



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**DA INCOMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE NO REGIME FECHADO COM O SISTEMA
CONSTITUCIONAL DA PENA**

BRASÍLIA – DF

2022

Universidade de Brasília

Marden Guilardi da Silva Filho- 17/0109879

**DA INCOMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE NO REGIME FECHADO COM O SISTEMA
CONSTITUCIONAL DA PENA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Beatriz Vargas.

BRASÍLIA – DF

2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Marden Guilardi da Silva Filho- 17/0109879

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr^a. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
Orientadora

Prof. Dr^a. Valdirene Daufemback
Integrante da Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz
Integrante da Banca Examinadora

Brasília, 16 de setembro de 2022

Dear fellas, I can't believe how fast things move on the outside. I saw an automobile once when I was a kid, but now they're everywhere. The world went and got itself in a big damn hurry. The parole board got me into this halfway house called "The Brewer" and a job bagging groceries at the Foodway. It's hard work and I try to keep up, but my hands hurt most of the time. I don't think the store manager likes me very much. Sometimes after work, I go to the park and feed the birds. I keep thinking Jake might just show up and say hello, but he never does. I hope wherever he is, he's doin' okay and makin' new friends. I have trouble sleepin' at night. I have bad dreams like I'm falling. I wake up scared. Sometimes it takes me a while to remember where I am. Maybe I should get me a gun and rob the Foodway so they'd send me home. I could shoot the manager while I was at it, sort of like a bonus. I guess I'm too old for that sort of nonsense any more. I don't like it here. I'm tired of being afraid all the time. I've decided not to stay. I doubt they'll kick up any fuss. Not for an old crook like me.

P.S: Tell Heywood I'm sorry I put a knife to his throat. No hard feelings.

Shawshank Redemption - Brook was here

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a compatibilidade do cumprimento integral da pena no regime fechado nos casos de apenados com unificações com o sistema constitucional da pena e os princípios constitucionais que o regem. Inicialmente, faz-se necessário uma análise crítica, histórica e orçamentária das mudanças legislativas e jurisprudenciais que tornaram possível o cumprimento integral da pena no regime fechado, sem que houvesse disposição legal explícita. Para a análise da compatibilidade da referida possibilidade com o sistema constitucional da pena, investigamos os modelos justificadores da pena e o modelo constitucional de fato para, posteriormente, realizar um estudo dos princípios constitucionais da pena. Por fim, exploramos as consequências fáticas geradas pelo processo de institucionalização dos sentenciados, após um longo período de encarceramento no regime fechado.

Palavras-chaves: “sistema constitucional da pena”; “cumprimento integral da pena no regime fechado”; “Princípios constitucionais da pena”; “modelo retributivo”; “modelo preventivo”; “modelo misto”; "institucionalização".

Sumário

1. Para além do cárcere: o encarcerado	8
Capítulo I- Da problematização	10
1. Problematização	10
1.1. Do limite da pena	10
1.2. Da base de cálculo	11
1.3. Das frações	11
1.4. Da impossibilidade de progressão	12
2. Uma construção histórica/crítica do problema	14
2.1. Da construção histórica	15
2.2. Do custo orçamentário do cumprimento integral	23
2.3. Da súmula 715 do Supremo Tribunal Federal	26
3. Do sistema penitenciário brasileiro	30
3.1. Da ADPF 347	31
3.2. Seis Anos depois da ADPF 347	34
3.3. Contexto de aplicação para todos	37
Capítulo II- Do modelo constitucional da pena	39
1. Do modelo constitucional da pena	40
1.1. Do modelo retributivo	40
1.2. Do modelo preventivo	44
1.3. Do modelo misto	47
1.4. Do modelo constitucional de fato	48
2. Uma visão redutora de danos	50
3. Dos princípios constitucionais da pena	52
3.1. Da tutela dos princípios	53
3.2. Do princípio da Humanidade das penas	54
3.2.1. Da vedação a penas perpétuas	57
3.3. Do princípio da Isonomia	58
3.4. Do princípio da Intranscendência mínima	59
3.5. Do princípio da Individualização da pena	60
Capítulo III- Da institucionalização e progressão de regime	62
1. Da institucionalização e reintegração	62
1.1. Da institucionalização e instituições totais	62

1.2. Da reintegração harmônica e progressiva	65
2. Da progressão de regime	68
3.1. Do trabalho externo	70
3.2. Das saídas temporárias	73
Capítulo IV- Considerações finais	74
3. Bibliografia	75

1. Para além do cárcere: o encarcerado

Este trabalho poderia ter muitos motivos para existir, mas o encarcerado é o único que pode trazer o sentido e as perguntas que realmente importam. Para muito além do Direito; dos princípios constitucionais; dos modelos justificadores da pena; de análises jurisprudenciais; o cárcere só faz sentido pelo prisma do encarcerado.

Estagiar na Defensoria Pública do Distrito Federal no Núcleo de Execuções Penais me oportunizou diferentes contatos com o cárcere, cada um deles visto por um prisma diverso. Seja fazendo cotas para os Defensores e analisando processos, respondendo cartas e “catataus” de presidiários, fazendo pedidos díspares, atendendo familiares e, principalmente, atendendo sentenciados presencialmente na unidade prisional e reeducandos via telefone, a fim de sanar dúvidas processuais.

Fora atendendo um reeducando via telefone com intuito de tirar dúvidas processuais que o referido tema surgiu. Um contato com o maior legitimado para dialogar sobre cárcere, o encarcerado, visto pelo prisma de quem vivencia diariamente o cárcere. Luiz Carlos Valois é preciso ao apontar que, “o preso, ainda que seja tratado como objeto por legisladores e juízes, tem sua concepção de justiça, raciocina e avalia o seu contexto...”(2012, p. 36). Iremos usar apenas a inicial de seu nome e omitir maiores detalhes, para preservar sua identidade.

O sentenciado N procurou a Defensoria Pública para apartar dúvidas em relação ao seu processo, no dia 25 de novembro de 2021. Aos 56 anos de idade, estava no regime semiaberto e, por sua vez, iria terminar sua pena sem progredir para o regime aberto.

O sentenciado N possui 8 execuções penais referentes a crimes comuns, sendo assim, lhe é aplicada a fração de 1/6 para fins de cálculo de progressão de regime. Todos os delitos ocorreram entre 1984 e 1995 e totalizam uma pena de 114 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão. Ele contactou a Defensoria Pública, pois alguém lhe havia informado que sua pena estava perto do fim, restando aproximadamente cerca de 2 anos. Ficou sabendo que o limite de cumprimento máximo de pena no Brasil era de 30 anos, mas não conhecia as regras. A ligação começou em tons de esperança, finalmente ele estaria livre de sua pena e com sua liberdade totalmente restabelecida.

Ao analisar o processo, percebi que a pena só atingiria o limite de cumprimento imposto por lei e, portanto, seria extinta, em 6 anos, em razão de uma fuga e, por sua vez, o

restante da sanção penal seria cumprido integralmente no regime semiaberto. Até aquele momento ele havia cumprido em torno de 29 anos, sendo cerca de 18 anos no regime fechado.

Não era exatamente a notícia que ele esperava e nem a que eu queria comunicar. A esperança já estava sumindo de sua voz, em seguida me perguntou se no processo dele cabia indulto ou comutação, a fim de que pudesse diminuir o tempo restante de pena.

Realizei os cálculos e ele não cumpria os requisitos temporais do último decreto presidencial aplicável ao seu caso, portanto, os 6 anos no regime semiaberto seriam mantidos. Contabilizando-se, portanto, 36 anos desde seu primeiro recolhimento na unidade carcerária.

A pena da modernidade é, por excelência, a supressão do tempo de vida em liberdade (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 74) e apesar de parecer um número exato e meramente quantitativo, o sofrimento causado pela perda da liberdade não varia somente em razão numérica, sendo este às vezes um fator de somenos importância. A dor e o sofrimento têm razões de intensidade incalculáveis e fatores que não são aparentes no número temporal (VALOIS, 2012, p. 36).

A esperança desapareceu e ficou apenas o desabafo de uma pessoa que passou a maior parte de sua vida encarcerada, imobilizada no sistema judiciário.

N começou falando que quando tinha cometido aqueles delitos era apenas um jovem “tolo”, que fazia um monte de “besteira”. Foram erros “bobos” de alguém que não sabia de nada sobre a vida.

Relatou que tinha se arrependido de todos eles e que entendia que tinha que “pagar a sua dívida”, expressão muito comum no ambiente carcerário. Ainda nesse sentido, mencionou que estava cumprindo sua pena de boa vontade, por entender os seus erros e querer provar para à sociedade isso. Queria provar que tinha mudado, era uma pessoa diferente e não iria cometer aqueles erros novamente.

Durante todo seu relato me falava que estava cansado, muito cansado. Apesar de entender seus erros, suas dívidas, ter boa vontade, querer mostrar algo para a sociedade, ele se sentia estagnado, parado no tempo. Ele testemunhava todo mundo evoluindo e fazendo coisas novas, mas ele estava parado em seus erros, restava a ele a vontade de desistir. Apenas assistia a sociedade, como “plateia” da vida dos outros.

Relatou que em sua trajetória de encarcerado conheceu pessoas, “viu elas entrando e viu elas saindo” e o destino dele era continuar ali estagnado. Ele estava cansado depois de tantos anos de encarceramento, sem possibilidade de mudar. O próprio cárcere o impedia de mudar e evoluir e tirava a possibilidade dele de provar à sociedade seu valor.

Aquela ligação deixou muitas perguntas e questionamentos em que algumas delas tentarei responder neste trabalho. Eu dedico meu trabalho a ele e a todos os sentenciados que se encontram na mesma situação.

Capítulo I- Da problematização

1. Problematização

1.1. Do limite da pena

De acordo o artigo 75 do Código Penal, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não deve ser superior a 40 anos. Antes da vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como pacote anticrime, o texto do Código Penal estabelecia um limite de 30 anos. Apesar do Código Penal estabelecer um limite de cumprimento de pena, esse limite legal não é usado para calcular os direitos dos presos, como a progressão de regime ou livramento condicional. Analisaremos essa questão a seguir.

No § 2º do artigo 75 é estabelecido que sobrevindo nova condenação, far-se-á nova unificação, por consequência, o período de pena cumprido será desprezado para fim do limite estabelecido no *caput* do artigo. Em vista disso, é possível que um sentenciado cumpra pena maior que 40 ou 30 anos. Por exemplo, sentenciado X foi condenado a 30 anos de reclusão, todavia, depois de cumprir 20 anos comete novo delito e é condenado a pena de 15 anos. Procedendo-se a unificação é desprezado o período cumprido, seguindo-se a regra do § 2º do artigo 75 do Código Penal, portanto, ao findar ambas as penas, o sentenciado terá cumprido um total de 45 anos. Sendo assim, aplicada a regra fixada no § 2º é traspassado o limite estabelecido no *caput* do artigo 75 tornando-se possível o cumprimento de penas superiores a 30 anos ou 40 anos, possibilitando, portanto, penas perpétuas.

O limite legalmente estabelecido tem como finalidade a concretização da vedação às penas perpétuas que, por sua vez, decorre do princípio da humanidade das penas, todavia, na situação em análise tal vedação é ficção jurídica, como será demonstrado.

1.2. Da base de cálculo

No contexto brasileiro é possível a existência de penas privativas de liberdade superiores ao limite legal estabelecido no artigo 75 do CP, ou seja, condenações com pena superior a 40 anos ou a unificação de várias condenações superando 40 anos. É comum nas varas de execução penal no Brasil penas superiores a 40 anos ou até mesmo a 100 anos.

Isso se justifica pelo fato de que os direitos executórios são calculados pelo total da pena estabelecido em sentença condenatória ou em futuras unificações de pena e não pelo limite de cumprimento de pena estipulado pelo Artigo 75 do Código Penal, como indicado anteriormente. Os direitos têm como data base o primeiro recolhimento, a última falta grave e a última progressão ou regressão de regime.

Esse entendimento é pacífico na jurisprudência estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo entendimento sumulado, todavia, sofre diversas críticas na doutrina. As consequências fáticas geradas por esse entendimento são extremamente graves, como será analisado adiante.

1.3. Das frações

Inicialmente destaca-se que na ideia proposta pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 e na Lei de Execuções Penais foi formulada uma lógica inerente aos regimes de pena e às progressões de regime que será analisada adiante.

Essa lógica compreendia os regimes de pena determinados de acordo a sentença condenatória e o tempo de pena, bem como a fração que possibilitava a ampla concretização ao sistema progressivo, entretanto, foram realizadas diversas “reformas” na Lei penal que usurparam a lógica sistêmica proposta, sendo prejudicado o sistema progressivo e, por consequente, a lógica inicialmente pensada para os regimes de pena e progressão de regime.

No artigo 112 da Lei de execuções penais estão fixadas as frações para a progressão de regime, sendo **16% da pena**, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; **20% da pena**, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; **25% da pena**, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; **30% da pena**, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; **40% da pena**, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; **50% da pena**, se o apenado for a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou; c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; **60% da pena**, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; **70% da pena**, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. Logo, a fração mínima é de 16% e o máximo de 70%.

1.4. Da impossibilidade de progressão

O cálculo de progressão de regime é realizado levando-se em conta todos os fatores explicitados anteriormente. Sendo assim, calcula-se a progressão de regime valendo-se inicialmente da pena total (base de cálculo), depois aplica-se a fração correspondente ao crime cometido (mínima de 16% e o máximo de 70%) e, por fim, aplica-se o resultado a partir da data-base para progressão (primeiro recolhimento, última progressão ou regressão de regime ou falta grave).

Vejamus um exemplo. Determinado sentenciado tem 2 condenações diferentes, referentes aos crimes previstos no Código Penal Brasileiro no Art. 157, § 2º, inciso II e no Art. 155, § 4º inciso I, sendo respectivamente condenado a pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão no regime fechado e a 2 anos e 6 meses de reclusão no regime semiaberto. Procedendo-se à unificação das penas tem-se um quantitativo total de 9 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão no regime fechado. Ambos os crimes foram cometidos posteriormente ao advento do pacote anticrime e são de natureza comum, sendo que no primeiro deles o sentenciado era primário em crime com violência ou grave ameaça e no segundo era primário em crime sem violência ou grave ameaça, portanto, lhe é aplicável às frações de 25% da pena e 16% da pena para cada um dos delitos. Sendo assim, o sentenciado teria que cumprir, para

progredir para o regime semiaberto, por cada pena respectivamente, 1 ano, 9 meses e 10 dias (25% da pena) e 5 meses (16% da pena) totalizando 2 anos, 2 meses e 10 dias. Ambos os crimes foram cometidos anteriormente à execução e, portanto, não figuram falta grave sendo a data-base para o cálculo o primeiro recolhimento, a saber 06/05/2020. Procedendo o cálculo, tem-se que o sentenciado irá progredir de regime em 15/08/2022 (06/05/2020 + 2 anos, 2 meses e 10 dias).

Quando aplicamos essa fórmula de cálculo de progressão de regime consolidada na legislação e na jurisprudência brasileira aos sentenciados com penas altas iremos perceber que em uma grande parcela dos casos eles nunca irão progredir de regime. Isso se dá, pois o resultado final do cálculo de progressão é posterior ao limite de cumprimento de pena estipulado no artigo 75 do Código Penal.

Vejamus outro exemplo. O sentenciado tem 5 condenações diferentes, referentes ao crime previsto no Código Penal Brasileiro no Art. 121, § 2º, sendo respectivamente condenado por cada delito a pena de 20, 22, 15, 25 e 27 anos de reclusão no regime fechado. Procedendo-se à unificação das penas, tem-se um quantitativo total de 109 anos de reclusão no regime fechado. Todos os crimes foram cometidos posteriormente ao advento do pacote anticrime e são de natureza hedionda, sendo que no primeiro deles o sentenciado era primário em crime hediondo com resultado morte e nos outros era reincidente em crime hediondo com resultado morte, portanto, lhe é aplicável às frações de 50% da pena e 70% da pena para cada um dos delitos. Sendo assim, o sentenciado teria que cumprir para progredir para o regime semiaberto, por cada fração, respectivamente, 10 anos (50% da pena) e 62 anos e 3 meses (70% da pena) totalizando 73 anos e 3 meses. O último delito não foi cometido durante a execução e, portanto, não figura falta grave, sendo a data-base o primeiro recolhimento para o cálculo, a saber 06/05/2020. Procedendo o cálculo temos que o sentenciado irá progredir de regime em 05/08/2092 (06/05/2020 + 73 anos e 3 meses). Contando que a última unificação de pena ocorreu em 20/08/2021, o sentenciado irá atingir o limite de cumprimento de pena em 09/08/2061 (20/08/2021 + 40 anos). Dessa forma, o sentenciado atinge primeiramente o limite de cumprimento de pena e, portanto, cumpre toda a pena no regime fechado.

Dessa forma, percebemos com clareza que é possível no contexto das varas de execução penal do Brasil, que sentenciados com unificações de pena cumpram a integralidade da pena privativa de liberdade no regime fechado, sem progredir para o regime semiaberto ou

aberto. Isso se dá por uma pena total alta, decorrente de unificações; por entendimento sumulado do STF sobre a base de cálculo para benefícios na execução penal sendo utilizado para tanto o total da pena; por um quantitativo de frações para progressão de regime que tem como máximo legal de 70%; e a fixação das datas bases para o cálculo de progressão.

Na vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o texto do artigo 75 do Código Penal foi alterado e, passou a estabelecer um limite de cumprimento de pena de 40 anos, levando, assim, à possibilidade de cumprimento integral da pena no regime fechado por 40 anos. A mudança legislativa, portanto, foi totalmente infundada, desarrazoada e baseada em uma lógica inconstitucional da pena, como veremos adiante.

A mera possibilidade de sentenciados cumprirem a totalidade da pena privativa de liberdade no regime fechado fere diversos princípios constitucionais da pena e do próprio modelo de pena adotado pelo Brasil, como o princípio da humanidade e da individualização da pena, deixando esses sentenciados totalmente desamparados pela jurisprudência, pela Lei de Execuções Penais e Código Penal brasileiro.

Analisaremos a seguir a construção histórica dos fatores explicados na problematização e depois o modelo de pena adotado pela Constituição de 1988, bem como os princípios regedores da pena.

