

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

EDSON GONÇALVES

**SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: FORMAS DE MINIMIZAR A
SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS**

SÃO MATEUS
2019

EDSON GONÇALVES

**SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: FORMAS DE MINIMIZAR A
SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado do Curso de Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof^a Aline Pinheiro Lima Camargo.

SÃO MATEUS

2019

EDSON GONÇALVES

**SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: FORMAS DE MINIMIZAR A
SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

**PROF^a. ALINE PINHEIRO LIMA CAMARGO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2019

Aos meus filhos, aos meus mestres, ao meu orientador de estágio, Dr. Gilson Guilherme Correia, e principalmente à Deus, porque tudo posso naquele que me fortalece.

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora a Prof.^a Me. Aline Camargo, pela competência e respeito que me orientou neste processo, com muita dedicação e exigência.

Aos professores Rui Edisiomar, Montalvan Antunes, Roberto Fanti, Carlos Manoel, e às Professoras Consuelo Carreira de Lima, Rosana Júlia Binda, pelas valiosas contribuições no Exame de Qualificação.

Às minhas amigas, queridas que acompanharam a minha trajetória: Manuely Melo, Marcyliã Acioly e meu grande amigo Ivan.

À Faculdade Vale do Cricaré pelo apoio na realização desta pesquisa.

A minha verdadeira motivação vem da vontade de vencer esta batalha e realizar este sonho e torna-lo realidade, por que depois virá a realização e a satisfação no trabalho e reconhecimento de que nada foi em vão.

RESUMO

O presente trabalho visa estudar o sistema penitenciário brasileiro, desde a finalidade e espécies de pena até os sistemas penitenciários, buscando encontrar ferramentas que possam minimizar a superlotação dos presídios, uma vez que o Brasil alcançou o terceiro lugar no ranking de quantidade de presos, além dos presídios estarem numa situação tão precária, possibilitando rebeliões de presos e diversas violações dos direitos fundamentais dos detentos. Para tanto, lançou-se mãos de uma pesquisa bibliográfica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, resultando na importância da audiência de custódia que permite ao Poder Judiciário fazer um filtro das prisões em flagrante, podendo relaxar as prisões ilegais ou ainda conceder liberdade provisória para prisões desnecessárias, o que implicará na redução dos números de ocupações das vagas nos presídios. Além disso, sempre figuram como medidas ressocializadoras: o trabalho e o estudo do preso, as quais, certamente aceleram a saída do preso do sistema, amenizando a superpopulação. Sobressai-se, contudo, a educação, medida mais eficaz, porém necessidade de certa estrutura dos estabelecimentos penais. Por fim, é possível identificar o fim da prisão em segunda instância e a descriminalização das drogas. Portanto, diante da precariedade do sistema penitenciário, dado o reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional, urge a convergência de esforços de todos com vista a buscar uma solução homogênea para todo Brasil, sempre partindo-se da necessidade de respeito pelos direitos do preso e sua dignidade humana.

Palavras-chave: pena; superlotação carcerária; ressocialização; dignidade humana.

ABSTRACT

The present work aims to study the Brazilian penitentiary system, from the purpose and types of pen to the penitentiary systems, seeking to find tools that can minimize the overcrowding of prisons, since Brazil reached the third place in the number of prisoners, besides prison is in such a precarious situation, enabling prisoner rebellions and various violations of the fundamental rights of detainees. To this end, a literature search was launched, both in doctrine and jurisprudence, resulting in the importance of the custody hearing that allows the judiciary to filter out the arrests in the act, and may relax illegal prisons or grant provisional freedom to unnecessary prisons, which will lead to a reduction in the number of prison occupations. In addition, they always appear as resocializing measures: the work and study of the prisoner, which certainly accelerate the exit of the prisoner from the system, softening overpopulation. However, education stands out, the most effective measure, but the need for a certain structure of penal establishments. Finally, it is possible to identify the end of the second instance arrest and the decriminalization of drugs. Therefore, given the precariousness of the penitentiary system, given the recognition of the unconstitutional State of affairs, urges the convergence of efforts of all with a view to seeking a homogeneous solution for all Brazil, always starting from the need to respect the rights of the prisoner and his human dignity.

Keywords: feather; prison overcrowding; resocialization; human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS DOS PRESOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
1.1 A DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	14
1.2 DIREITOS DOS PRESOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL	19
1.3 FINALIDADES DA EXECUÇÃO PENAL	22
1.4 DIREITOS DOS PRESOS NA EXECUÇÃO PENAL	24
2 A PRISÃO E SUA FINALIDADE	26
2.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE PENAS PERMITIDAS.....	26
2.2 PENAS VEDADAS NO BRASIL	28
2.3 PRISÃO PROCESSUAL E PRISÃO PENAL.....	29
3 SUPERLOTAÇÃO E PROBLEMAS CARCERÁRIOS NO BRASIL	34
3.2 DADOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	34
3.3 SISTEMA CARCERÁRIO E A JURISPRUDÊNCIA.....	35
4 MEDIDAS PARA REDUZIR A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS	40
4.1 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	40
4.2 FIM DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	41
4.3 TÉCNICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO	45
4.4 DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo e todos os dias mais e mais pessoas ingressam no sistema penal, alguns, pela segunda, terceira ou quarta vez, situação alarmante de reincidência.

Daí, decorre a indagação: quais as ferramentas ou institutos jurídicos que podem, ao serem implementados, reduzir a crescente superlotação carcerária no Brasil?

Como hipótese, surge a falta de leis regulamentadoras que inviabilizam a utilização de quaisquer ferramentas para reduzir o número de presos, enquanto a proliferação de crimes funciona como fato de pressão sobre o sistema penitenciário nacional.

O presente trabalho se justifica pela situação atual de elevados índices de crimes e violência, sendo comum a atribuição da péssima gestão dos presídios como um dos fatores responsáveis pela reincidência das pessoas no sistema carcerário, inflacionando o volume detentos, que encontram ambientes prisionais sem nenhuma condição de promover a adequada integridade física, salubridade e saúde do detento.

Para tanto, o primeiro capítulo versará sobre o tema dos direitos fundamentais, sobretudo a dignidade humana, perpassando pelos direitos dos presos, dentre os quais o trabalho, o descanso e a recreação, importantes valores para sua ressocialização.

Já o segundo capítulo demonstrará a importância da prisão consistente na pena privativa de liberdade como resposta estatal diante do cometimento de atos atentatórios a bens jurídicos.

Se verá aqui a teoria sobre as finalidades da pena, destacando-se a ressocializadora, além de uma pesquisa bibliográfica sobre os sistemas penitenciários ao longo da evolução penitenciária.

Por sua vez, o terceiro capítulo falará sobre a superlotação e os problemas carcerários, incluindo o fenômeno denominado de “Estado de coisas inconstitucional”, além das decisões judiciais que porventura permitam a implementação de políticas públicas penitenciárias por decisões judiciais.

Finalmente, o quarto capítulo versará sobre as principais ferramentas ou estratégias que se vislumbram para amenizar o problema da superlotação dos estabelecimentos penitenciários. Então será estudada a audiência de custódia, o fim

da prisão em segunda instância, as técnicas de ressocialização e a descriminalização das drogas.

Trata-se então de uma pesquisa bibliográfica, lançando mãos da melhor doutrina e da jurisprudência mais atualizada dos Tribunais Superiores.

1 DIREITOS DOS PRESOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com Ingo Sarlet, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 261), o princípio da dignidade da pessoa humana esteve no texto constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934, tendo nítida aspiração da Constituição de Weimar de 1919, dizendo que quando se fala em direito à dignidade, deve se considerar o reconhecimento, respeito, proteção, promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade das pessoas.

Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 58), diz que a dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo, abarcando três dimensões:

- a) Fundamentadora: pela qual a dignidade humana é núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo;
- b) Orientadora: na qual a dignidade humana estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que coloque obstáculo ao alcance dos fins enunciados pelo sistema de valores constitucionais;
- c) Crítica: a dignidade humana em relação às condutas funciona como postulado fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Por sua vez, Marcelo Novelino (2016, p. 253) reconhece a dificuldade de definir o fundamento da dignidade da pessoa humana, porém diz que “a dignidade é violada nos casos em que o ser humano é tratado não como um fim em si mesmo, mas mero instrumento para se atingir determinados objetivos”. Daí o brilhante autor traz à baila a seguinte exemplificação:

[...] Por existirem situações em que o tratamento de determinadas pessoas como objeto de medidas estatais não significa necessariamente uma violação de sua dignidade, a fórmula do objeto deve matizada. Assim, pode-se dizer que a violação da dignidade ocorre quando o tratamento como objeto constitui uma expressão do desprezo pela pessoa ou para com a pessoa. Esta acepção, ligada ao valor liberdade, veda a prática de condutas violadoras da dignidade, exigindo uma abstenção dos poderes públicos e dos particulares. Em síntese, o dever de respeito à dignidade impede que uma pessoa seja tratada como um meio para se atingir um determinado fim (aspecto objetivo), quando este tratamento for fruto de uma expressão do desprezo pela pessoa em razão de sua condição (aspecto subjetivo) [...].

