à tona o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional, artigo 66, promulgado no Brasil em 25 de setembro de 2002, mediante o Decreto n.º 4.388 e inserido na Constituição Federal no artigo 5.º:

---

<sup>42</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena**. 2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

<sup>43</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>44</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, n. 42, abr. 1994.

§ 4.º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Art. 66. Presunção de Inocência.

1. Toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.<sup>45</sup>

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal em sua novel decisão, estaria cumprindo o que sempre esteve expresso no texto constitucional desde 1988: a possibilidade de prender alguém por ordem escrita e fundamentada, emanada de autoridade judiciária competente, conforme aduz o artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

No entender do Supremo Tribunal Federal, a Constituição em momento algum teria vedado a prisão antes do trânsito em julgado, pois o suposto direito fundamental violado, artigo 5.º, LVII, apenas veda que alguém seja “considerado culpado” antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>46</sup> Ou seja, daí se infere a vedação à emissão de nota de culpa, o que inexiste na execução provisória.

Os recursos cabíveis após uma decisão de segundo grau, de natureza extraordinária (recurso extraordinário para a Suprema Corte e recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça), buscam uniformizar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e não discutir o mérito da ação. Por essa razão, não haveria nenhum óbice à execução provisória da pena. Este é, portanto, o atual entendimento da Suprema Corte brasileira.

Depreende-se que a decisão da Suprema Corte veio agravar ainda mais o sistema, pois, caso fossem cumpridas todas as ordens de prisão por meio da condenação em segundo grau, haveria o colapso total do sistema, com consequências imprevisíveis.

Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), órgão de estatística penitenciária do Ministério da Justiça do governo federal, as prisões brasileiras comportavam em 2014 mais de 250.000 presos provisórios, isto é, sem condenação definitiva, o que representa 41% do contingente carcerário nacional.<sup>47</sup>

O contrassenso dessa decisão é que, em 15 de dezembro de 2015, meses antes da mudança de entendimento do Superior Tribunal Federal sobre a prisão provisória, o Conselho

---

<sup>45</sup> BRASIL. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

<sup>46</sup> BRASIL, 1988.

<sup>47</sup> *Id.* Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Infopen – junho de 2014. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

Nacional de Justiça (CNJ), órgão administrativo da Corte Suprema, editou a Resolução n.º 213/2015, que trata da audiência de custódia. Essa resolução tem por finalidade determinar que toda pessoa presa em flagrante ou por ordem judicial deve ser em 24 horas apresentada perante um magistrado para que este decida se mantém ou não aquela prisão. Anteriormente, o preso era encaminhado a um estabelecimento prisional e apenas a comunicação da prisão era feita imediatamente ao juiz; o preso seria ouvido em audiência em momento futuro, de acordo com a pauta do judiciário local.

O Conselho Nacional de Justiça procurou fundamentação para a implementação dessa audiência no artigo 9.º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como no artigo 7.º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário.

Consideraram-se ainda nessa resolução o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça e o Infopen, do Depen do Ministério da Justiça, publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente. Por fim, o CNJ reconheceu, conforme previsão constitucional (CF, art. 5.º, LXV, LXVI), que a prisão é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comporta nenhuma das medidas cautelares alternativas:

LXV - A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>48</sup>

Nessa audiência, após oitiva do Ministério Público e do advogado do preso, o juiz deve tomar uma das seguintes medidas:

- Relaxamento da prisão em flagrante;
- Concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
- Decretação de prisão preventiva;
- Adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Como registrado, uma das motivações da promulgação dessa resolução pelo Conselho Nacional de Justiça foi a preocupação com o grande número de prisões provisórias descritas

---

<sup>48</sup> BRASIL, 1988.

no relatório do Ministério da Justiça. Assim, o juiz da audiência de custódia pode evitar em diversos casos que a população prisional aumente, substituindo a prisão provisória por medidas alternativas. O Código de Processo Penal elenca essas medidas, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - 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;

III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - 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;

VII - Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - 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