2. Uma construção histórica/crítica do problema

No tópico 1, referente à problematização, investigamos as razões legais e jurisprudenciais que geram a possibilidade do cumprimento integral da pena privativa de liberdade no regime fechado no sistema jurídico brasileiro. Os principais fatores fazem referência à base de cálculo para os benefícios e as frações determinadas por Lei para a progressão de regime.

No presente tópico iremos realizar uma breve construção histórica, começando na Reforma da Parte Geral do Código Penal até o pacote anticrime, com a finalidade de entender as razões legais e jurisprudências mencionadas na problematização e de como foi gerada a possibilidade do cumprimento integral da pena privativa de liberdade no regime fechado, bem como uma análise crítica das mudanças legislativas que revelam a cultura punitivista celebrada na atualidade legislativa e jurisprudencial.

Após iremos realizar uma análise crítica da Súmula 715 e explicitar a necessidade de revisão do entendimento fixado pelo STF.

2.1. Da construção histórica

Como mencionado anteriormente no tópico 1.3, das frações, na ideia proposta pela Reforma da Parte geral do Código penal de 1984 e na Lei de Execuções Penais foi formulada uma lógica que visava a ampla concretização do sistema progressivo. Essa lógica compreendia os regimes de pena determinados de acordo com a sentença condenatória e o tempo de pena, bem como fração.

A reforma foi construída sob bases de ideias do correccionalismo e políticas penal-*welfare*. Apesar de problemas que serão explicitados nas ideias do modelo justificador reformador/preventivo e de a Constituição de 1988 não ter recepcionado tal modelo, as ideias de ressocialização foram privilegiadas através da progressão de regime que, por sua vez, se tornou parte essencial e inerente do sistema de aplicação de pena brasileiro.

O sistema de pena foi organizado por critérios quantitativos e individualizadores, penas até 6 meses seriam substituídas por pena de multa; penas entre 6 meses e 1 ano seriam substituídas por penas restritivas de direitos; penas entre 1 ano e 2 anos seriam suspensas com cumprimento das condições fixadas em lei; penas entre 2 anos e 4 anos seria fixado o regime aberto; penas entre 4 anos 8 anos seria fixado o regime semiaberto e, por fim, penas acima 8 anos seria fixado o regime fechado.

A fração originalmente pensada para progressão de regime era única para todos os delitos sendo de $\frac{1}{6}$ e constituía o critério objetivo (temporal). O critério subjetivo se baseava no comportamento do sentenciado durante a execução da pena e sua “evolução” moral e comportamental para a vida em sociedade. Para a avaliação do critério subjetivo foi instituída a realização do exame criminológico, produzido por equipe técnica do presídio

Podemos perceber que a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 e a Lei de Execuções Penais como originalmente pensadas privilegiavam o sistema progressivo e de ressocialização com uma lógica de regimes e fração para progressão de forma a tornar exequível o sistema de pena inicialmente pensado.

Com o advento da Constituição de 1988 e os ideais principiológicos de controle do poder punitivo estatal, bem como princípios protetores da humanidade em todas as áreas da sociedade, se esperava um contínuo fortalecimento dos direitos e da legislação penal, privilegiando-se uma visão redutora de danos no âmbito da pena, todavia, a realidade fática seguiu caminho totalmente inverso com a chegada de legislação que aumentava o poder punitivo do Estado em detrimento da população vulnerável.

Como destaca Paganella Boschi:

haja vista o incremento do Estado Policial-Penal em detrimento do Estado-Social, visível em leis como a dos crimes hediondos (8.072/90), do trânsito (9.503/97), do crime organizado (9.034/95), dos crimes de “guarda”, “posse” e “transporte” de armas (9.437/97), dos crimes de proteção ambiental (9.605/98), dentre tantas outras. **Essas leis, em reiterados retrocessos, produziram a quebra do princípio da progressividade nos regimes;** (2013, v. 6, p. 122).

A lição do autor é precisa, pois, as referidas legislações usurparam a lógica dos regimes de pena e as progressões de regime imaginada na Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 e na Lei de Execuções Penais. A quebra do sistema progressivo é instaurada a partir dos anos 90.

O Estado brasileiro nos anos 90 cedeu às tendências legislativas criminais punitivistas lideradas pelos Estados Unidos, com discursos de tolerância zero, da teoria das janelas quebradas e institucionalização do *three-strikes* (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 122). Indica Paganella Boschi que as tendências punitivistas geradas como reação ao aumento da violência, da criminalidade e da impunidade a partir dos anos 80, falharam ao culpar o novo modelo de pena implantado, ignorando fatores como a mudança do perfil do país de excessivamente agrônomo para o aumento de áreas industriais e da ausência de políticas públicas voltadas à solução problemas sociais (2013, v. 6, p. 214).

Como indica Salo de Carvalho, tais legislações se desenvolvem por forte sentimento populista, representado em uma cultura repressiva existente na fala da população, sendo legitimada e espalhada pelos meios de comunicação e, por fim, incorporada por importantes teóricos da comunidade acadêmica (2020, v. 3, p. 122). Valdirene Daufemback no mesmo sentido, percebe que essas ideias são influenciadas pela “opinião de senso comum da população, que expressa comumente o desejo da repressão violenta aos “bandidos” através de castigos cruéis, sacrifícios, penas longas, isolamento, ambientes insalubres, submissão e perda total dos direitos dos criminosos” (2005, p. 37)

A legislação penal posterior à promulgação da Constituição de 1988 é extremamente retrógrada, retornando a ideias quase inquisitórias há muito tempo superadas, restando um desserviço. O primeiro grande golpe contra o sistema progressivo foi efetivado pela Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Foi o “ingresso formal do Brasil na era do punitivismo” (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 337).

Na Lei n. 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, havia previsão expressa de vedação à progressão de regime para os sentenciados que cometeram crimes hediondos e embrutecimento de diversos outros benefícios previstos anteriormente. Era privilegiada a punição desmedida e sem qualquer razoabilidade. Destaca Valois: “A Lei de Crimes Hediondos esqueceu tudo para criar uma pena nova, sem nexos, sem coerência, desumana” (2012, p. 173).

Há uma clara inconstitucionalidade no dispositivo que impede a progressão de regime. Dois julgados do Supremo Tribunal Federal se destacaram na matéria: o HC no 69657-1/SP, julgado em 18 de dezembro de 1992, e o HC no 82.959-7, julgado em 23 de fevereiro de 2006. No primeiro julgado o plenário decidiu pela constitucionalidade do disposto na Lei de Crimes Hediondos e no segundo foi declarada sua inconstitucionalidade.

No HC no 69657-1/SP, julgado em 18 de dezembro de 1992 o plenário decidiu pela constitucionalidade do disposto na Lei de Crimes Hediondos, sendo o voto vencedor do Ministro Francisco Rezek que entendeu não haver descumprimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não poderia consertar os erros do legislador em juízo de conveniência. Entendeu o plenário que o princípio da individualização da pena não se estenderia à execução.

No HC no 82.959-7, julgado em 23 de fevereiro de 2006, foi declarada a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 2º da Lei 8072/90, tendo desaparecido do ordenamento jurídico brasileiro o cumprimento integral no regime fechado por previsão legal explícita. O voto vencedor foi do Ministro Marco Aurélio que repetiu o voto proferido no HC no 69657-1/SP e destacou:

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a

merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HABEAS CORPUS* 69423-3 São Paulo. Relator: Min. Francisco Rezek, 18 de dezembro de 1992)

Percebeu o Ministro que usurpar o sistema progressivo é usurpar a própria lógica imaginada pelo legislador no âmbito das leis penais, além de ferir o princípio da individualização da pena, da ressocialização e da humanidade.

Entre ambos os julgados existe um vácuo temporal de 15 anos. Nas palavras de Salo de Carvalho:

Esta morosidade do Supremo em analisar a matéria – que em inúmeros aspectos acena como negligência – **permitiu que, ao longo dos 15 anos de vigência da obstrução da progressão de regime, houvesse uma radical alteração nos fundamentos do sistema punitivo nacional.** Para além de ser uma das principais causas da ampliação superlativa do encarceramento nacional nas últimas décadas, a Lei dos Crimes Hediondos **provocou uma efetiva mudança na cultura punitiva**, sobretudo no que diz respeito à substituição da perspectiva ressocializadora pelas funções gerencialistas de controle punitivo. (2020, v. 3, p. 339)

Durante 15 anos os direitos de sentenciados foram negados, o número de encarcerados no Brasil cresceu e a cultura justificadora da pena mudou no contexto brasileiro. As consequências da morosidade do Supremo Tribunal Federal foram de alto custo social.

A Lei de Crimes Hediondos representou o primeiro passo para possibilitar o cumprimento integral no regime fechado da pena privativa de liberdade, pois procedeu uma mudança ideológica política criminal.

Como reação célere à decisão proferida pelo Supremo, o legislador realizou nova mudança na progressão de regime dos sentenciados que cometeram crime hediondo. Dessa forma, se não foi possível ao legislador impossibilitar a progressão de regime, ele dificultou a concessão do benefício. Foi através da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (pouco mais de 1 ano depois da decisão) que foram fixadas as frações de 2/5 para os hediondos primários e 3/5 para os hediondos reincidentes.

Novamente foi colocada em xeque a lógica proposta pelo sistema progressivo. Vejamos. O sentenciado primário condenado por crime hediondo precisa cumprir 2/5 para progredir para o regime semiaberto e depois mais 2/5 para progredir para o regime aberto,

todavia, antes de progredir para o regime aberto, ele iria ter direito ao livramento condicional (VALOIS, 2012, p. 176).

Em prol de ideias punitivistas, o legislador penal continua a aviltar direitos, Os efeitos são o aumento do encarceramento e segregação de grupos sociais. Podemos observar que:

Se analisarmos a curva de encarceramento brasileira, com especial ênfase aos crimes hediondos e os seus equiparados, é possível diagnosticar a ausência de um impacto direto ou uma relação direta entre o incremento do punitivismo e a diminuição dos delitos. E não é necessário um olhar refinado sobre o problema, pois a mera análise de dados permite esta conclusão. (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 89)

Segue o autor:

Na atualidade, com o abandono (material) das políticas penal-welfare e a **ressignificação da prisão como mecanismo de exclusão e controle, as violências institucionais acabam sendo potencialidades em níveis indecentes.** (2020, v. 3, p. 156)

Os efeitos das mudanças legislativas demonstram claro desrespeito à ordem constitucional da pena e aos princípios penais, além disso, funcionam apenas como mecanismos de segregação social e de aumento do poder punitivo do Estado.

A violência, por sua vez, não diminui e o número de encarcerados aumenta. O encarceramento em massa é legitimado por uma cultura punitivista, que dialoga com ideias de merecimento que são senso comum. Por sua vez, o aumento do encarceramento acontece em “decorrência de um modelo político-econômico que necessita neutralizar em guetos os consumidores falhos, não esporadicamente identificados como grupos de risco” (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 156).

As frações de 2/5 e 3/5 tornaram o sistema progressivo deficitário e promoveu uma incongruência entre sistema da pena e princípios regedores da pena, todavia, o legislador considerou tal aumento insuficiente e ineficaz. Surge então a Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como pacote anticrime. Nossa análise será centrada na mudança das frações para progressão de regime e do aumento do limite de cumprimento de pena estabelecido pelo artigo 75.

Na exposição de motivos é colocado que “É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural” e, portanto, considera “que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior

agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas.”. E valendo-se de Guilherme Nucci considera “a criminalidade organizada atentatória aos direitos humanos, inclusive porque impede investimentos sociais em saúde, educação, moradia e trabalho”.

Dessa forma, o Projeto de Lei (PL 882/19) nasce com o papel de atualizar a legislação penal à nova realidade, sendo essa, nas palavras do projeto, de avanço da criminalidade e de acuação da população brasileira diante da violência. Sendo assim, tinha como objetivo dar maior agilidade às ações penais, efetividade no cumprimento das penas e endurecimento do cumprimento das penas.

A lei parte do princípio de que o tratamento penal brasileiro é “leve”; que endurecer as penas e o cumprimento de penas é fator eficaz para reduzir o avanço da criminalidade e que as penas não são efetivas (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 163).

O pacote anticrime se enquadra com perfeição no quadro expressado anteriormente de discursos populistas de uma cultura punitivista, sendo parte do discurso eleitoral sustentado para ganhar maior base eleitoral.

Dessa forma, a Lei parte do princípio de que o sistema progressivo é mera flexibilização da pena e, por conseguinte, a torna mais branda. Sendo assim, considera que o sistema progressivo gera um aumento na criminalidade e na violência, pois estabelece um sentimento de impunidade aos sentenciados. A progressividade sob esse prisma torna as penas inefetivas e pouco severas.

A Lei realiza mudanças nas frações para progressão com maior enfoque nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Esse enfoque pode ser percebido na exposição de motivos: “Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são interligados e interdependentes”.

As mudanças estabelecidas atingem todas as frações preexistentes e fixa novas frações. O texto original do artigo 112 da Lei de execuções fixava fração única de 1/6 para todos os delitos; com o advento da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 foram fixadas novas frações para os crimes hediondos, a saber 2/5 para os primários e 3/5 para os reincidentes.

Vejamos as significativas mudanças fixadas no bojo da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019:

A fração de 1/6 para os crimes comuns foi alterada para uma nova escala de percentual de cumprimento de pena correspondente a crimes com e sem violência ou grave ameaça, com variação também relacionada à circunstância de ser o réu primário ou reincidente, nos seguintes termos (art. 112, I a IV, da LEP): a) 16%- para delitos sem violência ou grave ameaça, primário- Artigo 112, inciso I, da LEP; b) 20%- para delitos sem violência ou grave ameaça, reincidente- Artigo 112, inciso II, da LEP; c) 25%- para delitos com violência ou grave ameaça, primário- Artigo 112, inciso III, da LEP; d) 30%- para delitos com violência ou grave ameaça, reincidente- Artigo 112, inciso IV, da Lei de Execuções Penais.

A fração de 2/5 e 3/5 - Art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 para os crimes hediondos e equiparados foi alterada e subdividida de acordo com a primariedade ou a reincidência, variando, também, de acordo com o resultado morte ou não, nos seguintes termos (art. 112, V a VII, da LEP): a) 40%- para delitos hediondos ou equiparados, primário- Artigo 112, inciso V, da LEP; b) 50% para delitos hediondos ou equiparados se houver resultado morte, primário, sendo vedado o livramento condicional- Artigo 112, inciso VI, alínea "a", da LEP; c) 60%- para delitos hediondos ou equiparados, reincidente - Artigo 112, inciso VII, da LEP; d) 70%- para delitos hediondos ou equiparados se houver resultado morte, reincidente, sendo vedado o livramento condicional- Artigo 112, inciso VIII, da Lei de Execuções Penais.

Por fim, foram criadas frações para os casos de comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado e milícia privada. Fixando, portanto: a) 50% - Artigo 112, inciso VI, alínea "b", da LEP; b) 50% - Artigo 112, inciso VI, alínea "c", da LEP.

O pacote anticrime, sob o pressuposto de que a progressividade torna as penas inefetivas e pouco severas, altera o artigo 112 da LEP e gera um sistema de pena totalmente diferente do imaginado pelo legislador da Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 e da Lei de Execuções Penais. Toda a lógica inerente aos regimes de pena e às progressões de regime foi totalmente deturpada. São fixadas 10 frações diversas que variam de 16% a 70%.

O sistema progressivo se torna em grande parte inexecutável devido às alterações. Por exemplo, ao sentenciado primário condenado por crime hediondo com resultado morte é aplicada a fração de 50%, dessa forma nunca irá progredir de regime se tiver pena igual ou superior a 80 anos. Outro exemplo, ao sentenciado reincidente condenado por crime hediondo

com resultado morte é aplicada a fração de 70%, dessa forma nunca irá progredir de regime se tiver pena igual ou superior a 58 anos.

Quando se menciona a inexecuibilidade do sistema progressivo, logo vem ao imaginário popular penas extremamente altas de 300, 200 ou 100 anos. A realidade fática do sistema progressivo brasileiro gerada pelas alterações legislativas, contudo, mostra a inexecuibilidade do sistema progressivo para sentenciados com penas de 58 anos, 67 anos etc.

Essa situação pode ser numericamente expressa pelos dados do sistema penitenciário coletados de julho a dezembro de 2021. De acordo a INBOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), 6.705 sentenciados têm pena maior que 50 anos no Brasil, sendo que 1.683 têm pena superior a 100 anos. Desses 6.705, apenas 82 estão em prisão domiciliar (SISDEPEN, 2021).

As alterações legislativas ocorridas ao longo da história no sistema constitucional brasileiro são no mínimo revoltantes e totalmente desproporcionais. Geram uma realidade de hiperencarceramento de estrutura autoritária, inquisitorial, punitivista e excludente.

O pacote anticrime também trouxe em seu bojo alteração do art. 75 do Código Penal que dispõe sobre o limite de cumprimento de pena, explicado anteriormente. Antes da vigência da Lei nº 13.964/19, o texto do Código Penal estabelecia um limite de 30 anos. O texto do artigo 75 do Código Penal foi alterado e, por sua vez, passou a estabelecer um limite de cumprimento de pena de 40 anos, o que representa expressivo aumento de 10 anos.

O aumento do limite de cumprimento de pena representa um regresso extremamente significativo em matéria de direitos humanos e do próprio sistema constitucional da pena. Nesse sentido, conclui Salo de Carvalho:

Em um contexto no qual se declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ou seja, **se reconheceu a desumanidade e a crueldade de um modelo prisional** que viola abertamente a cláusula constitucional de respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, Constituição), **aumentar o tempo de cumprimento representa, inexoravelmente, um retrocesso na proteção dos direitos fundamentais dos presos, motivo pelo qual a Lei Anticrime não estaria conformada constitucional e convencionalmente.** (2020, v. 3, p. 518)

A alteração legislativa deve ser analisada no contexto em que ela é aplicada, ou seja, no sistema prisional declarado como estado de coisas inconstitucional. Aumentar o prazo máximo do cumprimento das penas nesse contexto demonstra uma total irracionalidade do

legislador penal. É desconsiderada a realidade fática em prol do punitivismo e do discurso político populista.