Dentro do cenário criminal, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 3 e 4), ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ressalta o duplo papel do conjunto dos princípios constitucionais:

- a) Integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais;
- b) Coordenam o sistema de princípios para a garantia dos direitos humanos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

O célebre autor então vislumbra dois prismas da dignidade humana, sendo um objetivo e outro subjetivo, conforme vale a pena ilustrar:

[...] sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo às suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. O Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de direito [...] (NUCCI, 2014, p. 4).

A observância dos direitos dos presos está intimamente ligada ao respeito pela dignidade da pessoa humana, já que é o Estado, ao lidar do indivíduo infrator, que poderá violar a condição humana, muitas vezes retribuindo um mal maior do que levou o indivíduo ao cárcere.

O fato de o indivíduo ter cometido um delito ou estar sendo processado, investigado, autuado em flagrante, não significa que tal pessoa tenha perdido seus direitos mais básicos, sobretudo de ser considerada pessoa humana.

Assim, o indivíduo não deve ser um objeto do sistema carcerário, penal ou processual, mas o fim para o qual o sistema exista.

Por exemplo, é possível vislumbrar que as normas legais que regulam as prisões cautelares possuem a função de tutelar a liberdade e os direitos das pessoas, na medida em que impedem os órgãos estatais de, no intuito da eficiência policial, lançarem mãos das provas ilícitas, ou violarem domicílio, praticarem a tortura e toda sorte de violações.

Portanto, entender a dinâmica dos direitos dos presos a partir da irradiação da dignidade da pessoa humana torna-se essencial para verificar a situação do sistema carcerário brasileiro, bem como buscar soluções para minimizar os efeitos nefastos do cenário penitenciário atual.

1.1 A DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 aparece inicialmente como fundamento da República Federativa do Brasil:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Dessa maneira, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana, funciona como pavimento sobre o qual está erigido o Estado Brasileiro.

Com base na dignidade da pessoa humana o Supremo Tribunal Federal tem extraído ou fundamentado sua jurisprudência, conforme o exemplo das seguintes súmulas vinculantes:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. [Súmula Vinculante 11.] • A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. [Súmula Vinculante 56.]

Nota-se desses exemplos que o exagero na utilização de algemas nos detidos pelo Estado, sobretudo expondo os suspeitos ou investigados na mídia, como troféus é uma clara violação da dignidade da pessoa humana, pois retira a natureza humana e coloca a pessoa como objeto da atividade estatal.

Daniel Maia e Fernanda Sousa Vasconcelos (2012, p. 2), exemplificam o uso exagerado da algema no sensacionalismo policial:

O uso de algemas possui uma conotação muito forte em nossa sociedade, passando ao público a idéia de que o suspeito é de alguma forma uma pessoa violenta, trazendo perigo para sociedade ou para si mesmo. Dessa forma, é comum a prática do "perp walk" pela autoridade policiais com a exibição

intencional da imagem do suspeito algemado. Indubitável se evidencia que a exposição da imagem visual de um acusado em uma situação que de alguma forma macule a sua presunção de inocente é de extrema prejudicialidade à ordem pública.

Qual seria então o interesse social pelo vídeo de um suspeito sendo conduzido algemado e fortemente escoltado para uma delegacia de polícia, se o veículo de comunicação poderia exercer o seu dever de informação de outra forma? A resposta só pode ser uma: a busca pelo sensacionalismo. Não restam dúvidas de que um vídeo de um “perp walk” chama muito mais atenção do público do que uma nota em um jornal.

É cristalino, portanto, que a publicidade feita sobre a imagem e a intimidade do investigado deve ser regulada com bem mais afinco em face de terceiros que não possuem relação de interesse algum como o feito, devendo os princípios da publicidade e da liberdade de expressão e informação, nessa hipótese, serem drasticamente mitigados, sem, contudo, serem totalmente excluídos, a fim de se garantir a efetividade dos direitos constitucionais acima expostos, respeitando-se, com isso, a dignidade humana da pessoa que estiver sendo investigada ou processada.

Obviamente o erro não é a utilização das algemas ou a realização da prisão, mas transformar a pessoa humana em objeto de uma espécie de espetáculo para o público, demonstrando que os órgãos estatais fizeram o seu dever, mas atentaram com os valores consagrados na Constituição da República.

Então a Súmula Vinculante número 11, ainda que possa pairar alguma crítica no exagero da função do Supremo Tribunal Federal, até alcançando o papel de legislador e interferindo no papel da Administração Pública de maneira excessiva, realiza em última instância a missão de proteção da dignidade humana.

Nesse mesmo sentido, a Súmula Vinculante 56 cuida da falta de vaga em sistema menos rigoroso, fato que não deve fazer com que o apenado permaneça nesse regime mais rigoroso, logicamente pelo fato de atentar contra a dignidade da pessoa humana, pois coloca o apenado como objeto do sistema carcerário e não como razão de ser de todo sistema.

A previsão da progressão de regime, passando da penitenciária para a colônia agrícola e industrial, e, posteriormente para o regime aberto com as casas de albergados é um mecanismo da lei para se permitir a ressocialização do indivíduo, pois como pessoa humana tem o direito de retornar ao convívio social normal, ser reintegrado na sociedade.

Vale observar as espécies de estabelecimentos penais conforme a Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal, a começar com a penitenciária:

[...] Da Penitenciária

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

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

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação [...].

Destaca-se que a preocupação com a salubridade, com o ambiente “adequado à existência humana” e o local onde a penitenciária ficará instalada afastada do centro urbano, ou seja, fora da cidade.

Assim, não há dúvidas de que a penitenciária, no modelo previsto em lei, é uma decorrência da dignidade da pessoa humana.

A penitência é o estabelecimento destinado ao condenado no regime fechado, pois possui a maior rigorosidade dentro do sistema carcerário brasileiro.

Passa-se então a verificar a colônia agrícola e industrial, também nos termos constantes na Lei de Execução Penal:

Da Colônia Agrícola, industrial ou similar

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena

Note-se que a colônia agrícola e industrial é destinada ao apenado no regime semiaberto, tratando-se de local onde há uma relativa rigorosidade, mas se deve

permitir o desenvolvimento de uma profissão pelo condenado.

De qualquer sorte, mesmo na colônia agrícola e industrial, há exigência de local adequado à existência da dignidade da pessoa humana do preso, nos termos do artigo 88 da Lei de Execução Penal.

Por fim, importa consignar a casa de albergado, tudo conforme previsto na Lei de Execução Penal:

Da Casa do Albergado

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Nota-se da casa de albergado, destinada ao regime aberto, não havendo maiores rigorosidade, devendo ser localizada no perímetro das cidades, justamente para viabilizar a reintegração do indivíduo ao convívio social, fator que corrobora o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Então, há que se concluir que a Lei de Execução Penal, no que tange aos estabelecimentos penitenciários, respeitando a progressão de regime é totalmente consoante à dignidade humana. No entanto, a realidade prática milita contra esse avanço jurídico, pois há notória situação de crise estrutural no sistema carcerário brasileiro, destacando-se as rebeliões com morte de detentos, superlotação dos presídios e locais insalubres, conforme inclusive já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

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”. (...) Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. [ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016.]

Na decisão do STF é clara a conclusão que se tem uma situação precária nas penitenciárias brasileiras.

Daí, quando se veda a ida para um regime ou sistema menos rigoroso por falta

de vagas, por falhas estruturais do Estado estar-se-ia colocando o indivíduo na condição de simples objeto do sistema, o que fere seus direitos e atenta contra o postulado da dignidade da pessoa humana.

Portanto, havendo violação da dignidade da pessoa humana de presos por parte do Estado, é possível a reparação de danos às vítimas:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. [RE 580.252, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, DJE de 11-9-2017, Tema 365.]

Não obstante, vale observar outros exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal que tem cunho na dignidade humana e que de alguma forma interfira na situação de presos, investigados ou processados no sistema criminal.