IX - Monitoração eletrônica.<sup>49</sup>

A maneira como a Suprema Corte, através do CNJ, tratou do problema da população carcerária no país, com expressa referência ao alto número de presos provisórios, manifesta um paradoxo interpretativo, preocupante e sem precedentes, pois não sinaliza para a sociedade nem para o mundo jurídico nacional qual é o seu norte nessa importante questão. Vê-se que em, entre os dias 15 de dezembro de 2015 e 17 de fevereiro de 2016, datas respectivas da Resolução n.º 213/2015 (Audiência de Custódia) e do julgamento do HC 126.292, que consentiu o início do cumprimento da pena, ainda que provisória, não se passaram três meses. Como pode então a mais alta corte do país, sabedora dos problemas de superlotação carcerária do Brasil, tomar decisões diametralmente opostas em tão curto espaço de tempo?

### 3.5 AS PENITENCIÁRIAS SEMIPRIVADAS E O DESAFIO DE IMPLEMENTÁ-LAS

---

<sup>49</sup> BRASIL, 1941.

É visível e notória a falência do sistema prisional brasileiro, à medida que o Estado, por anos, deixou de investir em políticas públicas que resultassem em real e efetivo cumprimento da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais.

Denota-se que o Brasil não carece de leis condizentes com o atual estado de direito, pois, como já dissemos, há farta legislação em vigor, a começar pela própria Constituição, que garante ao encarcerado um sistema digno e propício a sua recuperação e reinserção à sociedade. O que falta então? O implemento de políticas públicas que efetivem as diretrizes das leis já elaboradas.

Como os gestores costumam alegar a falta de recursos financeiros para tais implementações, a alternativa mais visível e que começa a ser colocada em prática no país é a parceria público-privada. Não se trata de privatização do sistema, mas de esforço conjunto público e privado e com resultados iniciais positivos.

Primeiramente, há que se trazer à baila a questão da competência legislativa no Brasil no que tange ao Direito penitenciário.

A atual Constituição da república disciplina a repartição das competências legislativas e de gestão entre os entes federados. O artigo 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrentes entre a União, Estados e Distrito Federal. Nessa espécie de competência, cabe à União ditar as regras gerais, e aos Estados, as regras específicas, de acordo com as peculiaridades locais. Entre diversas matérias, o inciso I do artigo 24 da Carta Magna estabelece a competência concorrente para o estado federado legislar sobre o direito penitenciário. Assim, cada estado possui um departamento penitenciário com regras próprias, enquanto a União mantém um departamento nacional com regras gerais.

Em 2004 foi publicada a Lei federal n.º 11.079, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Essa lei veio suprir as deficiências de recursos dos estados, permitindo parcerias público-privadas, em que o Estado mantém a gestão do sistema e o particular, visando auferir lucros, entra com a logística.

O contrato de concessão, como foi disciplinado na legislação, tem por objeto a prestação de serviços diretamente à administração pública, podendo o particular assumir a execução de obra e fornecer bens ou outras prestações.

A lei estipulou o valor mínimo de investimentos, que deve ser superior a R\$ 20 milhões. A contraprestação é paga pelo poder concedente (administração pública) em prazos que vão de cinco a 35 anos.

A prestação dos serviços não pode se restringir à execução isolada da obra nem a fornecimento isolado de mão de obra ou bens. Deve estar diretamente associada ao serviço objeto da concessão administrativa, ou seja, a administração prisional. Assim, embora exista um usuário direto (o preso), é a administração pública a usuária indireta do sistema, já que é a administração pública que adquire o serviço que será prestado por uma organização privada.

A lei ainda determina que as funções exclusivas de estado, como jurisdição e exercício do poder de polícia, são indelegáveis.<sup>50</sup>

Há, portanto, verdadeira parceria público-privada. O setor privado arca com as despesas e estrutura, e o Estado paga pelos serviços, mas não abre mão do controle do estabelecimento, com servidores públicos no comando e gestão do sistema.

Antes de prosseguir com a legislação brasileira sobre o tema, insta trazer a lume os sistemas de privatização existentes no mundo.