O aumento de 10 anos se torna extremamente relevante quando analisado no contexto fático do sistema prisional brasileiro. O efeito é o de legitimação e densificação da violência institucional (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 162), já normalizada no contexto penitenciário. Se o limite legalmente estabelecido tem como finalidade a concretização da vedação às penas perpétuas e cruéis, como explicitado anteriormente, o aumento de 10 anos e a mudança nas frações para progressão de regime representam um claro desrespeito ao princípio da vedação as prisões perpétuas, como iremos analisar no tópico 3.2.1.

As mudanças legislativas somente perpetuam o estado de inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro. Dessa forma:

A perversa equação que agrega **a histórica omissão de políticas sociais integradoras com a ingerência ativa na ampliação das hipóteses de criminalização (primária e secundária)** obtém, **como resultado, a barbarização dos espaços de encarceramento** – barbarização das prisões significa **a manutenção, pelo poder público, de locais totalmente inadequados à implementação dos programas de ressocialização divulgados pelas próprias agências oficiais**; locais precarizados que, em razão dos déficits de investimentos, sequer propiciam condições de sobrevivência mínima aos apenados em cárceres, manicômios judiciais e instituições juvenis. (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 156)

Enquanto a construção histórica legislativa penal for de contínuo punitivismo com incontrolável elevação das penas, das frações para progressão de regime e afastamento de direitos, estará configurada a inconstitucionalidade do sistema penitenciário.

2.2. Do custo orçamentário do cumprimento integral

A construção histórica da legislação penal em bases punitivistas gerou um profundo aviltamento dos direitos constitucionalmente garantidos e de direitos humanos aos encarcerados. A possibilidade do cumprimento integral no regime fechado das penas privativas de liberdade é apenas um dos exemplos das consequências jurídicas geradas ao longo dos anos, todavia, as consequências dessa construção histórica trouxeram também custos orçamentários ao Estado que, por sua vez, não foram analisados no momento da proposição de alteração da legislação penal.

Vejam os impactos orçamentários ao Estado Brasileiro no caso da possibilidade do cumprimento integral no regime fechado das penas privativas de liberdade e das alterações no artigo 112 da LEP realizadas pelo Pacote anticrime.

Sublinha-se, que os cálculos que serão apresentados servem como mera estimativa, tendo em vista que os dados prisionais oficiais são imprecisos em relação a quantidade fática de pessoas presas nos presídios brasileiros e que, por sua vez, os cálculos de custos orçamentários nos casos de sentenciados que cumpriram a integralidade de sua pena no regime fechado durante 40 anos são realizados baseado na atual população carcerária e, dessa forma, não prevê o aumento da população carcerária e nem os reais efeitos práticos de mudanças legislativas recentes, como o pacote anticrime. Destaca-se, por exemplo, que no ano 2000 a população carcerária era de 232.755 e em 2021 foi de 670.714.

De acordo com levantamento realizado pelo CNJ, considerando as informações elencadas pelo INFOPEN, tendo como base a população carcerária de 2020, calcula-se que, devido às alterações no artigo 112 da Lei de Execuções Penais pelo Pacote anticrime, a progressão de regime aumentaria em média três anos para cada um dos sentenciados (CNJ, 2021, p. 55).

O custo médio mensal estimado por pessoa privada de liberdade no regime fechado é de R\$2.146 (dois mil, cento e quarenta e seis reais), sendo o valor mínimo do Estado de Pernambuco, de R\$ 955 (novecentos e cinquenta e cinco reais), e o valor máximo do Estado de Tocantins, de R\$ 4.200 (quatro mil e duzentos reais). O valor médio anual por sentenciado é de R\$ 25.753 (vinte e cinco mil, setecentos e cinquenta e três reais), sendo o valor anual máximo de R\$50.400 (cinquenta mil e quatrocentos reais) para o Estado de Tocantins (SISDEPEN, 2021).

O custo estimado por sentenciado pelas mudanças do Pacote anticrime no artigo 112 da LEP, pode alcançar em média R\$ 77.259 (setenta e sete mil, duzentos e cinco mil reais) (três anos no regime fechado). Em um sistema com a população carcerária presa em definitivo de 670.714 com 326.243 no regime fechado (SISDEPEN, 2021), isso representa um gasto total aos cofres públicos de R\$25.205.207.937 (vinte e cinco bilhões, duzentos e cinco milhões, duzentos e sete mil, novecentos e trinta e sete reais), pelos três anos a mais em regime fechado, levando em consideração os números carcerários apenas no âmbito estadual.

Como explicitado anteriormente, as mudanças legislativas criaram a inexecutabilidade do sistema progressivo para os sentenciados com múltiplas unificações de pena. Em termos práticos, esses sentenciados passariam 40 anos no regime fechado, sem progredir de regime. Vejamos os custos ao erário:

Tendo em vista que o valor médio anual é de R\$ 25.753,00 (vinte e cinco mil, setecentos e cinquenta e três reais), o custo total desses sentenciados, em média, é de R\$1.030.120,00 (um milhão, trinta mil e cento e vinte reais). No Brasil existem 1.675 sentenciados com pena superior a 100 anos e que provavelmente nunca irão progredir de regime (1.683 total menos 8 em prisão domiciliar) (SISDEPEN, 2021). Valendo-se desse número para alcançar uma estimativa, o custo estimado fático é de R\$ 1.725.451.000 (um bilhão, setecentos e vinte e cinco milhões e quatrocentos e cinquenta e um mil reais) para o Estado ao longo de 40 anos, levando em consideração a população carcerária em âmbito estadual e federal.

Por fim, para construir uma nova vaga o Estado gasta cerca de R\$ 49.000 (quarenta e nove mil reais). Considerando o déficit estimado de 205.912 vagas para sentenciados definitivos (SISDEPEN, 2021), o custo para superar o déficit é de R\$ 10.089.688.000 (dez bilhões, oitenta e nove milhões e seiscentos e oitenta e oito mil reais) .

Destacamos a fala do professor Paganella Boschi:

O Brasil aposta massivamente na eficiência das penas privativas de liberdade, mas nada faz para melhorar o ambiente onde são executadas. Os servidores penitenciários são mal remunerados, os direitos dos condenados nem sempre (na verdade, quase nunca) são respeitados, sendo está a maior causa de descontentamentos e de rebeliões. (2013, v. 6, p. 98)

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação demonstrou uma posição retrógrada contínua, buscando sempre soluções punitivas e apostando na eficiência e eficácia das penas privativas de liberdade. Os valores aplicados não são o suficiente para fornecer boas estruturas e, portanto, o respeito aos direitos básicos dos sentenciados.

Os valores estipulados representam o custo financeiro (insuficiente) para manter as decisões legislativas punitivas, todavia, o legislador não calcula os valores reais de suas decisões no âmbito penal. É rápido ao mudar a legislação penal, mas lento para calcular o peso de suas decisões. O legislador penal precisa entender que aumentar frações, aumentar o limite de cumprimento de pena, aumentar as cominações e tipos penais, ou seja, aumentar o poder punitivo do Estado, representa consequências nas diversas áreas da vida social. A aposta

punitivista representa não só retrocesso de direitos, mas um gasto público que não tem se mostrado eficiente em diminuir a criminalidade ou a violência no país. São valores absurdamente altos e, todavia, são insuficientes. A escolha punitiva não se mostra só ineficiente, mas custosa para o Estado.

Faz-se necessário a construção de mecanismos normativos que obriguem o legislador penal a produzir estudos sobre o real impacto orçamentário e social de suas decisões. Além disso, a construção dogmática de novas alternativas para limitar o poder punitivo do Estado em face da população vulnerável.

2.3. Da súmula 715 do Supremo Tribunal Federal

Como explicitado anteriormente, conforme enunciado da Súmula 715 do STF, o cálculo para progressão de regime deve ser feito com base no total das penas somadas, todavia, esse entendimento gera consequências graves. Iremos sustentar a necessidade de reforma de tal entendimento. Iremos analisar o HC 69.423-3/SP, julgado pelo STF, de relatoria do ministro Carlos Velloso, que representou a última discussão prévia à edição da Súmula 715 pelo pleno do tribunal. Segue a ementa:

“EMENTA: PENAL. "HABEAS CORPUS". TEMPO MÁXIMO DE EFETIVO ENCARCERAMENTO. CÓDIGO PENAL, ART. 75.

I. - A norma do art. 75 do Cód. Penal refere-se ao tempo de efetivo encarceramento, trinta anos. Esse limite não constitui, porém, parâmetro para a concessão de benefícios da execução, como o livramento condicional ou o regime prisional semi-aberto.

II. - "Habeas corpus" indeferido”.

A ementa segue o entendimento firmado pelo parecer da Procuradoria-Geral da República, na pessoa do Subprocurador-Geral Haroldo Ferraz da Nóbrega. É praticamente uma cópia do entendimento firmado pelo órgão, para o julgamento do *Habeas Corpus*.

Como explicitado anteriormente, o entendimento do tribunal é de que o limite disposto no artigo 75 do Código Penal refere-se unicamente ao cumprimento do tempo efetivo de pena e, portanto, não constitui parâmetro para a concessão de benefícios durante a execução penal. O parâmetro aplicado pelo tribunal é o total da pena.

O relator Ministro Carlos Velloso foi o voto vencedor e firma que:

“o limite do efetivo encarceramento, estabelecido no art. 75 do Cód. Penal, não constitui parâmetro para a concessão de benefícios da execução, como o livramento condicional ou o regime prisional semi-aberto (Cód. Penal, art. 33; LEP, art. 112). Uma coisa é a unificação de penas que, somadas, ultrapassam o limite de trinta anos, com a finalidade única de evitar o encarceramento por tempo superior ao limite inscrito na lei (C.P., art. 75), outra é considerar o citado limite para o fim servir de base para benefícios que têm assento no pressuposto da pena efetivamente imposta”.

O ministro sustenta seu entendimento no parecer da Procuradoria-Geral da República que, por sua vez, vale-se do HC nº 194-SP (891694-6), da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. O argumento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça e reafirmado pela Procuradoria-Geral da República é de que:

Admitir-se o contrário, **seria utilizar a lei penal como estímulo à multiplicidade delitiva**, desde que assegurava uma vantagem ao criminoso condenado a cento e cinquenta ou mais anos de reclusão, de obter livramento condicional ou progressão, no mesmo tempo de um condenado somente a uma pena ou mais, sem ultrapassar o limite de trinta anos de reclusão.

No mesmo sentido, o parecer destaca as palavras de Damásio de Jesus, manifestada em artigo publicado no "Estado de São Paulo", edição de 05.05.85: “Se o limite máximo de trinta anos regular todos os institutos penais, o condenado, a partir da imposição de tal pena obtém **um bill total de impunidade no tocante ao excesso**”.

Podemos perceber que a fabulação utilizada pelo parecer da Procuradoria-Geral da República e adotada pelo Ministro Carlos Velloso é de que, ao definir o limite do artigo 75 do Código Penal como base de cálculo para os benefícios da execução, o Poder Judiciário estaria estabelecendo *bill* total de impunidade e, portanto, um estímulo à multiplicidade delitiva.

O Ministro Celso de Mello sustenta que a limitação do cumprimento de pena é o justo ajustamento do Código Penal com a Constituição Federal, tendo em vista que: “encontra-se a prisão de caráter perpétuo, cuja cominação é proibida, de modo categórico, por nosso ordenamento positivo”. Sublinha que o Artigo 75 do Código Penal estabelece o máximo de pena juridicamente exequível em nosso ordenamento, sendo a única finalidade do artigo, portanto, a de proibir a prisão perpétua no Brasil.

No julgado em análise, o Ministro Marco Aurélio votou contrariamente à jurisprudência firmada pelo tribunal. No entendimento do Ministro, a reforma da Parte Geral de 1984 mudou o disposto no artigo 75:

“Enquanto a disciplina anterior apenas indicava a impossibilidade de alguém permanecer por mais de trinta anos atrás das grades, a atual dispõe sobre o surgimento do que se denomina "pena unificada" e é esta, a alcançar quase

uma existência - os trinta anos - que deve ser considerada para todos os efeitos legais”.

Dessa forma, a disciplina do artigo 75 ganharia novos contornos com a reforma de 1984. Ele ampara o seu argumento pela inovação legislativa trazida pelo §§1º e 2º do artigo 75. Pelo §1º do artigo 75 do CP teríamos que: “Contempla o instituto da unificação da pena, a implicar o somatório de tantas quantas foram impostas ao agente, para chegar-se à pena única, observado o limite de trinta anos”. E conclui que no processo de unificação:

“As diversas penas impostas deixam de existir, passando o agente a estar sujeito, para todos os efeitos legais a uma só pena, quer por observância cogente do limite de trinta anos, quer em face da conclusão sobre a continuidade delitiva”.

Além disso, ele salienta que a Reforma de 1984 foi construída sob as bases de: “o condenado ter presente a esperança de dias melhores, procurando, com esse objetivo, pautar a vida na clausura de forma harmônica com as noções de disciplina e, até mesmo, de arrependimento”. Dessa forma, os novos dispositivos deveriam ser interpretados nessa ótica, ou seja, sempre procurando dar esperança ao sentenciado de alcançar a obtenção dos benefícios.

Nesse mesmo sentido percebe o ministro Marco Aurélio em seu voto, no julgamento do HC 69.423-3/SP, que: “a visão restritiva acaba por alijar o instituto (livramento condicional) em alguns casos como o dos autos. É que, pressupondo o cumprimento de mais da metade da pena, o fator temporal nem sempre é alcançável”, ou seja, seria vedado ao sentenciado a esperança de dias melhores. Portanto, a lógica imaginada pelo reformador não é compatível com o entendimento firmado pelo tribunal.

Conclui o ministro: “Afastar tal possibilidade (reintegração) não presta serviço ao interesse público, implicando a regressão a períodos de há muito suplantados”. Afastar a lógica do sistema progressivo de pena e da alteração do artigo 75 seria prejudicial à própria sociedade e ao interesse público, pois seria afastada a lógica reintegrativa.

Leciona José Antonio Paganella Boschi:

“...é agressiva ao princípio da humanidade das penas, data venia, a orientação pretoriana consubstanciada na Súmula 715 do STF, que elege a soma das penas impostas como base de cálculo para a concessão dos benefícios executórios. **Em termos práticos, muitos condenados acabam cumprindo penas perpétuas**”. (2013, v. 6, p. 39)

O autor é preciso em sua conclusão, o STF ao fixar como base de cálculo a soma das penas impostas para a concessão dos benefícios executórios não conjecturou as consequências práticas aos sentenciados. A bem da verdade, grande parcela dos sentenciados nunca atinge as frações para benefícios; ou progridem somente para o regime semiaberto e nunca para o aberto ou nunca progridem de regime.

Os requisitos objetivos de diversos institutos (livramento condicional, progressão de regime etc) são sacrificados por tal entendimento. Como vem sendo explicitado, sentenciados com penas altas cumprem a integralidade de suas penas em regime fechado em situação análoga à perpétua.

Se o argumento vigente na Suprema Corte é de que o Artigo 75 do Código Penal estabelece o máximo de pena juridicamente exequível em nosso ordenamento e, por conseguinte, atua unicamente como vedação à prisão perpétua, ao fixar como parâmetro o total da pena para concessão de benefícios, o tribunal age de forma paradoxal e permite que sentenciados cumpram a integralidade de suas penas em regime fechado e, portanto, tal entendimento iria contra a própria vedação à prisão perpétua.

Rodrigo Roig afirma:

“Não parece acertada esta solução, **pois desrespeita os princípios da legalidade** (não há exigência legal de que as frações para os direitos incidam sobre o total da pena) **e individualização da pena** (penas elevadas tornam inviável a fruição dos direitos, desprezando-se as peculiaridades de cada caso)”. (2018, v. 4, p. 173)

Além disso, resta claro um total desrespeito ao princípio da legalidade/taxatividade ao exigir que as frações sejam cumpridas com base no total da pena. Com a vigência da Lei nº 13.964/19, a situação de desrespeito aos direitos dos sentenciados foi agravada. Como destacado anteriormente, o limite da pena foi aumentado em 10 anos e as frações para concessão de benefícios foram aumentadas.

Se faz necessária, portanto, uma revisão do entendimento jurisprudencial na matéria em questão. A atual situação é de total descaso e desrespeito aos princípios constitucionais da pena e, por conseguinte, aos direitos dos sentenciados. Com a atualização da legislação penal se exige uma atualização do entendimento jurisprudencial.

O entendimento do Ministro Marco Aurélio destaca que suplantar os direitos dos sentenciados de progressão de regime e livramento condicional significa necessariamente tirar

a esperança dos condenados e usurpa a própria sistemática imaginada para a pena. Sistemática idealizada para privilegiar a reintegração do sentenciado à sociedade, sem a qual é possível vislumbrar um retorno a momentos obscuros da história da humanidade.

3. Do sistema penitenciário brasileiro

Declarado em situação de inconstitucionalidade pela ADPF 347, o sistema prisional brasileiro passa por sérias falhas e problemas sistemáticos. Após 6 anos do julgado muita coisa se mantém, como demonstra o informe publicado pelo CNJ em junho de 2021: *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição*, que iremos analisar adiante.

A normalidade no sistema penitenciário brasileiro é a de presídios superlotados, estruturas prisionais degradantes, seletividade sistemática penal, mortes e rebeliões, situação de saúde deteriorada, baixo acesso à justiça, direitos sociais básicos desrespeitados etc.

Importante frisar que, embora reconhecido o estado de coisas inconstitucional, tal inconstitucionalidade não tem se mostrado suficiente a convencer magistrados a, amparados nos princípios e garantias maiores e pautados pela proporcionalidade, deixarem de aplicar os entendimentos consolidados, e acima expostos e criticados, em prol do arrefecimento do estado de coisas inconstitucional que, em última análise, viola sistematicamente as garantias dos presos.

Esse contexto deve ser levado em consideração para a análise da compatibilidade do cumprimento integral da pena privativa de liberdade no regime fechado, tendo em vista que os problemas estruturais sistemáticos geram por si só um ambiente de desrespeito a direitos humanos básicos e muda a noção de proporcionalidade da pena. Dessa forma, cumprir 1 ano de pena privativa de liberdade em uma penitenciária que respeita os direitos dos sentenciados é proporcionalmente diferente de cumprir 1 ano em uma penitenciária superlotada com estruturas degradantes (CNJ, 2021, p. 58).

Nesse sentido destacou o Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS julgado pelo STF: “mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação”.