O Tribunal entendeu que, em razão da dignidade da pessoa humana, não pode o preso por cometimento de crime hediondo ser proibido de ter prisão domiciliar:

O fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (CF, art. 1º, III). Por outro lado, incontroverso que essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado. [HC 83.358, rel. min. Ayres Britto, j. 4-5-2004, 1ª T, DJ de 4-6-2004.]

Na mesma decisão acima, o STF assegurou a prisão domiciliar a condenado idoso acometido de doença grave que exija cuidados especiais.

Por outro lado, também atentam contra a dignidade da pessoa humana, acusações levadas a efeito pelo Ministério Público sem a observância dos requisitos legais, dentre os quais, aqueles previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal como a narrativa do fato com todas as suas circunstâncias, conforme decidiu o STF:

Denúncia. Estado de Direito. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Requisitos do art. 41 do CPP não preenchidos. A técnica da denúncia (CPP, art. 41) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. (...) Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos

que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. [HC 84.409, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 14-12-2004, 2ª T, DJ de 19-8-2005.]

Além da dignidade humana, tal ato do Ministério Público poderia afrontar o Estado de Direito e Ampla Defesa.

Também afronta à dignidade humana a prisão cautelar que dura prazo irrazoável, conforme vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (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. [HC 85.237, rel. min. Celso de Mello, j. 17-3-2005, P, DJ de 29-4-2005.]

Veja-se que não se está vedando a prisão cautelar, mas sim o uso abusivo da ferramenta que é tão importante para tutelar o processo e as investigações, contudo, há que se observar limites, dentre os quais se encontra a dignidade humana.

1.2 DIREITOS DOS PRESOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 traz um catálogo de Direitos Fundamentais do cidadão, incluindo o preso.

Trata-se de um rol exemplificativo, pois os Direitos Fundamentais podem ser extraídos de Tratados e Convenções Internacionais, das leis, valores e princípios existentes no ordenamento jurídico.

Assim, do texto constitucional, pode-se ser elencados que os seguintes, a título de exemplo:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;
 XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
 a) a plenitude de defesa;
 b) o sigilo das votações;
 c) a soberania dos veredictos;
 d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
 XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
 XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

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

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Para se ter ideia da importância dos citados dispositivos do artigo 5º da Constituição Federal, veda-se o chamado tribunal de exceção para julgar indivíduo acusado de praticar um crime, considerando-se desdobramento de tal direito fundamental que haja no ordenamento jurídico uma estrutura de juízes e tribunais constituídos previamente ao fato que se quer apurar, bem como, ordena que os magistrados sejam imparciais.

Em outro caso, a previsão do Tribunal do Júri no texto do artigo 5º da CF/88, se constituindo em cláusula pétrea, impossibilita a remoção dessa garantia de que dispõem os acusados de crimes dolosos contra a vida de serem julgados por seus pares, instrumento que teve origem na famosa Carta Magna de 1215 na Inglaterra, conforme assevera Guilherme de Souza Nucci (2014).

Também há direitos de que, em regra, somente a Constituição Federal veda o arbitramento de fiança em certos crimes mais graves como os hediondos, os assemelhados a hediondos, dentre outros, possibilitando ao indivíduo que for preso em flagrante, aguardar o processo em liberdade com a contrapartida do recolhimento da fiança.

Assim, diversos são os direitos dos presos na Constituição Federal de 1988, destacando-se a proibição da tortura, conforme o artigo 5º “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 117), torturar é constranger a pessoa, seja através da prática de violência, ou da grave ameaça, incluindo aspectos morais, causando dor, pavor, sofrimento físico ou mental. Esse ato, possui a finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima da tortura ou de um terceiro, objetivando provocar ação ou omissão criminosa, inclusive com discriminação racial ou religiosa.

Sobre a proibição da tortura, vale conferir importantes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal:

O uso de algemas durante audiência de instrução e julgamento pode ser determinado pelo magistrado quando presentes, de maneira concreta, riscos à segurança do acusado ou das pessoas ao ato presentes. [Rcl 9.468 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 24-3-2011, P, DJE de 11-4-2011.] = Rcl 10.479 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-5-2013, P, DJE de 1º-8-2013 • (...) o policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor momentaneamente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura (...). [HC 70.389, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 23-6-1994, P, DJ de 10-8-2001.]

Outro direito constitucional importantíssimo para a situação jurídica dos presos é o que se refere a pena, pois prevê a individualização, a proporcionalidade, bem como veda penas cruéis e outras de caráter degradante, assegurando aos detentos respeito à integridade física e mora, conforme estabelece o artigo 5º da Lei Maior:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;
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;
XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Portanto, bastaria o respeito à dignidade da pessoa humana para que o Estado e a sociedade pudessem respeitar os direitos encartados no Texto Magno, todavia, andou bem o legislador ao plasmar essas garantias, justamente num momento de transição da ordem democrática para que não houvesse dúvida quanto aos ideais da revolução, de proteger sobremaneira os presos, reconhecendo plenamente a condição humana.

1.3 FINALIDADES DA EXECUÇÃO PENAL

A execução penal no Brasil está, no plano legislativo, aliada à dignidade humana e aos fins da pena estabelecidos no Código Penal, senão vejamos o que diz a Lei de Execução Penal:

Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal

Art. 1º 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.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

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

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Desses primeiros artigos da LEP, percebe-se sua linha principiológica, protegendo o cumprimento do Direito de Punir do Estado, mas paralelamente preocupada com a ressocialização quando diz que seu objetivo é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Há uma dupla finalidade, tanto retributiva ao crime praticado, quanto de prevenção, permitindo-se ao indivíduo reintegrar-se ao convívio social, tanto é verdade que Renato Marcão (apud TÁVORA; ALENCAR, 2019, p 1743) assevera que: “Em acréscimo, a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Na senda da teoria eclética ou mista, a execução penal também visa punir e humanizar “.

Dessa maneira, quando o autor fala em teoria eclética se está referindo a teoria da pena adotada pelo Código Penal em seu artigo 59, quando diz:

DA APLICAÇÃO DA PENA

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, quando o caput do artigo 59 do CP diz que se busca com a pena a reprovação e a prevenção do delito, a doutrina assegura que adotou-se a teoria mista, híbrida ou eclética, pois a finalidade da pena no Brasil é retribuir ao indivíduo um mal justo por um mal injusto que o mesmo praticou, mas também tem feições preventivas.

Quanto a prevenção ela pode ser especial ou geral, sendo a primeira destinada ao indivíduo e a segunda à sociedade. Nessa mesma linha, a prevenção pode ser positiva ou negativa.

Portanto, enquanto a prevenção geral positiva tenta demonstrar para a sociedade que o sistema funciona com a aplicação da pena, a prevenção geral negativa tem o condão de inibir a sociedade de praticar o delito, pois se algum cidadão praticar o crime, também estará sujeito a uma pena.

Por sua vez, a prevenção especial negativa buscar evitar a reincidência do indivíduo na delinquência, enquanto a prevenção especial positiva é justamente a busca pela ressocialização do ser humano.

É esse o entendimento da doutrina majoritária, sobre a qual se pode citar o pensamento de Ricardo Augusto Schmitt (2015, p. 86):

[...] Trilhando por esse raciocínio e com enfoque no estudo da pena, temos que esta se revela como sendo uma sanção imposta pelo Estado, depois de exaurido o devido processo legal, àqueles que praticaram condutas incriminadas pelo ordenamento jurídico, possuindo caráter retributivo, preventivo e ressocializador em busca da recuperação do agente infrator. O caráter retributivo da pena reside na punição do agente pelo ato ilícito praticado, obedecidos e sopesados os parâmetros da suficiência e da necessidade na reprovação do crime. Já o caráter preventivo se revela em dois aspectos distintos, o geral, que tem por finalidade mostra a sociedade a existência do Direito Penal (preventivo positivo) e fortalecer o poder intimidativo do Estado (preventivo negativo) e, o especial, que busca readaptar o agente ao convívio social (preventivo positivo) e intimidar o autor da infração para que não volte a delinquir (preventivo negativo) [...].

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 162), o qual, porém, conclui que deve haver um sistema de freios ou limites para a onipotência jurídico-penal do Estado, justamente consistente nos limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Essa limitação para o

autor é uma clara demonstração das características de um Direito Penal em um Estado pluralista e democrático de direito.

1.4 DIREITOS DOS PRESOS NA EXECUÇÃO PENAL

Na execução penal os presos devem conviver com um conjunto de deveres, mas também de direitos.