Conforme leciona Greicianny Carvalho Cordeiro, há pelo menos três sistemas prisionais:

- Estatal: a execução da pena é de responsabilidade exclusiva do Estado;
- Privado: menor ou maior participação da iniciativa particular na execução da privação de liberdade;
- Comunitário: a execução penal é repassada à comunidade, que, por meio de associações civis sem fins lucrativos ou organizações, promove o cumprimento da pena privativa de liberdade.<sup>51</sup>

### 3.5.1 O modelo norte-americano

Em 1776, ano da independência da América, foi construída na Filadélfia a primeira penitenciária privada. Tinha o nome de Walnut Street. Segundo Cezar Roberto Bittencourt, a referida instituição prisional tinha como característica principal “o isolamento em uma cela, a oração e abstinência total de bebidas alcoólicas que deveriam criar meios para salvar tantas criaturas infelizes”.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> BRASIL. Lei n.º 11.079 de 30 de dezembro de 2004. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

<sup>51</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2006, p. 87.

<sup>52</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

Mas a prática da privatização tornou-se mais efetiva apenas na década de 1980. Vários estados americanos investiram pesado na privatização, sob a justificativa de redução dos gastos públicos.

Até a Suprema Corte americana foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade do sistema, tendo sido publicada por aquela Egrégia Corte a súmula 1981: “Não há obstáculo constitucional para impedir a implantação de prisões privadas, cabendo a cada estado avaliar as vantagens advindas dessas experiências, em termos de qualidade e segurança, nos domínios da execução penal”.<sup>53</sup>

Há, portanto, liberdade para que os entes federados americanos decidam a conveniência da privatização ou não de seus estabelecimentos prisionais.

### 3.5.2 O modelo francês

Segundo Ricardo Machado, por meio da Lei n.º 87.432, de 22 de junho de 1987, a França possibilitou a participação da iniciativa privada na construção de estabelecimentos prisionais, bem como na execução dos chamados serviços de hotelaria.<sup>54</sup>

O modelo de privatização francês difere do modelo norte-americano, pois neste a iniciativa privada pode assumir a responsabilidade completa pela direção, pelo gerenciamento e pela administração da prisão, atuando até mesmo na área de segurança. No modelo francês existe a dupla responsabilidade ou parceria. Cabem ao Estado e a iniciativa privada o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento prisional.

Nesse sistema de duplo comando, o modelo de privatização francês estabelece que ao Estado compete a indicação do diretor geral do estabelecimento, bem como o relacionamento com o juízo da execução penal e também a responsabilidade pelas segurança interna e externa da prisão, embora a guarda interna seja feita pela iniciativa privada. Cabe a esta promover as tarefas de trabalho, educação, transporte, alimentação e lazer, além de prestar assistência jurídica, espiritual, física e mental ao preso. A segurança externa fica com a polícia do Estado. O contrato de gestão da empresa privada tem duração em média de dez anos, podendo ser renovado. É facultado ao Estado vetar a admissão de servidor, selecionado pela instituição privada, para participar da gerência administrativa do estabelecimento prisional.

---

<sup>53</sup> SANTOS, Jorge Amaral dos. A utilização das parcerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. **E-Gov**, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/utiliza%C3%A7%C3%A3o-das-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-pelo-sistema-prisional-brasileiro-em-busca-da-res>>. Acesso em: 28 out. 2017.

<sup>54</sup> MACHADO, Ricardo. **Privatização, gestão privada ou co-gestão do sistema penitenciário brasileiro?** Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000.

### 3.5.3 O modelo inglês

A ideia de privatização do sistema prisional inglês surgiu em meados da década de 1980. Os argumentos favoráveis eram o alto custo decorrente do encarceramento e a ineficácia do propósito ressocializador da pena de prisão.<sup>55</sup>

O sistema inglês de privatização penitenciária, diferentemente do norte-americano, caracterizava-se pela menor intervenção da iniciativa privada na administração prisional. Assim, cabia a ela o fornecimento de serviços de hotelaria, tais como limpeza, alimentação e vestuário. Nesse modelo o Estado ficava com as funções essenciais, como administração e segurança.