Cumprir uma pena privativa de liberdade de 40 anos em sua integralidade no regime fechado em um sistema penitenciário em situação de inconstitucionalidade fere qualquer noção de proporcionalidade penal proporcionada pelo sistema constitucional republicano democrático.

Para uma melhor análise do contexto de cumprimento de pena desses sentenciados iremos analisar primeiramente a ADPF 347 julgada pelo Supremo Tribunal Federal; depois, os números mais recentes do sistema prisional; e, por fim, como isso afeta a análise do juiz da Vara de Execuções na concessão de benefícios.

3.1. Da ADPF 347

O julgado do Supremo Tribunal Federal teve como ementa:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.**

A ação foi protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e tinha por finalidade o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de medidas providenciais estruturais, tendo em vista a lesão de preceitos fundamentais dos presos gerados por ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

O principal argumento utilizado foi o de que a superlotação e as condições ultrajantes do sistema prisional brasileiro geraram uma situação de incompatibilidade com a Constituição Federal e, por sua vez, a ofensa de preceitos básicos como a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura, do tratamento desumano, o direito ao acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho e à segurança dos presos, sendo esse cenário gerado por atos comissivos e omissivos, incluídos de natureza normativa, administrativa e judicial. Como destacado no relatório do Ministro relator Ministro Marco Aurélio:

“Em relação ao mérito, discorre sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. **Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”.** Destaca as seguintes situações: celas **superlotadas,**

imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 346 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015)

Foram realizados oito pedidos de medidas cautelares, a saber: a) aos juízes e tribunais- que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplica medidas cautelares alternativas; b) ao juízes e tribunais- que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas; c) ao juízes e tribunais- que considerem, fundamentalmente, o quadro do sistema penitenciário no momento do implemento de medidas cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes- que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; e) ao juiz da execução penal- que venha a abrandar os requisitos temporais para fruição de benefícios e direito dos presos; f) ao juízes da execução penal- que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica; g)- ao Conselho Nacional de Justiça- que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal; h) à União- que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, sendo que apenas os pedidos cautelares “b” e “h” e as questões principais de mérito foram aceitos.

De forma preliminar considerou o tribunal que houve a adequação da via eleita tendo em vista o preenchimento dos requisitos: violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

A situação de penúria do sistema penitenciário foi reconhecida pelos ministros e, por conseguinte, o estado de coisa inconstitucional. A decisão não poderia ser diferente dadas as condições dos presídios no Brasil. Foi lembrada pelo Ministro Marco Aurélio a declaração do Ministro de Estado da Justiça na época, José Eduardo Cardozo, em lançamento de uma pesquisa sobre a população carcerária feminina, de que as prisões brasileiras são verdadeiras “masmorras medievais” e de que ele iria preferir morrer a ficar em uma delas.

Foi considerado que o quadro de falência e de degradação não é exclusivo desse ou daquele presídio, sendo assim engloba todas as unidades da Federação. O estado de inconstitucionalidade é sistemático e, portanto, nacional.

A comissão e omissão pelo Poder Público foi percebida pelo Ministro Marco Aurélio pela própria inexistência de interesse de agir ou de criar uma pauta política de proteção: “Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema (penitenciário)”. Também nesse sentido:

“As questões atinentes ao sistema penitenciário nacional há muito não encontram espaço fértil ou adequado de tratamento pelos poderes Executivo e Legislativo. **Os direitos dos encarcerados não encontram qualquer espaço na criação e implementação de políticas públicas (Executivo) e tampouco em qualquer atuação legislativa (Legislativo)**”.

Como sublinhado anteriormente, é perceptível ao longo das mudanças legislativas um total desinteresse do poder legislativo em proteger direitos ou mudar a realidade do cumprimento de pena na realidade brasileira. O interesse tem sido aumentar penas e aumentar o poder punitivo do Estado.

O caminho percorrido pelo Supremo é no sentido de impor aos poderes obrigações com os direitos dos sentenciados e ampliar a proteção prevista na Lei, sendo reconhecida a obrigação Estatal de promover o cumprimento de pena que respeite os direitos promulgados em Lei.

Conforme bem observa o Ministro Marco Aurélio em seu voto: “**Quando o Estado atrai para si a persecução penal** e, por conseguinte, a **aplicação da pena visando à ressocialização** do condenado, **atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela**”. Sendo assim, é reconhecido pelo Tribunal que o Estado, ao assumir a responsabilidade da persecução penal, assume também a responsabilidade e o dever de respeito à dignidade dos condenados e, portanto, deve agir através das diversas vias disponíveis, seja legislativa, administrativa ou judicial, para promulgar os direitos constitucionalmente garantidos.

O ministro reconhece que a persecução penal tem como fim a ressocialização, todavia, observa que:

“**Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade**, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: **o reincidente passa a cometer crimes ainda**

mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas”.

É reconhecido que as condições de cumprimento de pena não servem para ressocializar os condenados, acontecendo justamente o contrário, o aumento da criminalidade e o aumento da gravidade dos delitos cometidos pelos sentenciados. O próprio sistema favorece o aumento da criminalidade, portanto, o argumento de que o sofrimento dentro dos presídios deve ser agravado ou mantido serve como um propulsor do aumento da violência estatal e das taxas de criminalidade.

Conclui o Ministro valendo-se das lições da professora Ana Paula de Barcellos:

“o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: **a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência**” (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público”.

A pena nessas condições, portanto, não serve à sociedade e nem aos sentenciados que estão sob a tutela Estatal.

A decisão proferida pelo tribunal representou um importante avanço para criar um debate técnico e dogmático para se superar a situação de descaso e profundo desrespeito aos direitos básicos dos sentenciados. Além disso, evidenciou a situação de penúria do sistema penitenciário e legitimou através de decisão judicial as diversas vozes que expõem as mazelas de um sistema falido.

Por fim, destacamos o excelente voto do Ministro Marco Aurélio:

“a conclusão deve ser única: **no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica.** A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. **As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre**”

3.2. Seis Anos depois da ADPF 347

Apesar da grande relevância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, podemos perceber que após seis anos da declaração da situação de inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro a situação de penúria e violação de direitos fundamentais se mantém de forma sistemática. Para uma melhor análise iremos nos valer dos dados disponibilizados pelo Sistema de Informação do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) referentes ao período de julho a agosto de 2021 e pelos dados coletados pelo informe produzido em junho de 2021 pelo Conselho Nacional de Justiça “*O sistema prisional brasileiro fora da Constituição- 5 anos depois*”.

Primeiramente iremos analisar a relação entre o número de pessoas encarceradas e o número de vagas no sistema prisional referente ao período de julho a dezembro de 2021.

No âmbito estadual, presos em celas físicas, temos um total de 670.714 sentenciados, sendo 326.243 em regime fechado, 124.481 em regime semiaberto, 20.241 em regime aberto, 296.830 presos provisórios, 891 em tratamento ambulatorial e 2.028 em medida de segurança. O número de vagas para atender essa população carcerária é de 464.802, sendo assim há um déficit de 205.912 vagas (SISDEPEN, 2021).

O déficit no número de vagas atinge todos os regimes de cumprimento de pena previstos na Lei de Execução Penal, mas, principalmente, o regime fechado e os presos provisórios, totalizando um déficit total de 204.185 nessas duas modalidades de pena (SISDEPEN, 2021).

Considerando toda a população carcerária ativa (celas físicas, prisões domiciliares, monitoramento eletrônico etc.), o número de sentenciados é de 835.643 sendo desses 227.622 presos provisórios, ou seja, cerca de 27.239% da população carcerária (SISDEPEN, 2021).

A taxa de aprisionamento ficou registrada em 318,58 a cada 100 mil habitantes e um crescimento de 1.02% da população carcerária em 2021. É mantido um alto déficit no número de vagas por presos ativos em celas físicas, bem como uma taxa crescente na taxa de aprisionamento e da própria população carcerária (SISDEPEN, 2021).

Em relação à seletividade penal referente ao período de julho e dezembro de 2021, cerca de 293.089 dos sentenciados estão presos por crime contra o patrimônio e 202.264 estão presos por crimes tipificados na Lei de drogas, sendo assim 495.353 pelos referidos tipos penais e representando, portanto, 69,37% da incidência dos tipos penais. Em melhor

detalhamento o tipo de tráfico de drogas previsto no Artigo 12 da Lei 6.368/76 e no Artigo 33 da Lei 11.343/06 representa um total de 167.992 presos e, por sua vez, o roubo qualificado representa um total de 165.961 (SISDEPEN, 2021).

Dando sequência a análise da seletividade penal, temos que a grande parcela das pessoas privadas de liberdade tem entre 25 e 29 anos, representando 21,96% e cerca de 147.268 pessoas. Em segundo lugar estão as pessoas privadas de liberdade entre 35 e 45 anos, representando 21,95% e cerca de 147.240 pessoas. Sendo assim, a maior parcela é de pessoas jovens presas por crimes contra o patrimônio ou crimes tipificados na Lei das Drogas, mais especificamente os tipos de tráfico de drogas e roubo qualificado (SISDEPEN, 2021).

Em relação às estruturas físicas do presídio em matéria de direitos básicos, tais como saúde, educação e trabalho, podemos observar ainda uma precariedade sistemática. Os números que serão apresentados fazem referência ao âmbito estadual para pessoas presas em celas físicas referente ao período de julho e agosto de 2021.

Nos 1.381 presídios presentes em 2021 no país, existem 961 consultórios médicos, 706 consultórios odontológicos, 688 salas de atendimento clínico multiprofissional, 723 salas de curativo, sutura, vacinas e posto de enfermagem dentre outros tipos de estruturas de saúde. Em relação às estruturas específicas temos 1 equipe própria de pediatria, 4 equipes próprias de ginecologistas, 6 equipes próprias de nutricionistas, 10 creches, 49 berçários ou centro de referência materno-infantil dentre outras (SISDEPEN, 2021).

O quantitativo de funcionários efetivos também se mostra insuficiente, sendo de 772 doutores odontológicos, 1.636 enfermeiros, 925 clínicos gerais, 2.511 auxiliares e técnicos de enfermagem, 1.201 psicólogos, 279 psiquiatras, dentre outros (SISDEPEN, 2021).

No período em análise o quantitativo de morte foi de 961. Sendo na população carcerária masculina: 70,86% de óbitos naturais/óbitos por motivos de saúde, 11,16% por crimes, 7,04% por suicídios, 10,95% por acidentes e sem estáticas de óbitos por causas desconhecidas. Na população carcerária feminina: 68,42% de óbitos naturais/óbitos por motivos de saúde, 15,79% por suicídios e 7,89% por causas desconhecidas (SISDEPEN, 2021).

Os dados laborais também são expressivos. Do total da população carcerária de pessoas presas em celas físicas em âmbito estadual apenas 19,25% (129.133 sentenciados)

possuem trabalho, seja interno ou externo. Desse total, a maior parcela realiza trabalho interno, sendo na população carcerária masculina: 81,55% em trabalho interno e 18,45% em trabalho externo e na população carcerária feminina temos: 91,46% em trabalho interno e 8,54% em trabalho externo (SISDEPEN, 2021).

No que faz referência aos dados educacionais, do total da população carcerária de pessoas presas em celas físicas em âmbito estadual apenas 49,08% (329.199 sentenciados) realizam algum tipo de estudo dentro do presídio (SISDEPEN, 2021).

Os números do sistema prisional brasileiro continuam demonstrando um total desrespeito de direitos básicos dos sentenciados em todas as áreas de análise. Cinco anos depois da decisão que declarou o sistema em situação de inconstitucionalidade, a situação se manteve. Na realidade, vem sendo agravada por inovações legislativas positivistas, como o pacote anticrime aprovado depois da ADPF 347.

Continua sendo um sistema superlotado com grande déficit no número de vagas; um sistema extremamente seletivo; com estruturas físicas extremamente precárias; com um número baixo de estruturas médicas e quantitativo de funcionários da área da saúde gerando uma alta mortalidade dentro dos presídios; desrespeita o direito ao trabalho e estudo dos sentenciados desfavorecendo a reintegração dos sentenciados no âmbito social.

3.3. Contexto de aplicação para todos

Esse contexto apresentado anteriormente é de suma importância para qualquer análise que envolva o cumprimento de pena, seja uma análise dogmática, judiciária, legislativa ou administrativa. Essa é apenas uma pequena visão numérica e quantitativa de como realmente a pena é aplicada e direcionada para aqueles que estão sob a tutela Estatal. Leciona Luiz Carlos Valois: “A técnica jurídica pode favorecer a beleza de um trabalho acadêmico, mas não permitirá a narração da angústia que se vive no interior do cárcere, onde verdadeiramente se realiza o direito penal.” (2012, p. 100)

A real severidade de pena pode ser percebida por diversos ângulos. As condições em que as penas são cumpridas revela uma desproporcionalidade e contrariedade à própria Constituição gerando penas extremamente severas e cruéis.

É sempre imposto ao condenado arcar com os custos da ineficiência do sistema e do próprio Estado, mesmo assim sempre é punido com o maior rigor possível e os juízes das Varas de Execuções sempre exprimem a interpretação mais desfavorável ao sentenciado.

Resta que:

“Essa verdadeira legião cumpre suas penas em ambientes degradantes, e aqueles condenados que conseguem recuperar a liberdade nem sempre se livram dos estigmas causados pelo confinamento carcerário e têm enormes dificuldades para se ajustarem ao mundo em liberdade, regido por valores completamente distintos daqueles que presidem a vida dentro das penitenciárias”. (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 55)

O aplicador do direito deve levar em consideração tal contexto ao julgar. Como assevera o ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADPF 347: “Não podemos mais continuar a falar da existência desse sistema prisional como se estivéssemos a reclamar do frio ou do calor, como se não tivéssemos nenhuma influência na lamentável situação a que chegamos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 346 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015). E ainda afirmou:

“A situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, **vergonhoso para todos nós**. E como tenho destacado, nós não temos, no âmbito do Judiciário, **sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema.**” (idem, 2015)

O juiz de Execuções Penais ao interpretar a Lei e os direitos previstos aos sentenciados, seja de progressão de regime ou livramento condicional, deve sempre levar em conta o contexto em que as penas são aplicadas pois qualquer decisão tem influência na manutenção ou assolação da situação de inconstitucionalidade do sistema penitenciário.

Como explicitado anteriormente, cumprir 1 ano de pena privativa de liberdade em uma penitenciária que respeita os direitos dos sentenciados é proporcionalmente diferente de cumprir 1 ano em uma penitenciária superlotada com estruturas degradantes (CNJ, 2021, p. 18). A noção de proporcionalidade, severidade e aplicabilidade da pena muda totalmente nesses contextos diversos.

O cumprimento de pena no sistema penitenciário brasileiro por si só é desrespeito a direitos constitucionais básicos, sendo tal local um ambiente de vedações e das crueldades mais diversas. O número de suicídios dentro das penitenciárias é extremamente elevado e demonstra uma realidade fática alarmante.

O presente trabalho não poderia deixar de analisar esse contexto de inconstitucionalidade sistemática no sistema penitenciário brasileiro. O Direito penal é praticado e vivenciado dentro das penitenciárias pelos sentenciados.

No caso em análise são 40 anos de pena privativa de liberdade cumprida em sua integralidade no regime fechado. Isso significa 40 anos de penas cruéis e desumanas, em que os presos se tornam “lixo digno do pior tratamento possível” (Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal, Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.).

É um contexto de celas superlotadas, sem estruturas básicas, insalubres, com comida estragadas, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios, tortura e violência sexual contra os presos, ausência de assistência judiciária, inexistência do acesso à educação, à saúde e ao trabalho. É negado a eles todo e qualquer “direito à existência minimamente segura e salubre”. São 40 anos sem a uma existência minimamente digna.

Nesse sentido, afirma Valdirene Daufemback, “quando encarcerado, o indivíduo infrator não fica sujeito apenas à privação de sua liberdade que a Justiça o penitenciou. Os presos são submetidos a muitas formas de violência física, moral, sexual e social, representando uma sentença a mais a cumprir”. (2005, p. 33)

Capítulo II- Do modelo constitucional da pena

1. Do modelo constitucional da pena

Dispõe o art. 1 Da Lei de Execuções penais que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**”.

Na exposição de motivos da Lei de execuções penais no item 13 são fixadas duas ordens de finalidades para o artigo 1º:

“a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, **destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social**”.

O sistema constitucional da pena brasileiro adota um sistema progressivo com a transferência do sentenciado para regime menos rigoroso de forma a privilegiar a inserção dos sentenciados na sociedade de maneira gradual a fim de que venham a ter participação construtiva na comunhão social.

A Lei de Execuções Penais e Código Penal brasileiro se aproximam das teorias retributivas e preventivas -como destacados em nossos grifos- que fazem parte da velha criminologia. Tal aproximação pode ser observada com clareza no artigo 59 do Código penal, que versa:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Apesar da aproximação da Lei de Execuções Penais e da reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro com as teorias retributivas e preventivas pode-se vislumbrar a incompatibilidade de tais teorias com a ordem constitucional democrática republicana, estabelecida pela Constituição promulgada em 1988.

Analisaremos a seguir, individualmente, os modelos de pena: retributivo, preventivo e misto, sendo destacados o conceito/objetivo justificador da pena e as críticas doutrinárias sobre cada uma delas.

Após, analisaremos a proposta constitucional para a pena. Dessa forma, restará claro o modelo constitucionalmente amparado e recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Deste modo poderemos analisar a incompatibilidade do cumprimento integral no regime fechado da pena privativa de liberdade com o sistema constitucional da pena e os princípios regedores.

Cabe sublinhar que os modelos justificadores da pena surgem com a com “pretensão de cientificidade e de racionalização do poder soberano” (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 66). Parte-se do princípio de que o Estado tem o monopólio da coação legítima e as teorias de fundamentação da pena surgem como discursos racionais e legitimadores desse monopólio concebido através da pena (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 60).

1.1.Do modelo retributivo

Primeiramente iremos nos debruçar no modelo retributivo. Apesar de os modelos justificativos da pena surgirem na modernidade- como indica Salo de Carvalho (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 66)- o modelo retributivo da pena pode ser percebido desde antiguidade ainda como ideias prematuras. Paganella Boschi indica Aristóteles, na *Ética a Nicómacos*, na qual era concebido o criminoso, como inimigo da sociedade e, portanto, deveria ser castigado “tal qual se bate num animal bruto preso ao jugo” ou ainda podemos indicar a regra do tabelionato (2013, v. 6, p. 87).