Daí, de acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 1763), enquanto os deveres levam o preso a se submeter às normas da execução penal, os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei são garantidos ao condenado e ao internado, sendo vedada qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Para os autores, tais direitos asseguram o respeito à integridade física e moral dos apenados, assim como dos presos provisórios e daqueles que estão submetidos à medida de segurança, formando um conjunto de direitos da pessoa humana com a liberdade cerceada (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 1763).

Dessa maneira, a Lei de Execução Penal traz importante rol de direitos do preso, conforme se pode observar:

Dos Direitos

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

Sinteticamente, os direitos dos presos não são tidos como absolutos, já que a própria Lei de Execução Penal admite certa mitigação, inclusive alguns podem ser suspensos por ato motivado do próprio diretor do presídio, como as visitas e o recebimento de correspondências.

Também se observa a exigência da proporcionalidade entre direitos relacionados ao trabalho, ao descanso e a recreação. Isso implica numa busca pela organização da via do detento, levando-o a se preparar para retornar ao convívio social e assim se adaptar melhor com a rotina de um cidadão que exercer as mais variadas da vida comum. Não obstante, essa organização é condição para que o próprio estabelecimento penitenciário possa cumprir sua organização.

Portanto, até na realização e implementação dos direitos dos presos, há nítida preocupação com a ressocialização, pelo menos no campo jurídico legal, o que infelizmente não garante uma realidade prática no Brasil.

2 A PRISÃO E SUA FINALIDADE

É inegável que a liberdade de locomoção é direito fundamental que pertence ao núcleo da dignidade da pessoa humana, condição essencial para uma vida digna e desenvolvimento do indivíduo, enquanto pessoa humana e integrante da sociedade.

Todavia, uma característica elementar dos direitos fundamentais é a sua relatividade, implicando dizer que tais direitos, por mais imprescindíveis, são relativos, já que os valores constitucionais devem ser harmônicos, buscando a integração de todo sistema jurídico, importante na manutenção da sociedade e do Estado.

Assim, excepcionalmente a liberdade pode ser mitigada, justamente, quando entra em cena a prisão.

Para se ter uma ideia, Nucci (2014, p. 641) traz importante conceito: “é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

2.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE PENAS PERMITIDAS

O ideal seria uma total harmonia social onde não houvesse qualquer delito, ambiente de total respeito ao direito alheio em que não havendo crime não haveria pena.

Sendo assim, os autores Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2015, p. 397) asseguram que a pena se coloca como modalidade de sanção penal que consiste na privação de bens jurídicos do indivíduo, tendo como pressuposto a culpabilidade desse cidadão. Logo, há que se fazer uma certa diferenciação entre sanção penal e pena, pois esta é espécie daquela. Assim, tendo como gênero a sanção penal, assumem papel de espécies a pena e a medida de segurança.

Logo, embora a doutrina clássica sempre demonstre haver apenas duas espécies de sanção penal, é crescente a apresentação de uma terceira via, consistente na reparação do dano através de uma conciliação, conforme demonstram os autores:

[...] Terceira via do Direito Penal: segundo Roxin, se discute vivamente a questão se a reparação do dano pode dar lugar a uma terceira via do Direito Penal (ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte general. Madrid: Civitas, 1997, p.

108). Para o autor, a reparação voluntária deve ser realizada antes da instauração da ação penal e tem como consequência a diminuição da pena, a suspensão condicional e, salvo para os delitos graves, até a dispensa da pena. (ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25) [...].

Portanto, considerando a adoção da reparação do dano como terceira via da sanção penal, haveria, sem dúvida, maior utilidade do Direito Penal para a vítima.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 132), adotando o pensamento de Alf Ross, a pena é um mal que se impõe por causa da prática de um delito, se constituindo em um castigo.

Dessa maneira, urge falar que o rol de penas que podem ser aplicadas no Brasil é exemplificativo, conforme um núcleo básico previsto no texto Constitucional do artigo 5º:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
prestação social alternativa;
suspensão ou interdição de direitos;

Portanto além de trazer um conjunto de penas que pode ainda ser expandido pela legislação infraconstitucional, a variedade de penas possibilita a devida proporcionalidade nas sanções que o Estado pode submeter o indivíduo infrator, realizando a dignidade humana ao efetivar a individualização, já que quando se individualiza a aplicação da penal tem-se a consideração do indivíduo como um fim em si mesmo, único e digno de sua condição humana.

Somado a isso, o dispositivo constitucional em comento é norteador de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que tem por precioso o princípio da individualização, conforme se pode notar das mais importantes e recentes decisões da corte suprema:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. [Súmula Vinculante 56.]
• Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25-7-1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. [Súmula Vinculante 26.] Súmulas • A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. [Súmula 719.] • Admite-se a progressão de

regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. [Súmula 716.] • A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do CP, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução. [Súmula 715.]

Daí, torna-se importante concluir que o princípio da individualização da pena se destina ao legislador, notadamente no momento de criar as espécies de sanção, além do juiz que ao prolatar a sentença penal condenatória deverá realizar a devida dosimetria da pena, bem como o juiz da execução penal, ao executar o jus puniendi, observando as peculiaridades do caso concreto e da pessoa do condenado, conforme já é regulamentado pela Lei de Execução Penal.

2.2 PENAS VEDADAS NO BRASIL

Nesse ponto, é imprescindível salientar que legislador constituinte não cochilou em vedar ao Estado a prática de determinadas sanções penais, as quais muitas vezes já foram utilizadas por outras civilizações ou em outros períodos históricos, mas que, no momento atual, tendo em vista todos os avanços dos direitos humanos, sobretudo no pós Revolução Francesa e no cenário do pós Segunda Grande Guerra Mundial, são inconcebíveis, sobretudo quando se considera o Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º não tolera as seguintes formas de punições penais:

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;

A vedação dessas modalidades de pena se justifica por todo avanço alcançado pelos direitos humanos, não somente no Brasil, mas também no mundo, inclusive com a redemocratização do Estado brasileiro e em plena consonância com a dignidade da pessoa humana, conforme estatuída como fundamento da República.

2.3 PRISÃO PROCESSUAL E PRISÃO PENAL

Com base no conhecimento de que a pena é espécie de sanção penal, traduzida na limitação imposta pelo Estado a certos direitos e bens do cidadão infrator, urge falar da mais drástica das formas de sanção que é justamente a prisão.

Para o mestre Guilherme de Souza Nucci (2014), a prisão se caracteriza pela privação da liberdade, recolhendo-se a pessoa humana a um cárcere.

Porém, a doutrina diferencia prisão penal, caracteriza pela aplicação da sanção após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, da prisão cautelar ou processual que ocorre antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme ensinam os brilhantes doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019).

Assim, antes de adentrar na prisão penal e os efeitos traumáticos de sua execução, vale passar em revista as prisões cautelares, quais sejam, prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

Então, dentre as prisões cautelares, a prisão em flagrante se caracteriza por não depender de ordem judicial, se caracterizando como espécies de autodefesa da sociedade, pois até mesmo o povo poderá exercê-la (LIMA, 2017).

O Código de Processo demonstra que tanto o povo poderá realizar a prisão em flagrante, como o flagrante é uma situação de imediatidade com o fato delituoso:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Note-se que a prisão em flagrante não tem fins punitivos, mas de defesa da sociedade diante de um ato criminosos, procurando fazer cessar a atividade criminosa, além de dar a oportunidade para que o cidadão possa se defender e defender seus pares.

Também vale lembrar que embora não seja uma punição, a prisão em flagrante deve cumprir determinados procedimentos como uso moderado da força e encaminhamento à Autoridade Policial em tempo hábil, sob pena de irregularidade a ensejar o relaxamento com a soltura do indivíduo, conforme vale exemplificar com normas do Código de Processo Penal:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)

§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim, caso alguma dessas normas sejam violadas, vislumbra-se a possibilidade de relaxamento da prisão, conforme determina o texto legal e a própria Constituição Federal, não obstante, por outro lado, que as investigações continuem.

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, quando acontece a prisão em flagrante, o preso é levado em tempo hábil à presença do juiz, do Ministério Público e

do Advogado de Defesa, perfazendo o que se convencionou chamar de audiência de custódia, a qual tem o importante papel de filtrar o fiel cumprimento da lei no momento da prisão em flagrante, além de fiscalizar a observância de demais direitos fundamentais do indivíduo, como o respeito à integridade física e moral.

De outro lado a legislação processual penal dispõe ao Estado a prisão preventiva, conforme consignado nos artigos 312 a 316 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

Diferentemente da prisão em flagrante a prisão preventiva somente poderá ser efetivada por ordem judicial e mesmo assim, há que se observar os requisitos de cautelaridade.