A atual legislação brasileira parece se espelhar no antigo modelo francês, pois não se concebe a total privatização do sistema, mas a cogestão, ou seja, Estado e iniciativa privada.

No Brasil essa ideia ainda suscita diversos questionamentos, pois o país passa por um momento delicado no setor. Atualmente existem no país 17 estabelecimentos prisionais em operação com parceria público privada. Em 16 deles, espalhadas por 5 estados da federação, o estado construiu os prédios e contrata do particular apenas serviços de alimentação, saúde, assistência jurídica e segurança interna. A Constituição permite à Administração Pública o direito de contratar com a iniciativa privada a prestação de determinados serviços públicos necessários e que não podem ser prestados com eficiência pelo Estado. A Administração, regime disciplinar e segurança externa continuam nas mãos do estado.

O estado de Minas Gerais desponta como o primeiro a desenvolver estabelecimentos prisionais com investimento totalmente privado e os resultados ainda estão sendo avaliados. Neste sistema, o estado concede ao particular a exploração das vagas disponíveis, previamente contratadas pelo estado, juntamente com serviços de manutenção, alimentação, assistência média e segurança interna. A Administração continua sendo feita por Agentes públicos, sob a supervisão de um juiz de Execução Penal. O sistema de parceria, quer de maior ou menor participação privada, ao menos em uma questão já é visível o resultado positivo: o problema da superlotação está sendo superado e nesse aspecto já é um avanço na busca pelo respeito à pessoa encarcerada. É que o contrato realizado entre o público e o particular prevê número máximo de lotação nos estabelecimentos, sendo estipulado multa se não for observada essa regra. O respeito ao preso e seus direitos fundamentais começa por

---

<sup>55</sup> CORDEIRO, 2006, p. 109.

manter estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena privativa de liberdade. A pena não pode extrapolar o que foi determinado na sentença. O condenado perde apenas e tão somente a liberdade de locomoção, mas preserva todos os demais direitos inerentes a sua pessoa. Por essa razão, a curto prazo, as parcerias têm se mostradas como adequadas e em conformidade com dignidade que se busca e se deve preservar no ser humano.

## CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito é fruto de longas lutas históricas com o intuito de neutralizar formas de opressão e de arbítrio do próprio Estado, daí a relevância dos princípios que o norteiam. Esses princípios atuam como limitadores do poder e, especialmente, fornecem diretrizes para uma mais adequada criação e aplicação do direito. Essas garantias devem estar presentes tanto nas normas que tipificam sua violação como nas que disciplinam sua punição.

Nesse contexto está inserido o Direito de execução penal. Trata-se de um ramo do Direito público, porque tutela valores de interesse de toda a coletividade. Afinal, considerando que a lei deve refletir a vontade geral, a norma de execução penal não pode estar dissociada da realidade social.

De titularidade exclusiva do Estado, o *jus puniendi* sofre limitações, inicialmente na produção das leis de Direito penal (material), que em um Estado democrático deve ter caráter mínimo e garantista, na medida em que a intervenção penal deve ser sempre a *ultima ratio* a ser recorrida, utilizada somente quando todos os demais ramos do Direito falharam na tutela do bem jurídico. Na sua efetivação, deve ser manuseada com total cautela, a fim de que não sejam violados os direitos fundamentais. Mas, havendo violação do direito material e quebra da ordem pública, torna-se necessária a atuação do direito processual, que é o instrumento legal para a aplicação da pena restritiva de liberdade. O direito processual, que traz as regras e espécies de penas cabíveis ao caso concreto, bem como as regras de progressão de regimes, deve seguir os mesmos ditames de garantia e dignidade dispensados ao direito material.

O mestre e doutrinador Jorge Miranda, ao tratar da sujeição do Estado ao Direito, assim leciona:

Não são apenas os indivíduos (ou os particulares) que vivem subordinados a normas jurídicas. Igualmente o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo ao Direito que criam).<sup>1</sup>

Por imposição constitucional, o Direito e seus princípios também têm o condão de limitar o Estado, titular do *jus puniendi*, o exercício de seu exclusivo poder punitivo.