A ideia central no modelo retributivo é de compensar o delito (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 87) e do restabelecimento do contrato social infringido (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 73). Dessa forma, a justificativa da pena é a compensação de um delito cometido por autor dotado de culpabilidade através de um mal penal.

Apesar de encontrarmos sinais do modelo retributivo na antiguidade, sua formulação de pretensão científica e racional ocorre como consequência das ideias iluministas propostas por Kant e Hegel. Portanto, o modelo retributivo parte do princípio iluminista do contrato social acordado entre os seus membros e, por conseguinte, o delito será entendido como uma ruptura do contrato social, ou seja, como uma quebra de cláusula contratual (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 75).

Se o delito é visualizado como uma quebra de cláusula contratual, então a pena é uma justa indenização pelo mal praticado. A concepção de pena estabelecida é de dívida, gerada pela necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento do contrato social. Podemos perceber com clareza a ideia de responsabilização pela violação do contrato social.

A noção de responsabilidade é pautada por um conceito de culpabilidade, fundamentada em uma ideia de livre-arbítrio. A análise da conduta humana é realizada em concepções metafísicas da vontade (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 97). Sendo assim, o indivíduo comete a quebra da cláusula contratual de forma consciente e livre e, portanto, deve ser responsabilizado pelo seu ato. A pena seria fixada como interesse da coletividade (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 80).

Essa noção de dívida está presente em frases muito comuns no ambiente carcerário, como: “estou pagando minha dívida” ou “pagando pelos meus atos” ou “quem planta, colhe”. Essa ótica de dívida está implementada no meio social de forma quase inconsciente, como

será analisado posteriormente. Muito observada em clamores populares por mais punição e falas de cunho religioso.

Observa Rodrigo Roig: “Em primeiro lugar aparecem as chamadas teorias absolutas, que concebem **a pena como um fim em si mesmo** (justa retribuição), **sem a projeção** de qualquer outro escopo e analisando o fato criminoso em **uma perspectiva pretérita** (quia peccatum est)” (2018, v. 4, p. 11).

Na justa retribuição a pena é um fim em si mesmo, ou seja, a sua finalidade não é meio para alcançar-se finalidade secundária qualquer que seja. Podemos perceber isso com clareza no modelo Kantiano da pena, onde a pena não poderia ter qualquer finalidade utilitária/relativa, dessa forma, qualquer finalidade de prevenção ou reforma seria considerado ilegítimo. A pena tem sua finalidade limitada em retribuir o mal causado pelo delito (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 75).

Como indica Salo de Carvalho: “A pena criminal, portanto, teria como exclusivo objetivo a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção e a sua própria justificação” (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 75). Restando dessa forma, a retribuição do mal pelo mal, sendo o Estado o único legitimado para tal retribuição.

Nessa ótica, resta estabelecida a vingança estatal pela quebra do contrato social. Na ideia moderna do estado ter o monopólio do poder da coação legítima como proposto por Weber, a pessoa ofendida espera a vingança estatal suprir sua necessidade de “justiça” (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 60).

A teoria retributiva carece de proteção do cidadão contra o Estado. Vejamos, o Estado é o único legitimado da coação e, portanto, age no interesse de reparar a violação do contrato social. Nessa lógica não é estabelecido ao Estado limites ao poder punitivo e de coação, desde que reparar a lesão causada pelo delito. Leciona Panella Boschi:

“A concepção da pena como retribuição sem limites atende muito bem aos interesses dos regimes totalitários, porque culmina por conferir um cheque em branco ao legislador para criminalizar e sancionar as condutas que bem entender e do modo como quiser, arredando o interesse na discussão sobre o conteúdo ético que relaciona os fundamentos e os limites do direito de punir”. (2013, v. 6, p. 88).

Em último aspecto indicado por Roig, a teoria retributiva analisa o fato criminoso em uma perspectiva pretérita, ou seja, a finalidade da pena é direcionada a retribuir fato que

aconteceu no passado, sem analisar as consequências futuras condicionadas pela aplicação da pena.

Na concepção de Hegel, “a pena é negação da negação do direito” (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 18), ou seja, a pena age como violência retributiva da violência que foi incorrida contra o ordenamento jurídico (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 75). Sendo assim, a pena é justificada pela necessidade de restauração do direito que foi usurpado pelo delito, sendo a pena, portanto, de caráter meramente retributivo.

A retribuição penal constitui um modelo duradouro na história do Direito penal. Salo de Carvalho indica que o modelo absoluto da pena estruturou os modelos jurídico-penais romano-germânicos até meados do século passado. Os impactos gerados podem ser percebidos na própria estrutura da dogmática penal, com ideias remanescentes na estruturação de conceitos como o da culpabilidade (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 77). Bem como, foi gerada uma lógica de equivalência entre o crime e o castigo que permanece na modernidade.

Apesar da retribuição penal ser percebida na dogmática penal moderna e no modelo de pena adotado pelo legislador no Código penal e Lei de execuções penais, podemos concluir que tal modelo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Essa conclusão é pautada pela incompatibilidade de diversos fatores que destacaremos a seguir.

Primeiramente, destacamos que a finalidade da pena não pode ser “castigar por castigar”. Como explicitado anteriormente, o modelo retributivo tem como finalidade da pena unicamente retribuir, ou seja, castigar; “pagar a dívida”; “restabelecer o ordenamento jurídico lesado”, carecendo, portanto, de um sentido ético que seja capaz de trazer ao bojo da teoria alguma legitimidade (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 99). É incompatível com a ordem jurídica qualquer finalidade de pena que seja isenta de algum fim social.

Nessa toada, como explicitado anteriormente, a teoria absoluta padece de limites ao poder punitivo estatal. É conferido ao legislador penal discricionariedade sem limites para poder punir e cominar penas.

Nesse sentido, afirma Salo de Carvalho:

Pelo contrário, o ideal retributivo pode legitimar, sobretudo em sociedades imersas na cultura punitivista, a aplicação de penas extremas e cruéis, se efetivado a partir de uma operação simplificadora de adequação ou de identificação entre a extensão do dano e a intensidade da pena (princípio taliônico). (2020, v. 3, p. 80)

A Carta Magna brasileira adota diversos princípios limitadores do poder punitivo, sendo inconcebível tal discricionariedade para o legislador penal. Além dos princípios constitucionais penais, podemos destacar as normas internacionais de proteção de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário.

Além disso, o modelo retributivo estimula o crescimento da prática do encarceramento e carece de respaldos éticos, morais, científicos e constitucionais.

1.2.Do modelo preventivo

Seguindo a análise dos modelos justificadores da pena, temos o modelo preventivo ou relativo da pena. Esse modelo parte da análise de qual fim a pena pode alcançar, ou seja, a pena é meio para alcançar determinada finalidade, a saber a prevenção de novos delitos. Dessa forma, o modelo preventivo tem um olhar para frente (*ne peccetur*) (ROIG, 2018, v. 4, p. 11).

A prevenção pode ser classificada como: especial (tem como destinatário o próprio infrator da Lei penal) e geral (tem como destinatário a sociedade no geral). A pena, portanto, é dirigida para transmitir uma mensagem ao “delinquente” e a própria sociedade.

Essa mensagem serve para: “intimidar e para neutralizar a prática de novos delitos ou, no conhecido brocardo, repetido em quase todos os livros de direito penal: *punitur et ne peccetur*, isto é, pune-se para que o indivíduo não mais peque” (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 91).

A teoria da prevenção castiga o infrator para afastá-lo de realizar novas infrações e, conseqüentemente, admoesta os que não cometeram a infração de praticarem qualquer tipo de delito sob pena de sofrer o mesmo castigo. A prevenção geral é baseada, portanto, em um estado de alerta para a sociedade sobre as regras estipuladas e o dever de agir de acordo com elas. A pena surgiria como uma ameaça a todos os participantes da coletividade, sendo uma espécie de força intimidadora. É concebida a ideia de um cidadão capaz de avaliar os riscos e benefícios de seus atos. (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 92)

Na prevenção especial podemos analisar duas direções de finalidade. A primeira faz referência ao afastamento do infrator do meio social, dessa forma, afastado da sociedade ele não pode cometer novos delitos. Sendo assim, a função é de segregar a “ameaça” em proteção da sociedade, tendo um caráter neutralizador no indivíduo. A segunda ordem de finalidade

trás objetivo ao afastamento, que, por sua vez, é a reforma do infrator. A pena ganha uma característica ressocializadora, tendo um caráter positivo de mudança no indivíduo. (VALOIS, 2012, p.79)

Leciona Paganella Boschi:

A pena com fim ressocializador foi enunciada por Franz Von Liszt na famosa Conferência de Marburgo (1822), já mencionada, ao afirmar que o direito penal tem por finalidade não só retribuir com a pena o fato passado ou prevenir novos delitos, mas também corrigir o corrigível e neutralizar ou tornar inofensivos os que não são corrigíveis nem intimidáveis (2013, v. 6, p. 94).

A pena ganha novos traços de finalidade no preceito ressocializador. Von Liszt ao propor um ideal de correção e neutralização propõe classificar os tipos de delinquentes, bem como as funções da pena aplicadas para cada um. (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 94)

A prevenção especial adentra em um modelo de pena centrado no indivíduo. Nesse sentido é preciso Salo de Carvalho ao afirmar: “Se o novo objeto de investigação e de intervenção das ciências criminais é o homem delincente, a resposta ao desvio punível deve tê-lo no centro do palco punitivo, vê-lo como o principal destinatário da sanção”. (2020, v. 3, p. 95)

Parte-se do princípio de que o indivíduo que delinque é carente e precisa de tratamento. Nas teorias desenvolvidas por Lombroso as causas geradoras do delito seriam orgânicas, psíquicas, hereditárias e adquiridas, saindo de tela o livre-arbítrio. Para o autor, existiriam os indivíduos sem esperança de tratamento e os que poderiam ser tratados (VALOIS, 2012, p.48 e 49).

É adotado, portanto, o conceito de periculosidade na análise dos sentenciados, sendo proposto um estudo do seu histórico de vida, familiar e social para encontrar a origem do ato delituoso.

Os grandes defeitos da teoria preventiva estão na necessidade contínua do aumento de penas e da falta de comprovação empírica da prevenção, seja geral ou específica.

Observe-se em relação ao aumento de pena. Na prevenção geral o poder punitivo do Estado não encontra limites fáticos. Se a punição e a pena são voltadas a comunicar uma ameaça aos não infratores, as penas podem ser elevadas até onde o Estado achar suficiente e eficaz para tal. Todavia, os altos níveis de pena carecem de comprovação fática e empírica na

dissuasão da prática criminosa, como afirma Paganella Bochi: “se a pena fosse, em si mesma, eficiente fator de intimidação, os índices de violência e de criminalidade, em países que adotam a execução capital, deveriam ser mínimos, ao contrário do que se verifica na atualidade” (2013, v. 6, p. 93). A prevenção geral sempre está a um passo de se tornar um Estado de terror imposto pelo próprio Estado (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 88).

Na prevenção especial, primeiramente em relação ao caráter neutralizador, sublinhamos que também ocorre um contínuo aumento de penas. O Estado, ao se deparar com a reincidência delituosa, fato que demonstra que a sanção não logrou êxito em transmitir temor por nova sanção, é obrigado a aumentar o quantitativo de pena. Dessa forma, os quantitativos de pena sempre aumentariam em prol do terror estatal.

Em relação ao caráter positivo da prevenção especial o contínuo aumento de penas é gerado pela incapacidade sistemática de a pena gerar mudanças reais no indivíduo que cometeu o delito.

Ao analisar a pena como tratamento para o delinquente, ela mudará em relação à quantidade e à qualidade, dependendo da evolução terapêutica do condenado, sempre sendo realizadas novas avaliações da evolução pessoal. A quantidade pode aumentar progressivamente de forma ilimitada diante da falta de demonstração de evolução pessoal.

Diante do prisma da pena como tentativa de tratamento do indivíduo delinquente ficam legitimadas práticas autoritárias no interior das instituições totais. A prisão se torna uma instituição total, incapaz de ressocializar e de respeitar os direitos humanos dos sentenciados.

Além disso, são legitimadas práticas características de sistemas inquisitórios com o uso de categorias amplas e de difícil conceituação, tal como periculosidade, personalidade, histórico de vida. É analisado o sujeito e não o fato delituoso. Como demonstra Valois, é comum em decisões pátrias a utilização do termo ressocialização para vedar direitos instituídos por lei (2012, p.239).

Por fim, Ricardo Lins Horta em seu artigo: *A desalentadora função das punições: revisitando as Teorias da pena à luz da Psicologia Experimental*, demonstra que argumentos da teoria da prevenção tem como plano de fundo um sentimento de retribuição. São utilizadas diversas pesquisas da Psicologia experimental para analisar a linha de raciocínio dos defensores da teoria da prevenção penal, todavia, é demonstrado que os argumentos

preventivos eram mera superfície das reais justificativas decisórias. Afirma o autor: “basta pontuar que as justificações que são utilizadas para a aplicação de uma pena não são necessariamente os motivos que internamente conduziram a essa conclusão”. E conclui: “o impulso primordial para punir alguém, em todos os estudos, parece ser retributivista, ainda que a justificativa discursivamente empregada seja outra” (2020, p. 9).

Apesar da aparente lógica preventiva, a sociedade avalia a noção de justiça em uma ótica de retribuição pelo delito cometido. Surge a imagem de um retributivismo oculto sendo manifestado sob a justificativa de que o condenado merece a sanção sofrida.

1.3.Do modelo misto

Por fim, cabe analisar os modelos mistos ou conciliadores. Os modelos mistos têm como tentativa solucionar os problemas apresentados no modelo absoluto e no modelo relativo através da combinação ou sobreposição dos modelos.

A modernidade representou uma tentativa contínua de proposição de modelos universais de legitimação/justificação da pena que poderiam ser aplicados a qualquer caso concreto, todavia, na atualidade os modelos universais passam por constante crise devido às suas lacunas e defeitos (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 67).

A tendência atual é a combinação de modelos, sendo impossível verificar um modelo totalmente puro na fundamentação e instrumentalização da resposta punitiva, como indica Salo de Carvalho (2020, v. 3, p. 142). Essa sobreposição pode ser percebida pelo uso de diversos conceitos e categorias na legislação penal de diferentes modelos de justificação.

Os modelos mistos representam uma tentativa de resgate dos modelos justificadores da pena, todavia, representam o esgotamento dos modelos universais. Ao sobrepor as teorias as lacunas e defeitos estariam sanados e a estrutura punitiva restabelecida (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 142).

Todavia, a sobreposição de modelos para a criação de modelos mistos não se mostra suficiente para resolver as lacunas e defeitos dos sistemas. Reunir conceitos disfuncionais na mesma teoria não soluciona, mas multiplica os problemas. Os conceitos que carecem de comprovação empírica seguem sem comprovação.

Observa Salo de Carvalho:

A opção das doutrinas penais pela criação de modelos unificadores parece revelar uma idealização romântica de que os sistemas são independentes, autônomos e autorreferenciais e, portanto, dotados de uma capacidade autogestionária na qual a integração de funções automaticamente corrige as crises, anulando as contradições e preenchendo as lacunas. (2020, v. 3, p. 142)

A tendência de adotar um modelo misto é altamente aderida no contexto dogmático brasileiro (HORTA 2020, p. 6). Conceitos de prevenção geral e especial e de retribuição são usados em conjunto, mas padecem dos mesmos defeitos apresentados anteriormente.

A crise dos modelos justificadores da pena foi gerada pela clara ineficiência, como podemos perceber:

A inviabilidade de sustentar a legitimidade das sanções em um exclusivo modelo intimidativo decorre, portanto, da percepção dos distintos impactos que os fatores criminalização e punição exercem sobre as pessoas, sobretudo em um período histórico de expansão do direito penal ... ao mesmo tempo que **produz altos índices de encarceramento de pessoas e de grupos vulneráveis à seletividade do sistema penal, diminui a confiança do corpo social no papel das instituições e dos seus atores em face da notória incapacidade de o Estado efetivar em pena a série de condutas criminalizadas.** (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 88).

1.4. Do modelo constitucional de fato

O modelo da retribuição penal gera um direito penal baseado nas desigualdades e camufla o sentimento de vingança estatal, baseado em uma noção de dívida. Além disso, carece de proteção aos cidadãos contra o poder punitivo do Estado, que tem liberdade de punir e cominar penas sem qualquer limite legal. Sendo a pena o fim em si mesmo e que não tem interesse em reintegrar os sentenciados ao convívio social.

Já o modelo da prevenção tem como base histórica e justificadora o espectro do condenado como ser anormal a ser “consertado” e, por muitas vezes, escondendo uma real lógica retributiva, como defende Ricardo Lins Horta. Acrescenta-se que ao tratar a pena como uma “ameaça” à sociedade e ao delinquente, a pena está sempre a um passo de se tornar um constante terror estatal baseado no estado de alerta. Por fim, há uma constante necessidade de aumentar as penas e tipos penais.

Rodrigo Duque Estrada Roig em sua obra Execução penal: teoria crítica, afirma que “é possível concluir que as finalidades de retribuição e prevenção especial positiva não foram

recepcionadas pela Constituição de 1988” (2018, v. 4, p. 13). A ordem constitucional estabeleceu um conjunto de regras e princípios com o propósito de limitar o poder punitivo do Estado e não o justificar.

Os modelos justificadores da pena servem justificam a expansão punitiva do estado (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 186), sendo incompatíveis com qualquer ideia de proteção proposta pela Constituição. Além disso, promovem a legalidade de violência institucional contra grupos vulneráveis da sociedade.

Salo de Carvalho expõem que:

No Brasil, conforme exposto anteriormente, **a ordem constitucional abdicou de atribuir qualquer sentido positivo (fundamentador) à sanção penal. No entanto, criou uma rígida cadeia de princípios limitativos** dentre os quais preponderam os princípios da pessoalidade, da individualização e da humanidade das penas, cenário que permite afirmar uma orientação político-criminal redutora (política de redução de danos). (2020, v. 3, p. 292)

Portanto, a preocupação constitucional não é de justificar o poder punitivo do estado, mas de criar princípios limitadores e protetores incompatíveis com qualquer ideia contrária e expansiva do poder punitivo. Dessa forma, a ideia central adotada pela constituição é de maximizar direitos fundamentais e reduzir danos (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 282).