Para a unanimidade da doutrina, o decreto da prisão preventiva deve demonstrar a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, conforme pensa Renato Brasileiro de Lima (2017).

O autor observa que o *fumus comissi delicti* é caracterizado pela presença de elementos de autoria e de materialidade, enquanto o *periculum libertatis* é um risco da liberdade do indivíduo, caracterizado pela presença, no caso concreto de alguma das situações previstas no artigo 312 do CPP como a necessidade de garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução ou mesmo a necessidade e da lei penal (LIMA, 2017).

Para Guilherme Nucci (2014), a garantia da ordem pública deve ficar caracterizada quando demonstrada a gravidade do crime, a periculosidade do agente e a repercussão social.

Por sua vez, a necessidade de aplicação da lei penal é exemplificada na hipótese de fuga do distrito da culpa, conforme salientam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019).

Por fim, a terceira modalidade de prisão cautelar é a prisão temporária, a qual tem previsão em lei específica e é voltada para preservar a eficácia das investigações (TÁVORA e ALENCAR, 2019).

A Lei de Prisão Temporária, Lei número 7.960/1989 traz no artigo 1º os requisitos que devem ser satisfeitos para a decretação da prisão preventiva:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Note-se que é preciso demonstrar a imprescindibilidade da prisão para as investigações somado a um crime grave previsto na lei ou da falta de endereço fixo ou de identificação do suspeito somado a um crime grave previsto na lei. De qualquer sorte então, sempre se exigirá a presença de um crime grave (TÁVORA e ALENCAR, 2019).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019), ainda trazem à baila o questionamento sobre a inconstitucionalidade da prisão temporária uma vez que derivou de medida provisória, espécie normativa que pelo teor da Constituição Federal de 1988 não poderia veicular matéria penal ou processual penal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

Apesar do fortíssimo argumento somado ao fato de que não houve urgência e necessidade para se criar a lei de prisão temporária, esta norma não foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, permanece em vigor.

3 SUPERLOTAÇÃO E PROBLEMAS CARCERÁRIOS NO BRASIL

3.1 DADOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

De acordo com Fabrício Moreira Lopes na monografia intitulada “A efetividade da educação na ressocialização do detento no sistema penitenciário brasileiro”, apresentada em 2016 para a Faculdade de Ensino Superior de Linhares – FACELI, a situação do sistema carcerário brasileiro é alarmante pois o Brasil, com base em dados de 2014, tem a quarta maior população carcerária do mundo, contando com 607.731 preso (LOPES, 2016).

Entretanto esses números são ainda mais assustadores quando se verifica que o sistema todo possui 376.666 vagas, ou seja, é evidente a superlotação que provoca toda sorte de violações dos direitos dos detentos (LOPES, 2016).

Segundo o autor, 41% dos presos são provisórios, ou seja, estão presos sem condenação (LOPES, 2016).

Além dos números, Fabrício Moreira Lopes detectou outros graves e preocupantes problemas no sistema penitenciário brasileiro:

[...] Outro fato que contribui para a precariedade do sistema é a falta de qualificação técnica dos agentes penitenciários que não recebem o devido treinamento para atuar na área e acabam por contribuir para com a perpetuação da violência dentro das penitenciárias, seja na contenção de motins e rebeliões, seja no trato com os detentos. Há que se ressaltar também a violência interna entre os próprios presos. Abusos sexuais, espancamentos, extorsões e até mesmo homicídios são uma prática comum entre os detentos, pois os detentos hierarquicamente superiores ou mais perigosos exercem uma pressão sobre os novos detentos e os menos perigosos. Contribui no agravamento dessa situação o fato de não haver a separação dos detentos primários dos reincidentes, não sendo respeitada a separação por periculosidade prevista na Lei de Execuções Penais [...] (2016).

Já Ilana Constante Ribeiro, em sua monografia sobre “Crise no sistema penitenciário”, apresentada na Faculdade Vale do Cricaré em 2019 demonstra que com novos dados do INFOPEN de 2017, o Brasil passou de quarto para terceiro colocado no ranking mundial de quantidade de presos.

A autora demonstra que o levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), de dezembro de 2014, mostrava o Brasil em quarto lugar no ranking da população carcerária no mundo. Enquanto o Brasil apresentava 622.202 presos, Estados Unidos tinha 2.217.000, China 1.657.812

e Rússia 644.237 detentos (OLIVEIRA apud RIBEIRO, 2018, p. 280).

Entretanto, a situação piorou, pois, em 2017, o Brasil passou para o terceiro lugar na quantidade de presos, acumulando uma população carcerária de 762.712 presos revelando ainda que em comparação com a década de 90, o crescimento da população carcerária foi de 707 % no território brasileiro, ficando atrás apenas para Estados Unidos e da China (OLIVEIRA apud RIBEIRO, 2018, p. 280).

Soma-se a isso, o fato igualmente perturbado do número de mulheres encarceradas, cujo aumento é ainda maior, de acordo com que verifica Natacha Alves de Oliveira (apud RIBEIRO, 2018, p. 281):

[...] No que concerne à população carcerária feminina, verificou-se, segundo dados divulgados pelo Depen, que o número de mulheres presas passou de 5.601 em 2000 para 44.721 em 2016, registrando-se um aumento de 698%, o que, segundo a quarta edição do World Female Imprisonment List Divulgada em 2017, situa o Brasil em quarto lugar no ranking mundial dos países com maior índice de aprisionamento de mulheres, atrás dos Estados Unidos (cerca de 211.870), China (cerca de 107.131) e Rússia (48.478). Como consequência do crescimento da população carcerária, que alcançou a média de 7,3% ao ano, no período compreendido entre os anos de 2000 e 2016, tem-se o quadro de superlotação dos estabelecimentos penitenciários, tendo se apurado, a partir do Infopen de junho de 2016, o déficit de 359.058 vagas nas unidades prisionais [...].

Logo, além do crescimento da população carcerária, tanto de homens, quanto de mulheres, registra-se que faltam vagas, demonstrando que há muitas pessoas que poderia estar presa, o que elevaria ainda mais esses números.

O cenário é de colapso, mau funcionamento crônico do sistema penitenciário, fato que se espalhou por todos os Estado da Federação, dado que o quadro de superlotação carcerária no Brasil é de natureza estrutural e endêmica, violando direitos fundamentais de forma reiterada (OLIVEIRA, 2018, p. 282).

3.3 SISTEMA CARCERÁRIO E A JURISPRUDÊNCIA

Falar do sistema carcerário e a jurisprudência é entender que o sistema carcerário é assunto atinente às políticas públicas que são regidas pela Administração Pública e levadas a efeito pelo Poder Executivo.

Assim, inicialmente, em razão do princípio da separação dos poderes, seria vedado ao Poder Judiciário ingressar no mérito administrativo e interferir nas políticas

públicas relativas ao sistema penitenciário.

Ocorre que em razão do princípio da inafastabilidade insculpido no artigo 5º, XXXV, da CF/88, as demandas referentes ao sistema penitenciário acabam chegando ao Poder Judiciário e pelo que foi pesquisado em farta jurisprudência dos tribunais superiores, os juízes e tribunais não têm se furtado em decidir situações sobre o sistema penitenciário.

Dessa maneira, Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 36) destaca, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da 2ª Turma, no Recurso Especial 1.389.952-MT, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 3 de junho de 2014, publicado no Informativo 543, dando conta que o Poder Judiciário pode sim ingressar nas políticas carcerárias no que tange a reforma de cadeia ou construção de nova unidade prisional:

[...] Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública – superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos, notadamente em razão de defeitos estruturais, de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive relato de que as visitas íntimas seriam realizada dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam detentas acomodadas improvisadamente - , a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada precedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal [...].

Assim, o Tribunal afastou a tese de que o Poder Judiciário não poderia ingressar na esfera das políticas públicas penitenciárias, bem como não reconheceu plausível a defesa que geralmente o Estado faz quando não realiza obras e serviços públicos que é a ausência de recursos financeiros ou falta de previsão orçamentária.

O autor também selecionou em seu vade-mécum de jurisprudências, o julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal constante no Recurso Extraordinário 592581/RS, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015, em sede de repercussão geral, publicado no Informativo 794:

[...] É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do

possível nem o princípio da separação dos poderes [...].

Aqui também o Supremo Tribunal Federal afastou o argumento fundado na separação dos poderes, pelo qual, o Poder Judiciário não poderia determinar a implementação e políticas públicas. Ficou então claro de que deve prevalecer a possibilidade de o Poder Judiciário determinar medidas, ainda que para a Administração Pública, sobretudo pelo fato de estar em jogo a dignidade humana do detento.