Deve-se estar presente a ideia de que falar do direito penal, processual, execução e suas consequências é falar, de certa maneira, do fenômeno da violência, porém aqui não se faz

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 10. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. v. 1, p. 12.

referência à violência como sinônimo de criminalidade, mas sim àquela violência que é própria do direito punitivo.

Paul Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e punir* bem retratou a violência do cárcere e as atrocidades praticadas em nome do estado, amparada, por assim dizer, pelo direito penal. O Professor brasileiro Rogério Greco, ao citá-lo em sua obra sobre o Sistema Prisional, destacou que Foucault fez ecoar um grito de alerta pelos bancos das universidades, nos meios de comunicação de massa, classe política, encarregada da produção legislativa e a justiça, de forma geral. Trouxe ao conhecimento público os horrores praticados por um sistema desproporcional e descompromissado com os princípios de direitos fundamentais, principalmente o da igualdade, pois até o século XVIII os encarcerados eram tidos como pessoas à margem, não detentoras de direitos, sendo totalmente ignorado o postulado que conhecemos hoje por dignidade da pessoa humana. É verdade que houve uma mudança nas penas aplicadas, que de corporal, passaram para a privação de liberdade, mas isso não significou a diminuição das agruras próprias do direito punitivo, mas criou-se um problema de difícil resolução, o encarceramento em massa, sendo até hoje discutida sua utilidade.<sup>2</sup>

Por essas questões é que a intervenção penal/processual/executória, cuja consequência seja o encarceramento, deve ter lugar somente se imprescindível e inevitável. Sendo necessária sua aplicação, somente se concebe num estado constitucional que esta seja resultado de um processo justo e embasado estritamente na legislação vigente, tendo em conta que o fundamento da dignidade da pessoa humana jamais deverá ser ignorado ou afastado.

É nessa esteira de observação de limites e obrigações que o Estado não pode fazer acepção de pessoas, dando tratamento diferenciado a cidadãos livres e a presos. Se assim o fizer, é certo que estamos diante da prática de direito de autor, e não de direito do fato, o que não se coaduna com um estado constitucional democrático. Naquele há um conceito preconcebido que se trata de pessoas estranhas à sociedade, de má índole e que não merece o mesmo tratamento digno dispensado àquela outra parte social rotulada de boa gente. O segregado, por força de decisão judicial, sofre limitações que são peculiares do resultado da ação criminosa, como a própria segregação, mas todos os demais direitos inerentes à pessoa que não se contrapõem com a perda da liberdade continuam vigentes e eficazes. Não se pode negar ao preso alimentação digna, acesso aos estudos, leitura, contato com a família, instalações adequadas, defesa gratuita para os menos afortunados economicamente e, o mais importante e imprescindível, sua segurança física e mental. Somente com a garantia desse

---

<sup>2</sup> GRECO, 2017, p. 128.

mínimo exigível para a sobrevivência digna é que se pode avançar para uma segunda fase, que é a busca pela ressocialização do indivíduo e, por conseguinte, a diminuição da reincidência criminal. Esses postulados, no Brasil, ainda são ideais a serem alcançados.

A violação de direitos humanos no sistema prisional brasileiro é visível. Ao verificar o número de vagas e compará-lo com o número de detentos, fica notório que os números, por si só, espelham a incapacidade do sistema. Na última atualização feita pelo Ministério da Justiça brasileira, divulgada em dezembro de 2017, até junho de 2016 o Brasil tinha 726.712 presos, para 368.049 vagas, o que resulta em um déficit de 358.663 vagas.<sup>3</sup> É questão de Física. Dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço.

Some-se isso às notícias frequentes de rebeliões, mortes e domínio de facções criminosas que se proliferam dentro dos estabelecimentos, e o quadro de ineficácia estatal se completa. Violam-se direitos à integridade física, psíquica e até mesmo a vida.

As estatísticas são representações da realidade, e estas, nesse momento, refletem dados inaceitáveis e em contradição com o Estado Democrático de Direito. Mostram as estatísticas que o sistema prisional é a engrenagem de um arcabouço de criminalidade em que vive o país. A polícia, apesar de sofrer frequentes cortes orçamentários, continua a investigar e a dismantelar quadrilhas organizadas. Essas ações demandam vagas para cumprimentos de penas preventivas, temporárias e definitivas. O aumento e o grande número de prisões realizadas cotidianamente por todas as forças policiais brasileiras apontam isso.