Salo de Carvalho tira do princípio da Secularização um forte instrumento defensor de ingerências moralizadoras no direito penal (2020, v. 3, p. 274). Isso significa a proteção constitucional de qualquer reprovação penal baseada em sentimentos meramente morais, abstratos, sem comprovação empírica. O princípio da Secularização é amplamente amparado na Constituição e é incompatível com qualquer modelo justificador da pena que traz em seu bojo ideias abstratas, morais e sem comprovação empírica.

Podemos concluir que apesar do Código penal e da Lei de execuções penais terem se aproximado do modelo retributivo e preventivo da pena em um modelo misto, tal pretensão justificadora da pena não foi recepcionada pela constituição, sendo incompatível com os a cadeia de princípios limitativos regedores da pena.

Dessa forma, é necessário ao intérprete do direito realizar uma leitura progressiva, levando em consideração as bases democráticas extraídas dos fundamentos da carta magna, concedendo novos significados e finalidades à pena, afastando-se de forma efetiva da

retribuição e da prevenção especial, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento do estado constitucional brasileiro e, portanto, cerne interpretativo da Execução penal.

Afirma Luiz Carlos Valois: “O Estado Democrático de Direito tem que arcar com as consequências de ser um Estado de garantias, porque estas não são deste ou daquele, mas de todos nós” (2012, p. 236), portanto, o Estado Brasileiro deve aplicar a constituição e arcar com as consequências das escolhas constitucionais, sendo, portanto, vedada a aplicação de qualquer modelo justificador da pena no âmbito das execuções penais. E conclui Luiz Carlos Valois citando Greco: “para que o Estado Democrático de Direito não acabe sendo considerado como somente mais uma nomenclatura é necessário que os seus participantes sejam levados a sério” (2012, *apud* GRECO, 2009). O sentenciado é parte integral e participante do Estado Democrático de Direito e, dessa forma, deve ter seus direitos respeitados como tal.

Nesse mesmo sentido afirmou o Ministro Celso de Mello na ADPF 347: “A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 346 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015).

2. Uma visão redutora de danos

Como exposto anteriormente, a Constituição de 1988 se absteve de adotar qualquer modelo justificador da pena, todavia, criou um sistema de princípios e regras que procuram limitar o poder punitivo do estado.

Apesar de a Constituição não ter recepcionado os modelos justificadores da pena, ter criado um sistema de princípios e regras limitadoras do poder punitivo do Estado e ter conferido diversos Direitos às pessoas presas, ainda é presente na sociedade e poder judiciário a ideia de que os presos devem experimentar um grau de sofrimento necessariamente superior às pessoas livres, seja por motivações retributivas ou preventivas (ROIG, 2018, v. 4, p. 13).

Todavia, podemos perceber com clareza que a vontade constitucional não é de aumentar o sofrimento das pessoas presas. A lógica constitucional é da criação de uma orientação político-criminal redutora (política de redução de danos) (CARVALHO, 2020, v. 3,

p. 292) que minimiza os danos sofridos pelas pessoas presas. Essa orientação pode ser percebida pelos princípios regedores da pena que serão analisados em seguida.

Reale Jr. leciona que o sistema de direito penal está ancorado constitucionalmente e, desta forma, “(...) está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se aos princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se” (2020, v. 5, pg. 19).

A interpretação do Direito penal e suas disposições devem necessariamente passar primeiramente por um crivo constitucional, sendo exigido ao aplicador do direito uma interpretação que vise reduzir danos e procure limitar o poder punitivo do estado, estando vedada qualquer interpretação que promova expansionismo das mazelas dos encarcerados.

Rodrigo Roig afirma que:

“...é possível vislumbrar adequação como a exigência de que a execução da pena esteja em consonância com a vontade do constituinte, sob pena de inconstitucionalidade. **A vontade do constituinte, extraída do princípio da humanidade das penas, consiste precisamente na minimização da afetação das pessoas presas. Adequado, portanto, é o meio de execução penal que melhor contribua para a promoção dos fins propugnados (redução de danos)**” (2018, v. 4, p. 44).

No mesmo sentido, Salo de Carvalho afirma: “Reduzir o sofrimento seria a única justificativa válida para a atuação dos operadores do direito nas atuais condições em que a punição é exercida” (2020, v. 3, p. 182). E valendo-se de Zaffaroni conclui: “(...) A estratégia é clara: salvar vidas, diminuir a desigualdade, evitar o sofrimento (...)” (CARVALHO, 2020 *apud* ZAFFARONI, 1993). Dessa forma, consegue-se escapar de formas falhas, vazias, inconstitucionais e sem validade científica de aplicação da pena.

E reafirma a vontade constitucional redutora de danos ao afirmar que: “Esta variedade de dispositivos conforma uma cadeia de princípios humanistas que deve orientar as práticas punitivas, reforçando a ideia da instrumentalidade redutora (redução de danos) da dogmática penal” (CARVALHO, 2020, v. 3, p. 295).

Decorre da interpretação redutora de danos da constituição, portanto, um real e “autêntico dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas, sejam elas condenadas ou não” (2018, v. 4, p. 14). A execução penal deve necessariamente obedecer a vontade constitucional de minimização da afetação das pessoas presas.

Para uma real interpretação garantista do direito penal em busca de efetivar os direitos dos cidadãos presos é necessária uma leitura redutora dos danos. Como leciona Luiz Carlos Valois, a prisão ganha o nome de Pena Privativa de Liberdade, mas não é só a Liberdade que está sendo privada daquele indivíduo e não é só dele que algo está sendo privado (2012, p. 78). O cárcere só pode ser enxergado pelo prisma do dano e, por conseguinte, as suas disposições só podem ser interpretadas com base na ideia de redução de danos.

Nesse sentido está disposto nas Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos que:

O encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade. **Portanto, o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação**, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina.

O cárcere por si só é aflitivo e danoso à pessoa presa e, portanto, o sistema prisional não pode agravar o sofrimento e promover maiores danos. Uma interpretação expansionista de danos é inconstitucional e viola a ordem de regras internacionais das pessoas presas.

Além disso, Rodrigo Roig considera que a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais em matéria de execução penal deve ser *pro homine*, sempre buscando a solução que mais amplie o gozo e exercício de um direito, liberdade ou garantia (2018, v. 4, p. 16).

Dessa forma, surge a obrigação constitucional hermenêutica de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas em situação de cárcere. A execução penal deve ter como panorama interpretativo e normativo a redução de danos e vulnerabilidades, tendo como base uma interpretação *pro homine* de seus princípios orientadores.

O aplicador do Direito deve necessariamente buscar efetivar a vontade constitucional e os princípios que regem a pena. Nesse sentido afirma o Ministro Celso de Mello na ADPF 347/DF:

“Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de

Nessa toada, Salo de Carvalho afirma sobre uma posição redutora de danos e não justificadora da pena: “permite o operador jurídico atue consciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando o seu saber e a sua atuação para a máxima neutralização possível dos efeitos da prisionalização e para a diminuição da vulnerabilidade dos indivíduos e dos grupos criminalizados” (2020, v. 3, p. 188). O operador do direito precisa agir de forma consciente da real situação do sistema prisional e, portanto, agir de forma redutora e ativa para concretizar os preceitos Constitucionais.

3. Dos princípios constitucionais da pena

Resta claro que a Constituição Federal de 1988 não adotou nenhum modelo justificador de pena, todavia, criou uma série de princípios e regras limitadoras do poder punitivo do Estado. Dessa forma, a própria Constituição estabelece uma visão redutora de danos que serve de parâmetro interpretativo e de aplicação do Direito penal e de execução penal.

Nesse tópico iremos analisar a compatibilidade do cumprimento integral da pena privativa de liberdade no regime fechado com os princípios constitucionais da pena em uma visão redutora de danos.

Iremos analisar o princípio da humanidade das penas, da isonomia, da intranscendência mínima e da individualização da pena, sendo destacado inicialmente a capacidade de tutela dos princípios constitucionais.

Além da própria Constituição iremos amparar os princípios nas normas de direito internacional de caráter supranacional, das quais o Brasil é signatário. Destarte, destacamos o quinto princípio dos Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos da ONU:

“Exceto no que se refere às limitações comprovadamente necessárias em virtude do encarceramento, **todos os reclusos continuam a gozar os direitos humanos e liberdades fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem** e, caso o Estado em questão neles seja parte, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e no Protocolo Facultativo a este último, **bem como todos os outros direitos consagrados em outros tratados das Nações Unidas.**”

Sobre a aplicação imediata das normas de caráter supralegal afirmou o Ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF 347:

“...o Pacto de São José da Costa Rica possui status supralegal, conforme entendimento firmado por esta Corte, e, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, **suas normas têm aplicação imediata** e, portanto, não pode ter sua implementação diferida ao fim da assinatura dos respectivos convênios de cooperação técnica.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015).

3.1. Da tutela dos princípios

A Execução penal deve ser interpretada e aplicada de acordo com os princípios orientadores fixados na Constituição Federal, no Código penal, no Código de processo penal, na Lei de Execução penal e tratados e convenções internacionais, tendo esses princípios força normativa e capacidade de tutelar o direito das pessoas presas nos casos concretos.

Nesse sentido afirma Roig: “há que se reconhecer que a declaração dos direitos não pode se conservar como corpo de regras meramente programáticas, mas efetivas, que inclusive vão além da Lei de Execução Penal, podendo advir de quaisquer outros regramentos, nacionais ou internacionais”(2018, v. 4, p. 66).

No caso em estudo, os internos não irão progredir para regime semiaberto ou aberto antes de atingir o limite legal de cumprimento da pena privativa de liberdade. Em um sistema prisional superlotado, com condições desumanas, com relato de comidas estragadas, com condições sanitárias deploráveis, com pouco contato com a sociedade, declarado em estado de coisa inconstitucional etc; o cumprimento da integralidade da pena em regime fechado constitui uma afronta ao sistema constitucional da pena e aos princípios regentes da execução penal.

3.2. Do princípio da Humanidade das penas

O princípio da humanidade amplamente amparado pela Constituição no princípio da dignidade humana e no princípio da prevalência dos direitos humanos garante ao condenado que ele não será submetido a tratamento cruel ou degradante e à pena de morte, cruel ou perpétua. Conforme consagrado pelo Artigo 5º, inciso XLVII; “não haverá penas: **a) de**

morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; **b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis**”.

O princípio da humanidade está consagrado na ordem internacional pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (no artigo 5), nas Regras Mínimas das Nações Unidas para tratamento de presos (regra 43) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 10, item 1).

Afirma Roig que é possível considerar o princípio da humanidade o cerne de uma visão moderna e democrática da execução, sendo pautada pela precedência e ascendência substancial do ser humano sobre o Estado (2018, v. 4, p. 21). Enfatiza-se, portanto, a superioridade do princípio da dignidade humana sobre o poder punitivo do Estado. Sendo assim, impossível imaginar um sistema de execução penal desligado do princípio da humanidade.

Nesse sentido afirma o Ministro Celso de Mello na ADPF 347:

“considerada a centralidade desse postulado essencial (princípio da dignidade humana) (CF, art. 1º, III) – **significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País** e que traduz, de modo expressivo, **um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte**, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 346 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015).

Na exposição de motivos do Código penal em sua 35 disposição é fixado que:

“a fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. **A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.**”

Apesar de a exposição de motivos não ter força normativa, percebemos com clareza que o sistema progressivo de pena decorre da humanização da pena, sendo ele, suprimido resta somente ao sentenciado a desumanidade e o dano estatal sem legitimação humana.

No HC 82.959/SP de relatoria do excelentíssimo Ministro Marco Aurélio de Mello julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Cezar Peluso valendo-se do Doutrinador

Alberto Silva Franco considerou o sistema progressivo como o ponto de inserção em que se estabelece conexão entre os princípios da igualdade, da individualização e da **humanidade da pena**. E afirmou em seu voto: **“Deveras, a aniquilação do sistema progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena”**, transformando a pena em uma resposta estatal **que paga o mal com o mal”**.

No caso em análise, a parcela da liberdade suprimida pela ausência de progressão nunca mais será retomada, constituindo, assim, verdadeira retribuição penal tal qual ocorria com a Lei de Talião, desrespeitando a execução da pena, portanto, o princípio da humanidade. Ao obstar do sentenciado a possibilidade de trabalho externo, saídas temporárias, convívio familiar pleno, resta a situação de inconstitucionalidade.

Como explicitado anteriormente, o modelo retributivo da pena não foi recepcionado pela Constituição e é incompatível com as ideias republicanas promulgadas. Sendo inexecutável o sistema progressivo resta a vingança estatal em todo seu fervor e o resultado não poderia ser diferente: uma total desumanização da pena e um retorno aos tempos obscuros da história da humanidade.

A impossibilidade de progressão por mais de 40 anos, tendo em vista a regra estabelecida no parágrafo segundo do artigo 75 do Código Penal, veda ao sentenciado a esperança. Se a liberdade é o maior interesse do preso, sendo a reclusão e isolamento a síntese da antinatureza humana, a vedação de progressão é tirar a esperança de humanidade possível. Afinal, qual é o nível de humanidade restante a uma pessoa encarcerada a 40 anos?

Do princípio da humanidade decorre a proibição da prisão cruel. O Constituinte teve a preocupação de vedar a imposição e a execução de qualquer pena com requinte de desumanidade. Se a pena de morte e a pena de prisão perpétua não são as penas cruéis a que o constituinte se refere (VALOIS, 2012, p. 173), então o que poderia ser mais cruel do que manter um sentenciado sem esperança em um sistema prisional em situação extremamente precária por 40 anos?

Considera Roig: “Em nosso país, soa paradoxal a relação entre execução da pena e humanidade, pois com os cárceres e agências do sistema penal que possuímos, a injunção da pena privativa de liberdade acaba por prescrever a própria violação de direitos humanos”

(2018, v. 4, p. 19). O próprio sistema judiciário prescreve frações abusivas, penas extremamente altas e, por conseguinte, a própria violação de direitos humanos básicos.

O princípio da humanidade decorre diretamente do princípio da dignidade humana e do princípio da prevalência dos direitos humanos. A dignidade humana parece ser mero conceito abstrato, todavia, é um sentimento concreto, real, vivenciado pelo ser humano (VALOIS, 2012, *apud* SARLET, 2007). A negação da humanidade da pena é a própria negação da dignidade humana dos sentenciados.

Nesse sentido o Ministro Luiz Fux no seu voto na ADPF 347 afirmou:

“E como o princípio da dignidade da pessoa humana está estampado no artigo 1º, fala-se pouco na existência digna. Entretanto, **quando a gente faz visita à penitenciária, o que há é uma ausência do existir digno e não uma experiência digna que nem os presos, nessa altura, de alguma forma, esperam.**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015)

O resultado, portanto, é de incompatibilidade com o princípio básico norteador para a interpretação de uma execução humana, democrática e constitucional.

3.2.1. Da vedação a penas perpétuas

Como explicitado anteriormente, o princípio da humanidade garante ao condenado que não será submetido a tratamento cruel ou degradante e à pena de morte, cruel ou perpétua, todavia, no caso em estudo o sentenciado acaba sendo submetido à situação análoga a perpétua. Relacionar o caso concreto com o termo “situação análoga à perpétua” não é mera hipérbole, mas um fato.

Nesse parâmetro, Paganella Boschi estabelece que a vedação à pena de prisão perpétua permite manter a esperança do sentenciado de um dia voltar ao seio do convívio social e, dessa forma, mantém a possibilidade de reintegração. Vedada a esperança, o sentenciado se torna um morto-vivo (2013, v. 6, p. 127). É possível dizer que, nos casos em análise, a esperança mantida é ínfima depois de 40 anos encarcerado e, em parâmetros concretos, os sentenciados, nessas condições, saíram do encarceramento idosos. É necessário realizar uma análise etária e da expectativa de vida das pessoas em situação de cárcere.

De acordo com dados do IBGE, a expectativa de vida do brasileiro médio é de 76,8 anos (IBGE, 2020), todavia a expectativa de vida da pessoa encarcerada é menor. Relatório do CNJ averiguou que a pessoa encarcerada tem cerca de 2,5 vezes mais chances de ser morta, 28 vezes mais chances de contrair tuberculose e que os casos de HIV e AIDS são duas vezes maiores do que os da população no geral (CNJ, 2021, p. 18). Portanto, as estruturas precárias do sistema prisional brasileiro reduzem significativamente a expectativa de vida do encarcerado. O encarceramento, nas condições atuais do sistema penitenciário brasileiro, se torna um fator de agravamento na vulnerabilidade do quadro de saúde das pessoas presas.

Dados colhidos do período de julho a dezembro de 2021 pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) comprovam que a maior parcela das pessoas privadas de liberdade tem entre 25 e 29 anos, representando 21,96% e cerca de 147.268 pessoas. Em segundo lugar estão as pessoas privadas de liberdade entre 35 e 45 anos, representando 21,95% e cerca de 147.240 pessoas (SISDEPEN, 2021).

No caso em análise o sentenciado ficaria 40 anos no sistema carcerário, sem progredir de regime e retornando abruptamente para a sociedade. Considerando a idade mínima de 18 anos para ser preso em definitivo no sistema prisional brasileiro, isso significaria entrar aos 18 anos e sair com 58 anos sem que lhe sejam ofertadas oportunidades de emprego externo ou convívio familiar durante todo o período. Considerando, ainda, que a maior parcela das pessoas privadas de liberdade tem entre 25 e 29 anos, isso significaria no mínimo entrar com 25 e sair com 65 anos ou no máximo sair com 69 anos.

Considerando que a expectativa de vida do brasileiro médio é de 76,8 anos, o sentenciado sair com 58 anos ou com 65 anos ou 69 anos do regime fechado direto para o regime aberto representa uma real ofensa ao princípio da humanidade e vedação à prisão perpétua. A situação é agravada pela redução da expectativa de vida gerada pelo próprio encarceramento em um período extremamente longo e desproporcional.

Dessa forma, admitir que os sentenciados saiam do regime fechado depois de 40 anos reclusos e, logo após, sejam abruptamente transferidos para a liberdade, na verdade representa uma afronta à proibição das penas perpétuas ditada pelo princípio da humanidade. Não resta ao sentenciado uma real e verdadeira esperança de ser reintegrado à sociedade para uma vida diária, tendo em vista que a expectativa de vida restante ao sentenciado é menor do que a expectativa de vida geral da população.