Não obstante, tem ganhado grande relevância na doutrina a tese do Estado de coisas inconstitucional, termo que foi criado na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, ganhando ressonância no Brasil no julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) número 347/DF, no qual o Ministro Marco Aurélio reconheceu a necessidade de providências estruturais relativas ao sistema penitenciário brasileiro, objetivando sanar lesões decorrentes de ações e omissões dos poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal (NOVELINO, 2016, p. 162).

Daí, Marcelo Novelino (2016, p. 162 e 163), sendo constatado o Estado de coisas inconstitucional, demonstra o papel do Poder Judiciário:

[...] Caracterizado o “estado de coisas inconstitucional”, o guardião da constituição deve impor medidas estruturais flexíveis e monitorar o seu cumprimento (CAMPOS, 2015). Tais providências consistem em determinações judiciais voltadas ao redimensionamento dos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, a fim de viabilizar melhor coordenação estrutural. Cabe ao tribunal constitucional definir as balizas dentro das quais os poderes públicos deverão atuar, mas sem estabelecer pormenorizadamente as providências a serem adotadas. Deve ser assegurada uma margem de ação constitucionalmente adequada, não podendo o Judiciário substituir o Legislativo e o Executivo na implementação de tarefas que lhes são próprias. Para assegurar maior eficácia à decisão, na fase de execução dos comandos, deve haver o monitoramento contínuo por parte do tribunal, com a realização de audiências públicas periódicas e a participação conjunta das autoridades públicas responsáveis e de setores da sociedade civil.

Em síntese, o órgão judicial exerce o papel de instaurador e coordenador do diálogo institucional, instaurando o debate em torno do tema e impulsionando a atuação das autoridades públicas no sentido de promover a adequada proteção aos direitos fundamentais violados [...].

Nota-se então que o reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional não quer dizer que o Poder Judiciário vai assumir o papel importantíssimos dos outros poderes, ao contrário, a ideia é melhor organização e integração dos poderes para juntos resolver os problemas e caminhar para as soluções da grave crise vivida pelo sistema carcerário brasileiro.

Esse papel de provocar os outros poderes é verificado em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal como se pode observar no seguinte julgado:

A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN [Fundo Penitenciário Nacional]; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da Federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do Funpen; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. [RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, P, DJE de 1º-8-2016, Tema 423.]

O Tribunal, no julgado acima traz à tona diversas reformas urgentes e necessárias a serem implementadas pelo Poder Legislativo no melhoramento dos sistema penitenciário, inclusive com a previsão de recursos financeiros para os Estados executares as suas funções relativas a construção e manutenção dos presídios.

Não obstante, havendo danos morais e materiais sofridos pelos detentos, os Tribunais tem decidido que há responsabilidade civil do Estado no dever de reparação às vítimas, conforme o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no

ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. [RE 580.252, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, DJE de 11-9-2017, Tema 365.]

Portanto, há responsabilidade civil objetiva do Estado na falta de condições adequada nos presídios brasileiros.

4 MEDIDAS PARA REDUZIR A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS

4.1 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é instituto inspirado em Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos que visa proporcionar a apresentação do indivíduo preso em flagrante na presença do juiz competente, inclusive, de acordo com alguns autores, há resquícios da audiência de custódia na Carta Magna de 1215 na Inglaterra quando se previa que a pessoa presa deveria ser levada à presença do juiz.

Assim, vale trazer à tona o histórico da implantação da audiência de custódia, conforme a visão do Conselho Nacional de Justiça:

Lançado em 6 de fevereiro de 2015, o CNJ lançou o projeto Audiência de Custódia, em São Paulo. No discurso, Lewandowski anunciou a intenção de levar o projeto a outras capitais. O DMF já discutiu a proposta em AM, MT, TO, PI, CE, DF, PB, PE, MG, ES, PR, SC, RJ e MA. No dia 9 de abril, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que têm por objetivo incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia em todo o País, o uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica. As medidas buscam combater a cultura do encarceramento que se instalou no Brasil. O primeiro acordo de cooperação técnica estabelece a “conjugação de esforços” para a implantação da audiência de custódia nos estados. O projeto busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas. O acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas. O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. As medidas alternativas à prisão podem ser aplicadas pelos juízes tanto em substituição à prisão preventiva, quando são chamadas de medidas cautelares, quanto no momento de execução da pena. O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas. O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico é usado hoje em 18 estados da federação, principalmente na fase de execução da pena ou como medida protetiva de urgência. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a

acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência

Daí, havendo prisão em flagrante, o preso deve ser encaminhado a presença a autoridade judiciária, embora para a doutrina, a audiência de custódia também dever ser realizada quando da prisão preventiva ou prisão temporária (TÁVORA e ALENCAR, 2019).

Estando o preso na presença do juiz, do Ministério Público e da Defesa, o magistrado poderá avaliar, sem entrar no mérito da causa se há indícios de irregularidade na prisão como sinais de tortura ou maus tratos.

Os dados constantes no site do Conselho Nacional de Justiça, fazendo um acompanhamento da medida desde o seu surgimento, dão conta que foram realizadas 572.806 audiências de custódia em todo Brasil, havendo concessão de 377 prisões domiciliares, 343.379 prisões preventivas, 23.893 serviço social e 31.947 relatos de tortura ou maus tratos. Dessa maneira, há um filtro feito pelo juiz, permitindo-se a aplicação do artigo 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Então, havendo prisão ilegal que é aquela praticada com inobservância de algum procedimento legal como uso excessivo de algemas ou demora excessiva para informar ao juízo competente, o juiz deverá relaxar a prisão, ou seja colocar o indivíduo em liberdade sem fixar quaisquer condições.

Vale ressaltar que o fato do juiz relaxar a prisão em flagrante não implicar em dizer que o indivíduo não poderá vir a ser investigado ou processado futuramente por aquele fato, mas que, mas sim que não poderá ficar detido.

Por outro lado, o indivíduo também poderá ficar em liberdade em virtude da

concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ou outra medida cautelar. Isso deve ocorrer na hipótese em que mesmo sendo legal a prisão em flagrante, não há necessidade da manutenção da prisão, pois certamente a liberdade do indivíduo não põe em risco o andamento do processo.

Importante dizer que até o ano de 2011 o Código de Processo dispunha praticamente apenas das prisões cautelares para resguardar o andamento do processo, porém com a reforma da parte que trata das medidas cautelares no CPP, o legislador dotou o Estado-Juiz de diversas outras medidas cautelares conforme dispõe o artigo 319:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica.

Dessa maneira, o juiz dispõe de diversas medidas que não necessariamente trazem restrições a liberdade do indivíduo, o que facilita o trabalho do magistrado, dando-lhe mais opções para tutelar o caso concreto, bem como realiza os direitos do indivíduo que pela presunção ou estado de inocência somente poderia ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De outro lado, as medidas cautelares diversas da prisão sendo aplicadas na

audiência de custódia funcionam como uma válvula de escape para diminuir a tensão sobre o sistema penitenciário que sofre com a superlotação carcerária.

Da mesma forma que acontece com o relaxamento, a concessão da liberdade provisória ou de outra medida cautelar não impede a futura investigação e o futuro processo penal, pois tanto a Polícia, quanto o Ministério Público poderão dar continuidade na persecução penal.

Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 921), observa o esforço para regulamentação da audiência de custódia no Poder Legislativo:

[...] A audiência de custódia é objeto do Projeto de Lei do Senado Federal de nº 554/2011, cujo objetivo é alterar a redação do § 1º do art. 306 do CPP, que passaria a dispor: “No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitavas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”. Após apresentação de relatório pelo Senador João Capiberibe, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) emitiu parecer favorável ao PLS, aprovando, contudo, um substitutivo com a seguinte redação: “Art. 306 (...) § 1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvida, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º. Na audiência de custódia de que trata o § 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessário, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310, § 3º. A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º. A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º. A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código [...].

Há realmente essa crítica quanto à falta de regulamentação em lei da audiência de custódia, porém, conforme relata Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 922), o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou que a regulamentação das audiências de custódia por meio de Resoluções e provimentos dos Tribunais não viola a Constituição, além de estar de acordo com o que já é previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as normas internas.

4.2 FIM DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Em relação à possibilidade de execução da pena a partir da condenação em segunda instância, apesar da sensação de punibilidade, coercibilidade e eficácia do sistema jurídico, havia maior pressão sobre os presídios, uma vez que as unidades prisionais estão superlotadas.