A violência fora das prisões também retrata a falta de políticas públicas e a inércia do poder legislativo em contribuir para sua diminuição. Como exemplo, a tramitação de uma nova legislação penal e processual há mais de dez anos no Congresso Nacional brasileiro, por si só, corrobora essa dura realidade. Não se defende que novas regras penais ou processuais vão resolver todos os problemas, mas elas fazem parte de um conjunto de providências estatais imprescindíveis para a solução. Sem regras objetivas e bem definidas, não há como o poder executivo aplicar recursos e atuar com eficiência. Os reflexos dessa inoperância do sistema passam a ter sua última fronteira de correção no poder judiciário, que por vezes acaba por legislar na busca da aplicação da justiça.

Os investimentos públicos no setor penitenciário são pífios e, por não trazerem votos para os gestores da máquina pública, ficam sempre em segundo plano. Parte da sociedade brasileira também não demonstra interesse no assunto. Talvez por falta de informação ou por não querer se envolver, deixa tudo por conta do Estado, como se este fosse o único

---

<sup>3</sup> <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em 10/12/2017.

responsável pela manutenção da ordem social brasileira. Esquece-se de que, conforme preceituado na nossa própria Constituição Federal, em seu artigo 144, “segurança pública é dever do Estado e responsabilidade *de todos*”<sup>4</sup>. Como exemplo desse desinteresse ou até mesmo aversão à temática segurança, não raramente algumas comunidades brasileiras promovem passeatas para evitar que determinado estabelecimento prisional seja construído em determinada cidade, o que contribui para o agravamento do problema.

Alguns empresários também não estão dispostos a empregar ex-detentos, pois o estigma e o preconceito decorrentes de um sentimento social também atingem aqueles que poderiam proporcionar a tais indivíduos um novo caminho, especialmente por meio do trabalho. Aqueles que aceitam tal medida muitas vezes são criticados pelo uso de suposta mão de obra barata, como a utilização de presos em um estabelecimento fechado. Por vezes, são também criticados pela ideia de que empregar pessoas presas (em parceria público-privada) importa em abrir mão de pagar alguns encargos trabalhistas ordinários, o que não é verdade.

Já foi demonstrado que, apesar das críticas, o envolvimento empresarial em parceria com o Estado é uma experiência que vem dando certo. Trata-se de uma política público-privada em que todos ganham, até mesmo o preso, pois seus serviços são remunerados e a cada três dias trabalhados se desconta um dia de sua pena. A legislação brasileira sobre o tema é farta, mas não se vislumbram na mesma proporção ações governamentais visando implementá-las. A questão passa a ser mais política do que jurídica.

Há ainda que se atentar que no Brasil não existem penas de morte ou perpétuas, sendo certo de que o sentenciado um dia retornará ao convívio social. Resta a expectativa em que condições será esse retorno: melhor ou pior. Melhor ou pior, a sociedade irá absorver esse resultado.

Os ingredientes para uma mudança no sistema penal e prisional brasileiro são visíveis e amplamente debatidos, mas de pouca efetividade. Há legislação, há interessados e recursos (sejam públicos ou privados), mas falta ainda conscientização social e política sobre tão oneroso tema.

O Estado democrático de Direito deve ser o guardião da dignidade do preso e não o violador. O poder de punir se fundamenta na Constituição, mas a mesma fonte que o criou, também lhe impõe limites. Violar esses limites é violar a própria Constituição.

---

<sup>4</sup> BRASIL, 1988, grifo nosso.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, Talita. Lista de Fachin: quem são os políticos investigados no STF? **Exame**, 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/lista-de-fachin-quem-sao-os-politicos-investigados/>>. Acesso em: 4 out. 2017.

AGÊNCIA BRASIL/Governo Federal. Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em 10/12/2017.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 2, n. 2, p. 178-180, abr./jun. 1992.