O sentenciado é transformado em uma espécie de morto-vivo, que nunca terá a esperança de realmente ser reintegrado à sociedade. A liberdade lhe é conferida de volta (de forma abrupta), mas não lhe é conferida a oportunidade da cidadania plena.

A progressividade do sistema ofertaria ao sentenciado oportunidades de manter a esperança de ser reintegrado à sociedade, apesar de todas as dificuldades já enfrentadas por ex-presidiários em nossa sociedade.

3.3.Do princípio da Isonomia

Além de afrontar o princípio da Humanidade das penas, pode ser percebida clara afronta ao princípio da isonomia, estabelecido na Constituição Federal, no art. 5º, XLVIII, ao determinar que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito”, sendo corolário direto do princípio de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput, da CF).

A possibilidade de cumprimento da pena integralmente no regime fechado por 40 anos acaba por criar uma nova forma de pena, diferente daquelas aplicadas aos demais sentenciados. Tal possibilidade é gerada através de um vácuo normativo que gera um regime desumano que, conforme defendido anteriormente, é análoga à prisão perpétua. Institui-se, assim, um tratamento desigual entre os sentenciados.

O princípio da isonomia determina que cada regime seja cumprido em estabelecimento penal diferente para que não houvesse tratamento desigualitário entre os presos, como leciona Valois. Dessa forma, presos com os mesmos direitos são mantidos em estabelecimentos iguais.

Nesse sentido, leciona Valois:

“Não foi por acaso que o legislador determinou que cada regime se cumprisse em estabelecimentos penais distintos, fechado em penitenciária, semiaberto em colônia agrícola e aberto em casa do albergado, **para que não houvesse tratamentos dissonantes, com presos com certos direitos diferentes dos outros no mesmo ambiente.** Tal situação só causa desconforto, desentendimentos e mesmo revolta entre a população carcerária. Um preso não pode estar na mesma cela que outro, quando as penas de cada um proporcionam formas de execução diversas” (2012, p. 170)

No caso concreto sentenciados que jamais terão direito à progressão de regime são mantidos juntos com pessoas que têm a progressão como garantia. Se através das contínuas mudanças legislativas é gerado um novo tipo de pena em que é vedado ao sentenciado a progressão de regime, o Estado deve arcar com as consequências e respeitar o princípio da isonomia, mantendo os sentenciados que nunca irão progredir de regime em ambiente separado.

Cabe destacar que uma pessoa encarcerada mantém todos os seus direitos de cidadão, incluindo direitos humanos e liberdades fundamentais, enunciadas em tratados de direito internacional, exceto aqueles que foram expressamente tirados dele pela lei, sendo assim, sujeito de direitos e de isonomia.

3.4.Do princípio da Intranscendência mínima

Nessa toada podemos observar claro desrespeito ao princípio da intranscendência mínima. Na visão redutora de danos a pena deve passar o mínimo possível da pessoa do condenado e fatores externos ao evento delitivo concreto igualmente devem passar o mínimo possível à pessoa do condenado.

Nesse sentido, de acordo com dados coletados pelo CNJ, a pena não atinge somente a pessoa que está encarcerada, atingindo também familiares e pessoas próximas sendo em média 17 pessoas por pessoa encarcerada (CNJ, 2021, *apud* GODOI, 2010) . A situação em análise mantém esse custo social por um alto período.

Sob outro aspecto, é possível dizer que o retorno abrupto do preso à sociedade é prejudicial não só ao sentenciado, mas à toda a sociedade, o que representa ofensa ao princípio da intranscendência mínima.

Nesse sentido, a posição do Ministro Marco Aurélio no HC 69. 657.1/SP julgado pelo STF:

“Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem a movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo...”

Observa o ministro que outorgar a progressividade é interesse social e recebê-lo embrutecido após um longo período preso não presta serviço à sociedade. A afetação social deve ser observada e calculada como consequência direta do próprio encarceramento.

É, portanto, necessária uma análise que busque uma menor afetação da própria coletividade. Outro efeito direto é a proibição de utilizar-se de critérios abstratos em desfavor da pessoa presa; tal como o aumento da criminalidade ou falta de estrutura prisional para tais casos.

3.5.Do princípio da Individualização da pena

Por fim, alicerçado no julgamento do HC 82.959/SP pelo Supremo Tribunal Federal de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, resta claro que o princípio da individualização da pena se estende à execução penal. Dessa forma, tal princípio não se limita à atividade legislativa ou à fixação da pena pelo juízo de conhecimento. Destacamos o Voto do Ministro Cezar Peluso, valendo-se das palavras de Alberto Franco: “E conclui, em nosso entender, acertadamente, que "excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado 'sistema de individualização científica', da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena”.

No mesmo sentido o voto do Ministro Marco Aurélio: “Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema”.

Salo de Carvalho chama a atenção: “pois é durante a execução penal que a sanção será adequada (individualização executória)” . E no mesmo sentido: “Desta forma, a indicação realizada pelo juiz sobre o regime de cumprimento é sempre provisória, **pois é durante a execução penal que a sanção será adequada (individualização executória)**”(2020, v. 3, p. 358). A lição do autor é precisa, pois é na execução que a sanção penal é adequada e devidamente individualizada com a concepção progressiva de liberdade durante o decorrer da própria execução.

É no § 2º do art. 33 do Código Penal que se instrumentaliza a individualização da pena na execução, sendo fixado que as penas privativas de liberdade obedecerão à forma

progressiva, ou seja, que durante a execução a sanção será adequada às condições do condenado, com a progressão ou regressão dos espaços de liberdade.

Leciona Salo de Carvalho: “criou-se uma rígida cadeia de princípios limitativos dentre os quais preponderam os princípios da pessoalidade, da individualização e da humanidade das penas” (2020, v. 3, p. 292). O princípio da individualização da pena é muito caro ao nosso ordenamento, tendo finalidade de delimitação do poder punitivo estatal nas diversas instâncias do sistema de pena.

Contextualizando o princípio em uma visão redutora de danos, Rodrigo Roig expõe:

“faz-se necessário concluir que a individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como, fpor exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto de lei, mas em virtude da necessidade de individualização)” (2018, v. 4, p. 31).

No caso em análise resta vedada a possibilidade da atuação da Vara de Execuções penais na efetivação do princípio da individualização da pena que, por sua vez, está impedida de no decorrer da execução adequar a sanção às condições do condenado e aos seus atos, com a progressão ou regressão dos espaços de liberdade, sendo o regime fechado a única possibilidade de execução. Vedar o sistema progressivo da execução penal é uma afronta direta ao princípio da individualização da pena.

Capítulo III- Da institucionalização e progressão de regime

1. Da institucionalização e reintegração

1.1.Da institucionalização e instituições totais

Note-se que o legislador fixou no Art. 1º da Lei de Execuções Penais que um dos objetivos da execução penal é proporcionar uma harmônica integração social do condenado. Como leciona Concepción Arenal: “não se pode fazer o homem próprio para a sociedade, senão por intermédio da sociedade” (VALOIS, 2012, *apud* ARENAL, 1895), portanto, faz-se necessário, para uma integração harmônica, a própria sociedade e a execução da pena tem como objetivo proporcionar os meios dessa integração.

A reintegração harmônica e progressiva ao meio social é direito subjetivo do apenado e somente assim poderá ser reintegrado de forma plena. A execução da pena privativa de liberdade deve oportunizar condições de integração do sentenciado à sociedade, seja pela oferta de trabalhos externos, saídas temporárias, educação preparatória para o mercado de trabalho ou ensino fundamental ou médio.

Nos casos em estudo os sentenciados irão cumprir a totalidade de sua pena no regime fechado, respeitado o limite constitucional de 30 anos (anterior a Lei 13.664/19) ou 40 anos, passando por um processo de institucionalização no presídio, em que sua instituição de vida se torna o presídio deixando de ser a possível vida em sociedade.

Sobre o processo de institucionalização, Alvino Augusto de Sá observa:

“o preso estabelece e desenvolve com a edificação carcerária uma relação simbiótica. Uma relação de reavivamento, de seleção, de reforçamento de experiências. Uma relação simbiótica que, conforme passam os anos de prisão, em sua incomparável rotina diária (e graças também a essa rotina), certamente vai se sedimentando cada vez mais. Ela será tanto mais intensa e **criará sulcos tanto mais profundos**, quanto maior for o isolamento, e **quanto maior for a pena**. Portanto, é provável que tal relação do preso com a edificação carcerária venha a lhe criar marcas em seu psiquismo, tanto mais ressonantes quanto mais exclusiva e duradoura tiver sido a supracitada relação”. (DE SÁ, 1990, v. 247, pg. 247)

E conclui o autor, ressaltando que:

“o preso, ao longo de sua relação simbiótica com esse espaço restrito e desumano, irá restringindo sua própria dimensão de vida, seus movimentos vitais, seus movimentos respiratórios, simbolicamente falando. Ainda simbolicamente falando, será cada vez menor seu movimento de aspiração de ar, a sensação de ‘peito cheio’, de vida, de alívio e de prazer”. (DE SÁ, 1990, v. 247, pg. 247)

Durante os anos de vida dos sentenciados, eles estabelecem um vínculo de reforçamento de costumes, estruturas sociais, relacionamento, estruturas de poder etc. O resultado não poderia ser diferente: uma total institucionalização. Encarceramento significa necessariamente subtrair coativamente um tempo existencial do encarcerado (ROIG, 2018, v. 4, pg. 15) e nada será como antes, ele jamais será o mesmo. A total institucionalização dos internos os torna incapazes de enfrentar aspectos da vida diária em sociedade, limitando até mesmo seus mínimos movimentos e atos e, por sua vez, restringe sua própria dimensão de vida.

Nessa toada, Erving Goffman em sua obra *Manicômios, prisões e conventos* descreve o processo de institucionalização enquadrando a prisão como uma instituição total, tendo em vista que diferentemente da sociedade livre os sentenciados realizam os diversos aspectos de sua vida privada no mesmo ambiente, com os mesmos co-participantes, sob as mesmas autoridades e com um plano racional geral (1961, pg.17).

O “novato” entra na prisão com uma concepção de si mesmo e de seu eu, em razão dos diversos aspectos que viveu em liberdade criando-se uma “cultura aparente” derivada de um “mundo da família” . Ao entrar no presídio, Goffman descreve que ele passa por um processo de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu, sendo o eu sistematicamente mortificado (1961, pg .24).

Como consequência de uma estada muito longa e pelos processos de mortificação do eu e enquadramento dos diversos aspectos de sua vida privada no mesmo ambiente, o sentenciado passa por um processo de “desculturamento” ou “destreinamento” da vida em sociedade. Goffman descreve:

“Embora os internados possam ter planos para a saída e tenham um cálculo até de horas para a data de sua liberação, os que se aproximam desta tendem frequentemente a sentir-se angustiados e, como já foi sugerido, alguns criam um problema ou se alistam novamente no exército, a fim de evitar o problema. A angústia do internado quanto a liberação parece apresentar-se, muitas vezes, sob a forma de uma, pergunta que apresenta a si mesmo e aos outros: **"Será que posso me sair bem lá fora?"**” (1961, pg .66)

Na epígrafe do trabalho citei a fala do personagem Brooks da obra cinematográfica fictícia *Shawshank Redemption* inspirada na obra literária de Stephen King, pois o personagem expressa com muita exatidão um sentenciado que passou por um profundo processo de institucionalização na prisão por grande parte de sua vida e ao sair se depara com uma total incapacidade de enfrentar aspectos de sua vida diária, como estudado por Goffman.

O personagem em seu monólogo, através de uma carta escrita para os colegas de prisão relata as dificuldades que está tendo no mundo em liberdade, que tem dificuldade de dormir a noite, de lembrar onde está e que às vezes pensa em cometer um novo delito para poder voltar para “casa”, mas que é muito velho para isso. Por fim, diz que não gosta da vida em liberdade e que decidiu não ficar, cometendo suicídio. Brooks responde à pergunta imaginada por Goffman (Será que posso me sair bem lá fora?) de forma negativa (*Shawshank Redemption*. Direção: Frank Darabont. Produção de Castle Rock Entertainment. Estados Unidos: Warner Bros, 1995. 1 DVD).

Valdirene Daufemback, analisando a eficiência e a eficácia dos presídios, concluiu que eles são muito eficientes “pela execução de procedimentos de segregação, estigmatização, punição e anulação do sujeito preso e de suas ações, utilizando o mínimo dos recursos humanos e financeiros disponíveis”, mas quando voltamos nosso olhar para a eficácia em possibilitar ao indivíduo que retorna ao convívio social livre, após a reclusão, uma transformação no seu comportamento, podemos observar o contrário (2005, pg .13).

Goffman afirma que:

"Entre os internados de muitas instituições totais, existe um intenso sentimento de que o tempo passado no estabelecimento é tempo perdido, destruído ou tirado da vida da pessoa; é tempo que precisa ser "apagado"; é algo que precisa ser "cumprido"; "preenchido" ou "arrastado" de alguma forma".

E conclui: “Por isso o internado tende a sentir que durante a sua estada obrigatória- sua sentença- foi totalmente exilado da vida” (1961, pg .64).

O presídio é altamente eficaz em criar um sentimento constante de segregação, estigmatização, punição, anulação, subtração de tempo existencial dos sentenciados, mas não demonstra eficácia alguma em promover o retorno harmônico dos sentenciados à sociedade e de ofertar para tanto as condições necessárias para a aprendizagem de comportamentos necessários para seu retorno. A prisão se torna apenas tempo perdido, cumprido, preenchido e arrastado que caminha em direção à institucionalização, mas quase nunca em direção à reintegração.

Apesar de apresentar uma baixa eficácia em oferecer as condições necessárias para a aprendizagem de comportamentos necessários para o retorno do sentenciado à sociedade, o presídio aparenta apresentar uma alta eficácia em conceder as aprendizagens que parecem ser úteis para a permanência dos presos no encarceramento (Daufemback, 2005, pg .13). Podemos observar isso com clareza nos altos níveis de reincidência no sistema criminal brasileiro.

Como consequência direta de um ambiente desfavorável à vida e à aprendizagem de comportamentos úteis ao retorno da vida em sociedade, a legitimidade da pena e da própria da justiça podem ser questionados (Daufemback, 2005, pg .26). Nesse sentido, em sua tese de mestrado Valdirene Daufemback, baseada em entrevistas aos sentenciados do sistema prisional de Santa Catarina, percebeu que: “depois da prisão, todos os presos têm uma percepção negativa da Justiça, associando-a com decisões e procedimentos equivocados, insuficientes, antiéticos e influenciados por fatores econômicos e sociais” (2005, pg .134).

O encarceramento no Brasil promove de forma sistemática a institucionalização dos sentenciados gerando altos níveis de reincidência, bem como a deslegitimação da pena e da justiça e a subtração de tempo existencial dos sentenciados.

1.2.Da reintegração harmônica e progressiva

A integração social do condenado deve ser entendida como necessária para a efetivação da dignidade da pessoa em cumprimento de pena. Não podemos tratar a progressão de regime como simplesmente um benefício ou benesse, mas um direito. Estar vivo em sociedade é perceber uma variedade de sensações e o poder de se comunicar de forma plena.

Nesse sentido as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos determinam que “o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos” (Regra 5.1) e que “o tratamento dos presos deve enfatizar não a sua exclusão da comunidade, mas sua participação contínua nela” (Regra 88.1).

Essas regras reforçam a ideia de que os regimes prisionais devem minimizar as diferenças entre vida social e vida em cárcere, dessa forma seriam minimizados os efeitos da própria institucionalização. O sistema progressivo assume caráter fundamental nesse processo de minimização promovendo a quebra de barreiras entre o cárcere e a vida em coletividade.

Estabelece a Convenção de Direitos Humanos em seu artigo 5º, regra 6 que: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” Essa regra tem caráter supralegal estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo caro ao nosso sistema.

A pena aplicada ao interno deve ter por finalidade essencial a readaptação social do condenado, portanto, não é cabível uma análise restritiva dos direitos de progressão e direitos sociais externos, os quais são essenciais na concretização da norma supralegal estabelecida pela Convenção de Direitos Humanos.

Reafirmando esse entendimento, na Regra 87 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos temos que:

“Antes do término do cumprimento de uma pena ou medida, é desejável que sejam tomadas providências necessárias para assegurar ao preso **um retorno progressivo à vida em sociedade. Este propósito pode ser alcançado**, de acordo com o caso, **com a adoção de um regime de pré-soltura, organizado dentro da mesma unidade prisional ou em outra instituição apropriada, ou mediante liberdade condicional sob algum tipo de vigilância**, que não deve ser confiada à polícia, mas deve ser combinada com uma assistência social eficaz”.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos com força de Soft-law podem ser entendidas como parâmetros bases de interpretação de matéria de direitos humanos. A ideia desenvolvida é de que os direitos externos de pré-soltura são essenciais para assegurar um retorno progressivo à sociedade.

Sobre o retorno abrupto à sociedade destacamos as palavras do eminente ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 82.959: “o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.”

Como destacado anteriormente, o retorno abrupto do sentenciado à sociedade é prejudicial para a própria sociedade, que recebe uma pessoa marcada continuamente durante 30 anos ou 40 anos por um sistema penitenciário totalmente distinto da sociedade e, que por fim, sacrificou suas próprias características pessoais para sobreviver à anormalidade da vida encarcerado.

Por fim, entendemos que a reintegração não pode ser entendida como consequência do cárcere, mas algo que acontece apesar do cárcere. O cárcere nunca irá reintegrar alguém à sociedade, ao contrário, a tendência é que o cárcere afaste essa pessoa da sociedade, sendo que apenas a própria sociedade será capaz de promover a reintegração do preso. Valendo de Alvino Augusto de Sá, para a reintegração é necessário: “todo um processo de abertura do cárcere para a sociedade e de abertura da sociedade para o cárcere e de tornar o cárcere cada vez menos cárcere, no qual a sociedade tem um compromisso, um papel ativo e fundamental” (VALOIS, 2012, *apud* DE SÁ, 2010). A reintegração progressiva deve ser o cerne do sistema da pena.