Porém, com a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, levando ao pé da letra o princípio constitucional da presunção de inocência, somente permitindo da prisão para execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a ideia é que haverá um alívio sobre os presídios.

Vale a pena verificar um resumo do julgamento do STF que modificou sua própria jurisprudência que permitia a execução da pena em segunda instância:

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. Nesta quinta-feira (7), a Corte concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes. Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF. Para a corrente vencedora, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entendiam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência. A decisão não veda a prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. O julgamento das ADCs foi iniciado em 17/10 com a leitura do relatório do ministro Marco Aurélio e retomado em 23/10, com as manifestações das partes, o voto do relator e os votos dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Na sessão de 24/10, o julgamento prosseguiu com os votos dos ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Na sessão de hoje, proferiram seus votos a ministra Cármen Lúcia e os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>)

Portanto, não dúvida que essa nova decisão faz com que diversos indivíduos que estão recolhidos nos presídios, mas ainda não tem em seu desfavor o trânsito em julgado da condenação criminal, certamente receberão a liberdade, fato que contribuirá para amenizar o problema da superlotação das penitenciárias.

4.3 TÉCNICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO

De acordo com Fabrício Moreira Lopes (2016, p. 24), a sanção penal consistente no cumprimento da pena privativa de liberdade tem dupla perspectiva em relação ao apenado, pois de um lado há o aspecto penalizador e por outro lado há o aspecto ressocializador.

Porém o papel ressocializador do encarceramento tem pouca eficácia, por diversos problemas enfrentados pelas penitenciárias, sobretudo a superlotação, conforme enfatiza o autor:

[...] devido à precariedade do sistema penitenciário brasileiro, a segunda finalidade não é cumprida e as penitenciárias espalhadas pelo país, em sua grande maioria, acabam por descumprir, devido aos altos índices de ocupação, ditames importantes da Lei de Execuções Penais, tal como a separação dos detentos por periculosidade, transformando as penitenciárias em verdadeiras “escolas do crime”, onde aqueles que possuem menos experiência convivem com marginais mais experientes; outrossim, as condições precárias e a falta de perspectiva, além de não ressocializarem o indivíduo, ainda geram mais revolta nos apenados [...] (LOPES, 2016, p. 24).

Daí, em vez da penitenciária se transformar em escola para a vida, recuperando, reinserindo, reintegrando o indivíduo, ensinando-o a novamente viver em sociedade, acaba permitindo que a pessoa mergulhe ainda mais na criminalidade, não havendo ressocialização e sim reincidência.

A ressocialização pela educação é uma ótima técnica, não apenas por permitir a remição de parte da pena, mas para o próprio desenvolvimento do indivíduo. A educação tem a capacidade de transformar a pessoa, juntamente reformar o cidadão, preparando-o para retornar à sociedade.

Ocorre que a doutrina alerta para o fato da educação necessitar do ambiente adequado para tanto:

[...] A educação do apenado visa estimular condições capazes de propiciar a criação de identidade no indivíduo, estimulando-o a construir uma vida em sociedade dentro das possibilidades legais, fora da marginalidade. Para tanto, há a necessidade de uma política pedagógica construída com base na educação escolar/artística e profissional visando a socioeducação a fim de preparar o detento para o retorno à sociedade. Para a efetiva socioeducação do apenado é necessária uma estrutura própria que a educação não será somente um lugar para a recepção de um conteúdo pragmático e sim um lugar onde visa-se a socialização para a liberdade onde o conteúdo, que é necessário, seja apenas um dos elementos edificadores [...] (LOPES, 2016, p. 24).

Fica nítido então que se não há estrutura para garantir totalmente a proteção da integridade física dos presos, já que, conforme foi visto, vive-se uma situação de crise generalizada nos presídios, ainda mais difícil é ter uma estrutura educacional adequada.

Entretanto, o estudo continua sendo uma ferramenta que permite a remição e esta é meio que viabiliza a ressocialização.

Sendo assim, a doutrina traz exemplos da jurisprudência no que se refere ao estudo, como é o caso da Súmula 562 do Superior Tribunal de Justiça: “ É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros “ (MASSON, 2017, p. 307)

Nesse sentido, Cleber Masson (2017, p. 308 e 309) observa que o estudo pode ser acumulado com o trabalho:

[...] Como estatui o art. 126, § 3º, da LEP: “Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem”. Admite-se, portanto, a cumulatividade da remição pelo trabalho e pelo estudo, desde que compatíveis entre si, como medida apta a abreviar ainda mais o período de cumprimento da pena. Esta compatibilidade significa a ausência de prejuízo a qualquer das atividades, é dizer, o estudo não pode inviabilizar o trabalho, e vice-versa. A cumulatividade será cabível somente nos regimes fechado e semiaberto, pois no regime aberto e no livramento condicional o trabalho do condenado é obrigatório [...].

Para amenizar a falta de estrutura, os Tribunais admitem a remição da pena por curso, conforme a Súmula 341 do STJ: “A frequência de curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto” (GRECO, 2019, p. 191).

Vale assim anotar as principais regras da Lei de Execução Penal sobre a remição da pena:

Da Remição

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

Também é importante observar que se o preso ficar impossibilitado de trabalho ou estudo, pode continuar com o benefício da remição, conforme é a jurisprudência do STJ:

[...] Somente o preso que fique impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição, nos termos do § 4º do art. 126 da Lei de Execução Penal. Aquele que nem sequer iniciara o trabalho para a remição, mesmo que não tenha capacidade laborativa em razão de sua invalidez, não pode obter o benefício de maneira fictícia (STJ, HC 261. 514/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 1º/09/2014) [...] (GRECO, 2019, p. 190).

Portanto, a Lei de Execução Penal e o próprio Código Penal possuem diversos mecanismos que podem implementar a ressocialização, sobretudo fundados na individualização da penal como o sistema progressivo de cumprimento da pena, personalizado nos regimes fechado, semiaberto e aberto; assim como nas espécies

de estabelecimentos penais: penitenciária, colônia agrícola e industrial, casa de albergado; além dos instrumentos de remição da pena como estudo e trabalho. Urge valorizar a educação, pois ela é a chave para diminuir a reincidência e assim combater a superlotação (LOPES, 2016, p. 26).

4.4 DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

Considerando que boa parte da superpopulação carcerária está cumprindo a pena pelo fato de envolvimento com as drogas, algumas pessoas e até doutrinadores defendem a descriminalização das drogas, o que seria decisivo para a redução, num primeiro momento, pelo menos, para a redução da população carcerária.

Tanto isso é verdade que o tema tem sido pauta de discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

Ministro Fachin ouve especialistas sobre processo que discute porte de drogas para consumo pessoal - 02/09/2015 - O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), está ouvindo especialistas sobre a questão da descriminalização das drogas, dentre eles, autoridades das áreas médica e jurídica. O ministro pediu vista, no dia 20 de agosto, dos autos do Recurso Extraordinário (RE) 635659, processo que teve repercussão geral reconhecida e no qual se decidirá a descriminalização ou não do porte de drogas para uso pessoal. Nesta quarta-feira (2), o ministro debateu o tema com o jurista Luís Filipe Maksoud Greco, especialista em Direito Penal, graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e com mestrado e doutorado em Direito pela Ludwig Maximilians Universität, de Munique, Alemanha. Antes do pedido de vista do ministro Fachin, o relator do processo, Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que tipifica como crime o porte de drogas para consumo próprio. O ministro Fachin devolveu o RE 635659 para continuidade do julgamento no último dia 31, cumprindo o prazo regimental de duas sessões ordinárias para pedido de vista, cabendo agora apenas a inclusão da matéria na pauta do Plenário (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298920&ori=1>).

Não se trata de um movimento isolado, pois há essa discussão e no próprio STF, temas relacionados às drogas têm sido constantes nos últimos anos, como essa entrevista do Ministro Luís Roberto Barroso, explicando seu voto contra a criminalização da maconha:

Em entrevista, ministro Roberto Barroso comenta seu voto sobre descriminalização da maconha
15/09/2015 20h00 - Atualizado há

O ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, concedeu entrevista publicada nesta segunda-feira (14) pela BBC Brasil, na qual explica seu voto no Recurso Extraordinário (RE) 635659, que discute a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Na sessão de julgamento do dia 10/9, o ministro se manifestou exclusivamente sobre o uso da maconha, e não de outras drogas, e propôs a fixação de um critério para distinguir o consumo do tráfico.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso acredita que a descriminalização do consumo da maconha é "um primeiro passo" que pode levar "a uma política de legalização (das drogas) e eliminação do poder do tráfico".