ASUA, Luis Jimenez de. **La ley y el delito: principios de derecho penal**. 2. ed. México: Hermes, 1945.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Cid, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BORGES, Bruna. 1 em cada 3 deputados é investigado. Essa é a Câmara que vai julgar Temer. **Gazeta do Povo**, 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/1-em-cada-3-deputados-e-investigado-essa-e-a-camara-que-vai-julgar-temer-3bjnta4367xhzh9oz3i419wip>>. Acesso em: 4 out. 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de março de 1824)**. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 28 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 dez. 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasil, 1940.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasil, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 11.079 de 30 de dezembro de 2004.** 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 27 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** Infopen – junho de 2014. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos.** 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL, Felipe Moura. Brasil é, no mínimo, o 34.º em número de presos por 100 mil, mas jornais caem na maquiagem do relatório do Infopen. **Veja**, 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/brasil-e-no-minimo-o-34-em-numero-de-presos-por-100-mil-mas-jornais-caem-na-maquiagem-do-relatorio-do-infopen/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conheça os diferentes tipos de estabelecimentos penais.** 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79914-conheca-os-diferentes-tipos-de-estabelecimentos-penais>>. Acesso em: 4 out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **BID tem que Brasil tem menor gasto com presídios da América Latina.** 2017a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85104-brasil-tem-menor-gasto-de-custeio-com-presidios-da-america-latina-2>>. Acesso em: 26 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais. Conselho Nacional de Justiça,** 2017b. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 4 out. 2017.

CORDEIRO, Greicianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Proposta de uma nova Política Criminal e Penitenciária para o Brasil. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 5, 2001.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FOLHA POLÍTICA. Moro proferiu 118 condenações; STF, nenhuma. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://folhapolitica.jusbrasil.com.br/noticias/405058071/moro-proferiu-118-condenacoes-stf-nenhuma>>. Acesso em: 4 out. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 23. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRIEDE, Reis. **Curso de teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena**. 2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, n. 42, abr. 1994.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**. Niterói: Impetus, 2017.

GUSSO, Rodrigo Bueno. A Força Nacional de Segurança e o band-aid de Gabriel. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/a-forca-nacional-de-seguranca-e-o-band-aid-de-gabriel-por-rodri-go-bueno-gusso/>>. Acesso em: 4 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Eu previno, tu reprimes: uma análise da política criminal ofertada pelo Pronasci por meio do Programa Protejo, no município de Curitiba/PR.** 385 p. Tese (Doutorado em Sociologia)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

H AidAR, Daniel. Sérgio Cabral é condenado a 45 anos de prisão, maior pena já aplicada a político. **El País**, 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/21/politica/1505954247\\_075507.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/21/politica/1505954247_075507.html)>. Acesso em: 4 out. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência 2017 mapeia os homicídios no Brasil.** 2017. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=30253](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253)>. Acesso em: 2 out. 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 249.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Ricardo. **Privatização, gestão privada ou co-gestão do sistema penitenciário brasileiro?** Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000.

MAIA, Clarissa Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil.** Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 10. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. v. 1.

MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. **Conselho Nacional de Justiça**, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 4 out. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PORTAL BRASIL. **Brasil possui 1.478 estabelecimentos penais públicos.** 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/brasil-possui-1478-estabelecimentos-penais-publicos>>. Acesso em: 12 out. 2017.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional.** São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1.º a 120. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

REDAÇÃO. Temer: realidade do país me obriga a construir prisões. **Veja**, 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/realidade-do-pais-me-obriga-a-construir-prisoas-afirma-temer/>> Acesso em: 8 out. 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. *In*: \_\_\_\_\_. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* 2. ed. Madri: Civitas, 1997. v. 1.

SANTOS, Jorge Amaral dos. A utilização das parcerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. **E-Gov**, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/utiliza%C3%A7%C3%A3o-das-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-pelo-sistema-prisional-brasileiro-em-busca-da-res>>. Acesso em: 28 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Jorge. **Segurança pública e polícia**: criminologia crítica aplicada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC 126.292**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 out. 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da polícia**. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.