Apesar de a integração através da minimização das diferenças entre a vida em liberdade e no encarceramento ser direito do sentenciado, o sistema penal brasileiro é baseado em um tratamento fundado na disciplina dos corpos, “restrição de espaço, de atividade, de

horário, de contato humano e de autonomia, resumidamente submissão e institucionalização” (Daufemback, 2005, p. 16) .

Observa Valdirene:

“Para que o indivíduo que passou pelo encarceramento possa estar perfeitamente integrado à sociedade quando sair dele, é necessário que a prisão permita e incentive o desenvolvimento de comportamentos de valor para a vida social, que durante a prisão ocorram aprendizagens significativas para a cidadania e que haja um encaminhamento do egresso do sistema prisional para o trabalho e moradia, principalmente” (2005, p. 20)

O tratamento baseado na disciplina dos corpos em nada serve na integração do sentenciado à sociedade. É necessária, portanto, uma total reformulação dos processos e formas de tratamento penal através de uma maior abertura do cárcere para a sociedade, sendo a progressividade da pena uma abertura inicial fundamental para a integração dos sentenciados.

Nesse sentido, entendemos que “o princípio de que a execução penal não deve representar a exclusão do condenado da sociedade impõe que sejam empreendidos esforços para possibilitar o contato do condenado com o mundo exterior” (Daufemback, 2005, p. 169).

A pena, portanto, deve ser dirigida para seus fins e não visar tão somente a punição mais severa e estigmatizante, que por muitas vezes se mostra até mesmo ineficiente.

2. Da progressão de regime

Estabelece a LEP que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso. Tal disposição encontra fundamento no artigo 1 e 112 da LEP, ambos sob a justificativa da oferta de meios pelos quais os apenados venham a ter participação construtiva na comunhão social.

É majoritário o entendimento de que a progressão de regime tem a natureza de direito público subjetivo. Em termos práticos isso significa que só é exigível quando são preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão. Portanto, o sistema progressivo consiste no resgate de quotas de liberdade desde que sejam supridos os requisitos objetivos e subjetivos.

O requisito subjetivo faz referência a, nos termos da Lei, ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento prisional. Em caso de falta grave cometida durante a execução da pena, o prazo para progressão de regime é interrompido, e o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente, contada a partir da data da falta grave.

O requisito objetivo faz referência ao tempo cumprido de pena previstos no Artigo 112 da Lei de Execuções Penais, como explicitado no primeiro capítulo. Entende Luiz Carlos Valois que ao legislador estabelecer “um período mínimo para a progressão, na verdade, este é o período máximo que o preso deve ficar sob aquela forma mais grave de restrição à liberdade” (2012, p. 167).

Como expressado anteriormente, por muitos fatores o sistema progressivo tem se tornado inexecutável na realidade brasileira. Essa nova realidade exige uma nova postura da dogmática brasileira de modo a repensar e, por consequência, redimensionar os argumentos justificadores da pena e os institutos que fazem parte da execução penal, incluindo a progressão de regime.

De forma excepcional, a progressão pode ser determinada sem o cumprimento de requisitos objetivo, como nos termos do artigo 4, parágrafo 5 da Lei 12.850/01, todavia, no caso em estudo fica totalmente obstado o direito de progressão de regime em razão das frações impostas, ficando o sistema progressivo totalmente inexecutável e, em termos práticos, o condenado acaba cumprindo pena análoga a perpétua.

No caso mencionado anteriormente é realizada a flexibilização do requisito objetivo aos sentenciados que realizaram colaboração premiada, privilegiando-se aqueles crimes de colarinho branco e os criminosos com maior poder econômico. A flexibilização do requisito objetivo pode ser pensada aos casos dos sentenciados que em razão das altas frações nunca irão progredir de regime e, dessa forma, se encontram em uma situação de inconstitucionalidade e de desrespeito aos direitos básicos dos sentenciados.

É aceito no sistema jurídico brasileiro que um condenado possa cumprir a integralidade de sua pena no regime fechado, todavia, tal possibilidade demonstra um total desrespeito aos princípios constitucionais da pena e à finalidade da pena, o que representa uma afronta à dignidade humana, à cidadania plena e à inclusão social dos condenados. É

paradoxal a aceitação de tal possibilidade e a afirmação que a dignidade humana é pilar do sistema de execução penal brasileiro.

A progressão de regime não é benefício ou presente, mas é direito inalienável do sentenciado. O sentenciado que progride de regime não está sendo presenteado ou agraciado, mas está recebendo seu direito constitucionalmente protegido (VALOIS, 2012, p. 167). O sistema de pena constitucional brasileiro instituiu a progressividade e essa deve ser regra a todos os sentenciados sob a tutela estatal.

Dessa forma, é forçoso concluir que há um claro desrespeito aos direitos constitucionais dos sentenciados, devendo o direito de progressão de regime do sentenciado ser respeitado, de forma a privilegiar o retorno progressivo ao meio social através do trabalho externo e das saídas temporárias. Necessário se faz, portanto, procurar soluções alternativas aos casos concretos em que os sentenciados cumprem suas penas em situação análoga à prisão perpétua.

Por muitas vezes é argumentado que os sentenciados com altas penas ou múltiplas unificações são de maior periculosidade e, por essa razão os seus direitos são flexibilizados em fase de execução ao seu desfavor, todavia, o perigo gerado pelos seus delitos está compreendido na pena aplicada e não pode ser usada posteriormente sob pena de *bis idem*.

3.1. Do trabalho externo

O artigo 28 da Lei de Execuções penais dispõe que o trabalho, como dever social e **condição de dignidade humana, terá finalidade educativa** e produtiva. O trabalho, portanto, na Lei de Execuções penais possui dimensão de dignidade humana e finalidade educativa. Isso reforça o caráter de integração do sentenciado através dos diversos meios e ainda sendo uma matéria de dignidade humana.

Como destacado anteriormente na Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, a execução deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade, de forma a viabilizar a reintegração do sentenciado à sociedade. Nesse mesmo sentido destacamos a regra 99.1 que dispõe que: “A organização e os métodos de trabalho nas unidades prisionais devem ser os mais parecidos possíveis com

aqueles realizados fora da unidade, para, dessa forma, preparar os presos para as condições de uma vida profissional normal”. Dessa forma, é minimizado o processo de institucionalização do sentenciado através da reafirmação das estruturas internas do presídio, sendo proporcionadas aos presos estruturas próximas às da vida fora do cárcere.

Todavia, podemos concluir que nenhum trabalho que ocorre intramuros é reintegrador, pois são expressão total de uma dinâmica social e de poder interno do presídio, que é divergente da dinâmica externa. A organização e os métodos de trabalho não conseguem se aproximar das estruturas de trabalho que ocorrem fora dos presídios e apenas reforçam a estrutura de instituição total do cárcere.

O trabalho interno apenas favorece o processo de institucionalização do sentenciado ao reforçar as estruturas internas do presídio e, portanto, não serve para minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade.

Erving Goffman afirma, “qualquer que seja o incentivo dado ao trabalho, esse incentivo não terá o significado estrutural que tem no mundo externo. Haverá diferentes motivos para o trabalho e diferentes atitudes com relação a ele”. Ele argumenta que o dia do encarcerado é todo determinado pelas estruturas internas de poder do presídio, o que significa necessariamente que os sentenciados precisam planejar suas necessidades básicas de acordo com o planejado (1961, p. 21), sendo reforçados pelo trabalho interno os processos de institucionalização e mortificação do “eu”, explorados anteriormente. O autor ainda destaca que “haja muito ou pouco trabalho, o indivíduo que no mundo externo estava orientado para o trabalho tende a tornar-se desmoralizado pelo sistema de trabalho da instituição total” (1961, p. 22).

Afirma Valois: “Se há algo de terapia em costurar uma bola de futebol, varrer ou limpar a cozinha da penitenciária, tais atividades nunca podem se comparar com algo que possua a capacidade de conferir dignidade a um ser humano” (2012, p. 143). As tarefas costumeiras do trabalho intramuros nas penitenciárias brasileiras não são capazes de conferir dignidade humana aos sentenciados, nem de reintegrá-los à sociedade efetivamente sendo por muitas vezes tarefas que expressam as necessidades de trabalho do estabelecimento prisional.

Sublinha-se, ainda, que a “grande maioria das oportunidades se constitui em tarefas manuais que exigem pouco conhecimento, são obsoletas e tem pouco valor no mercado

profissional” (Daufemback, 2005, p. 35). Sendo assim, não demonstram uma capacidade reintegradora e capaz de diminuir as vulnerabilidades sociais, mas apenas de mantê-las após o cárcere.

É no trabalho externo que o sentenciado verdadeiramente passa por um processo de reintegração e lhe é atribuída dignidade humana. É ofertado ao sentenciado realizar atividades que se aproximam da dinâmica de trabalho realizada na vida em liberdade favorecendo a reintegração harmônica e progressiva.

Todavia, no caso em análise os sentenciados só terão direito ao trabalho intramuros durante toda a execução da pena, retiradas as exceções previstas na Lei de Execuções Penais que são raramente praticadas nas Varas de Execução no Brasil por serem mais custosas e exceção no ordenamento jurídico brasileiro sendo sempre o sentenciado a arcar com a ineficiência estatal e precariedade do sistema prisional.

O trabalho ganha na Carta Magna uma nova dimensão na estrutura social e econômica tendo posição de privilégio nas relações sociais e sendo uma dimensão de princípio fundamental da república (inc. IV do art. 1º), base da ordem social (art. 193) e fundamento da ordem econômica brasileira (art.170 da CF), direito social (art. 6º da CF), dever social e condição de dignidade humana na execução (art. 28 da LEP). Deve-se, portanto, realizar-se uma interpretação extensiva do direito ao trabalho para a execução penal (ROIG, 2018, v. 2, p. 88).

Portanto, o trabalho deve ser entendido como condição de dignidade humana e a possibilidade da redução de vulnerabilidades sociais para os sentenciados devendo o sentenciado ser remunerado pelo trabalho realizado. Além disso, faz-se necessário relembrar que o sistema judiciário brasileiro é seletivo e o sistema penitenciário brasileiro é constituído em sua grande maioria por “por pessoas que viviam à margem do consumo e das facilidades da vida moderna” (BOSCHI, 2013, v. 6, p. 285), ou seja, se encontravam em posição de vulnerabilidade social antes mesmo de ingressar no sistema penitenciário.

Dessa forma, é questionável, em uma visão redutora de danos, a exigência de qualquer tipo de fração para trabalho em qualquer modalidade que seja. Nesse sentido entende Roig que:

“...o art. 37 da LEP diz respeito ao trabalho em regime fechado, não semiaberto (o art. 37 deve ser interpretado em conjunto com o art. 36). Na verdade, os trabalhos externos dos regimes semiaberto e aberto são regulados pelo Código Penal (arts. 35 e 36), que não exigem qualquer prazo. Deve-se aplicar, aqui, o princípio da legalidade, além de prevalecer o comando do art. 3º, da LEP (“ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”)” (2018, v. 4, p. 91)

O trabalho externo assume papel de grande importância na execução penal desempenhando um papel de recontato entre sentenciado e sociedade, gerando dignidade humana na execução (ROIG, 2018, v. 4, p. 85), razão pela qual deve ser garantido a todos os sentenciados colocados sob a tutela estatal através da execução penal.

Sentenciados que cumprem a integralidade da pena privativa de liberdade em regime fechado são totalmente privados de qualquer noção de dignidade humana e reintegração à sociedade através do trabalho, sendo apenas reforçadas as estruturas internas do presídio através do trabalho interno.

3.2.Das saídas temporárias

Na exposição de motivos da Lei de Execuções penais encontramos que as autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão.

Roig destaca que são medidas de caráter humanitário e, dessa forma, devem ser interpretadas de forma extensiva para assegurar os direitos de todos os sentenciados. Entende que o rol legal de situações em que a permissão de saída e a saída temporária são autorizadas é exemplificativo (2018, v. 4, p. 188), sendo que o convívio familiar oportunizado pelas saídas temporárias é fundamental para a reintegração do sentenciado.

No caso em estudo, durante 40 anos o contato familiar será oportunizado apenas através das visitas que são realizadas de forma limitada às estruturas do presídio, não sendo concedido a oportunidade do convívio familiar proporcionado pelas saídas temporárias.

Capítulo IV- Considerações finais

Se eu pudesse dar uma resposta para o sentenciado N e para todos os sentenciados que se encontram na mesma situação, eu lhes diria que cumprem uma pena de valor meramente

punitivo/retributivo que visa somente a retribuição do mal que causaram, uma pena cruel, desumana, contra a dignidade humana, análoga à prisão perpétua, que fere os princípios constitucionais da pena, institucionalizadora, que favorece a reincidência e, por fim, em total incompatibilidade com o modelo constitucional da penal.

Não existe previsão legal expressa para o cumprimento integral da pena privativa de liberdade no regime fechado, mas existe uma construção histórica de retrocessos e mudanças legislativas que a tornaram legal. Uma construção baseada no sentimento popular de punitivismo e senso de justiça popular que geram um alto custo social e ao erário. É necessário, portanto, uma correção de rumos através de uma revisão jurisprudencial e legislativa baseada numa visão redutora de danos para mudar os parâmetros de cumprimento de pena e de progressão de regime no Brasil, de forma a se adequar ao modelo constitucional da pena e aos seus princípios constitucionais e que seja capaz de transformar a situação de inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro e promover um ambiente de reintegração social.

Poder-se-ia argumentar que defender a progressão de regime dos sentenciados com penas e frações altas geraria um problema de isonomia com os sentenciados com penas mais baixas e frações menores, mas na verdade estamos defendendo e demonstrando no decorrer do trabalho que existe um desarranjo sistemático e institucional em todo o sistema progressivo da pena, o que, por sua vez, gera penas análogas à prisão perpétua em muitos casos ferindo qualquer ideia de Estado Democrático Republicano de Direito.

A sociedade espera dessas pessoas que, ao saírem do encarceramento, elas se tornem cidadãos honestos e dentro dos parâmetros socialmente aceitos, mas para tanto as afastam durante 30 ou 40 anos em penitenciárias sem estruturas, que não conferem o mínimo de dignidade e condições favoráveis à reintegração à sociedade. O resultado não poderia ser diferente do que a institucionalização e altos índices de reincidência. Dadas às condições, como poderia alguém esperar algo diverso?

O relato do sentenciado N de que estava cansado e que queria desistir de tentar corrigir os erros do seu passado e mostrar algo para a sociedade, uma mudança (como estava tentando), não poderia ser diferente, após passar tantos anos preso em um sistema prisional superlotado, assistindo à sociedade como mero observador, com poucas oportunidades de trabalho e estudo, como o juiz da Vara de Execuções penais, o legislador penal, o doutrinador

ou eu, estudante de direito da UnB, poderiam exigir um sentimento diferente, se não o cansaço e a vontade de desistir?

Ante a situação em análise, de sentenciados que nunca irão progredir de regime, aos quais nunca serão oferecidas saídas temporárias, trabalho externo, uma reintegração harmônica à sociedade de forma gradual e progressiva, é forçoso concluir que há um claro desrespeito aos seus direitos constitucionais. Mais uma vez, o cárcere se mostra muito eficiente em segregar, estigmatizar, punir e anular o *self* do preso, mas mostra baixa eficácia em oferecer condições básicas para a aprendizagem de comportamentos necessários para o retorno do sentenciado à sociedade.

As pessoas que cumprem pena não precisam de dó ou do sentimento de condolência da sociedade e dos poderes republicanos, mas do respeito como pessoas de direito.

3. Bibliografia

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. [Código penal (1940)]. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. [Exposição de Motivos do Código Penal (1940)]. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>> Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. [Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais (1984)]. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposic-aodemotivos-149285-pl.html>> Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. [Exposição de Motivos da Lei Pacote anticrime (2019)]. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm> Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. [Lei de Execução penal (1984)]. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen). Disponível em: <<https://sisdepen.mj.gov.br/sisdepen/>>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. [Lei Pacote anticrime(2019)]. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm> Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção

Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HABEAS CORPUS* 69423-3 São Paulo. PENAL “HABEAS COPPUS”. TEMPO MÁXIMO DE EFETIVO ENCARCERAMENTO. CÓDIGO PENAL ART. 75. I. - a norma do art. 75 do Cód. Penal refere-se ao tempo efetivo de encarceramento, trinta anos. Esse limite não constitui, porém, parâmetro para a concessão de benefícios da execução, como livramento condicional ou o regime prisional semiaberto. II. - “Habeas corpus” indeferido. Relator: Min. Carlos Velloso, 17 de junho de 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HABEAS CORPUS* 82.959-7 São Paulo. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2o, § 1o, DA LEI No 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5o, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2o, § 1o, da Lei no 8.072/90. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HABEAS CORPUS* 69423-3 São Paulo. HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2 - 1 DA LEI 8072. Tráfico Ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2- 1 da Lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento de pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva de progressão frente a caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere a intensidade da mesma. Habeas Corpus indeferido por maioria. Relator: Min. Francisco Rezek, 18 de dezembro de 1992. DEPEND

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Justiça. *O sistema prisional brasileiro fora da constituição- 5 anos depois*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>.

Acesso em: 23 de julho de 2022.

CARVALHO, Salo D. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. Editora Saraiva, 2020.

Daufemback, Valdirene. *Condições de aprisionamento e condições de aprendizagem de encarcerados*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Psicologia, 2005. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/102611/221614.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

Goffman, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Editora Perspectiva S.A, São Paulo, 1974.

Horta, Ricardo. *A desalentadora função das punições: revisitando as Teorias da Pena à luz da Psicologia Experimental*. Revista Direito, Estado e Sociedade, 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábuas Completas de Mortalidade para o Brasil 2020*. Nota técnica n. 01/2021. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/11/nota-tecnica-tabuas-de-mortalidade.pdf>>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

Jr., Miguel R. *Fundamentos de Direito Penal*. Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Grupo GEN, 2020.

Paganella Boschi, José Antônio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. (6th edição). Livraria do Advogado Editora, 2013.

Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: Teoria Crítica*. (4th edição). Saraiva Educação, 2018.

Shawshank Redemption. Direção: Frank Darabont. Produção de Castle Rock Entertainment. Estados Unidos: Warner Bros, 1995. 1 DVD.

Valois, Luiz Carlos. *Conflito entre Ressocialização e Princípio da Legalidade Penal*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02042013-105037/publico/Versao_simplificada_FDUSP_Luis_Valois_Coelho_Conflito.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2022.