Em entrevista exclusiva à BBC Brasil, ele explicou por que decidiu neste momento defender apenas a liberação do consumo de maconha, adotando uma posição divergente da do ministro Gilmar Mendes, relator do caso que avalia a descriminalização do uso de drogas. Mendes votou por descriminalizar todos os entorpecentes.

Barroso - Exatamente isso. Por exemplo, vem o Congresso e cria uma lei esvaziando a decisão do Supremo, dentro dos limites razoáveis de atuação do Congresso. Ou problemas de cumprimento da decisão.

A decisão sobre aborto nos Estados Unidos teve um *backlash* enorme. Na Alemanha, uma decisão da corte constitucional federal que determinou a retirada dos crucifixos das escolas na Baviera também. Quando você está lidando com sentimento social, tem que acertar a dose, sob pena de não trazer a sociedade junto.

BBC Brasil - Outro ponto no qual o senhor e o ministro Gilmar Mendes divergem é na questão da criação de critérios objetivos pelo Supremo para distinguir porte para consumo e para tráfico. Sem esses critérios, os efeitos práticos de uma eventual descriminalização ficam limitados?

Barroso - Considero esta fixação de critérios até mais importante que a descriminalização.

Como no Brasil hoje o porte e o consumo já não são punidos com prisão, mas com medidas alternativas mais brandas, na prática o grande problema é a falta de critério, porque isso cria um impacto extremamente discriminatório sobre as pessoas pobres.

Aí sim a descriminalização seria elitista, se nós não fixarmos um critério, porque no mundo real, pelas mesmas quantidades de maconha, os jovens da Zona Sul (do Rio de Janeiro) são tratados como consumidores e os jovens das áreas mais modestas são tratados como traficantes.

Portanto, o abismo social brasileiro se manifesta de uma maneira muito visível e dramática nesta questão da quantidade que caracteriza o consumo ou tráfico.

O ideal, hipoteticamente, é descriminalizar todas as drogas e vender elas sobre regulação econômica e administrativa do Estado.

BBC Brasil - Seria a legalização nesse caso?

Barroso - A melhor solução seria a legalização, em tese. O principal objetivo de uma política de drogas no Brasil deve ser acabar com o poder do tráfico. O maior problema brasileiro não é o consumidor, é o poder opressivo que tráfico tem sobre as comunidades pobres, ditando a lei local e cooptando a juventude.

Portanto, a minha visão de médio e longo prazo em matéria de drogas é legalizar todas para quebrar o poder do tráfico, que advém da ilegalidade.

Agora acho que você não pode começar com uma medida assim radical. Tem que avançar aos poucos. Legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real. E em seguida, se der certo, fazer o mesmo teste com outras drogas. Insisto que a minha ideia de não descriminalizar tudo não é uma posição conservadora. É uma posição de quem quer produzir um avanço consistente, sem retrocesso, não um avanço sem base.

BBC Brasil -Pessoas contrárias à liberação das drogas dizem que a descriminalização elevaria o consumo. Argumentam que não há recursos

suficientes para o governo investir mais na prevenção e tratamento. Por que o senhor discorda?

Barroso - Não há recursos porque eles estão sendo gastos na política errada. Cada vaga no sistema penitenciário custa R\$ 44 mil, e que cada preso custa R\$ 2 mil por mês, se você multiplica isso por cerca de 150 mil presos por tráfico, veja a quantidade de recursos que produz.

A segunda razão, que é um argumento que deveria convencer até mesmo quem filosoficamente seja contrário à descriminalização das drogas, é a seguinte: você prendeu mais de uma centena de milhares de pessoas por drogas sem que isso produzisse nenhum impacto sobre consumo.

Você prende esses aviões, esse pequeno traficante que faz a distribuição, e imediatamente ele é repostado por um exército de reserva que existe nas comunidades carentes. Você está entupindo as prisões, destruindo a vida desses jovens, sem produzir nenhum impacto relevante na realidade, porque o nível do tráfico continua igual.

Há um outro argumento que eu usei, que me impressionou muito quando estudei a matéria, que foi o depoimento do secretário de Segurança do Rio de Janeiro, (José Mariano) Beltrame, que disse essa "é uma guerra inútil, uma guerra perdida". Quem fez essa declaração não foi um juiz em seu gabinete, ou um professor na sala de aula, foi o comandante da guerra às drogas no Rio de Janeiro.

Quanto ao argumento do aumento do consumo, reconheço que esse risco existe num primeiro momento. Mas li matérias que relataram pesquisas dizendo que, em curto espaço de tempo, os índices ficavam inalterados. E, em Portugal, as pesquisas comprovaram que em relação aos jovens o consumo caiu (após a descriminalização).

BBC Brasil - Qual a importância desse julgamento? Que consequências concretas a descriminalização da maconha traria ao país?

Barroso - Pode ser o marco inicial de uma nova política pública em matéria de drogas. Um primeiro passo que possa levar a uma política de legalização e eliminação do poder do tráfico. Para usar um lugar comum: Roma não se fez em um dia. A gente na vida tem que respeitar o ciclo de amadurecimento da sociedade.

Em segundo lugar, acho que ela pode produzir o impacto relevante de diminuir o encarceramento de pessoas pobres no país e, portanto, diminuir a pressão sobre o sistema carcerário, destruindo a vida desses jovens que, na maioria das vezes, são réus primários.

BBC Brasil - Isso no caso de serem criados critérios objetivos para diferenciar usuário e traficante?

Barroso - Sim, no caso de serem aprovados os critérios. Em terceiro lugar, acho que é uma decisão que liberta um grande contingente de pessoas de bem da ilegalidade, que permite com que as pessoas vivam as suas próprias vidas sem ingerência estatal direta.

O meu medo em relação ao crack, e por isso eu preciso estudar mais, é que eu acho que uma pessoa pode fumar maconha e viver feliz e produtivamente a sua vida, e aparentemente isso é impossível de acontecer com alguém viciado em crack. Por esta razão, eu acho que uma coisa não é rigorosamente igual à outra e, portanto, elas precisam ser estudadas separadamente.

Note-se que um dos principais argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso, utilizado para fundamentar sua decisão de descriminalizar a maconha é em razão do número de vagas no sistema penitenciário, notadamente destinadas para encarar pessoas envolvidas com drogas, além do gasto que o Estado depreende com cada preso, valores que poderia ser utilizados em outras políticas públicas de viés preventivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que os direitos fundamentais permitem ao indivíduo desfrutar de um núcleo básico de valores inerentes à dignidade da pessoa humana como a proteção de sua integridade física; a valorização da vida; direitos sociais à moradia, à saúde, à segurança; direitos de liberdade de locomoção, dentre outros.

Desse modo, além de poder exigir prestações do Estado, o cidadão pode exigir que os poderes públicos se abstenham de interferir em sua vida particular.

Por outro lado, conforme ficou demonstrado no presente trabalho, esses direitos fundamentais são relativos, sendo passíveis de limitação a exemplo da vida que é sofre restrições com a possibilidade de abortamento ou mesmo em caso de legítima de defesa.

Assim também ocorrer com o importantíssimo direito de liberdade, o qual poderá ser cerceado na hipótese de cometimento de crimes, tanto em função de eventual condenação pela transgressão à lei, sendo garantido ao indivíduo acusado e processado, uma gama de direitos de defesa, contraditório e devido processo legal.

Também há hipótese de prisões cautelares, que restringem a liberdade, dado que se a prisão se revela necessária, em certos casos, para resguardar o resultado útil do processo. Assim, quando a prisão ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ela é denominada de prisão sem pena ou prisão cautelar ou prisão processual.

Já a prisão penal ou prisão pena é aquela decorrente de uma sentença penal condenatória, proferida pelo Poder Judiciário, após garantido o amplo direito de defesa.

Daí a Constituição Federal de 1988 elencou a prisão pena ou pena privativa de liberdade dentro de um rol que inclui também a pena restritiva de direitos e a pena de multa, vedando outras modalidades de penas as quais tem nítido caráter cruel. Logo é de especial importância verifica que as penas privativas de liberdade são muito utilizadas no sistema brasileiro, havendo uma multiplicidade de população carcerária a ponto de ser comum os termos: “crise no sistema penitenciário” ou “superpopulação carcerária”. Desse modo, em razão da superlotação dos presídios, dado que o Brasil figura com a terceira maior população de presos, perfazendo cerca de 700 mil detentos em território nacional.

No entanto, falta cerca de 300 mil vagas no sistema penitenciário e isso pressiona o sistema que fica sem recursos financeiros, com sérios problemas estruturais, péssimas condições de salubridade, causa doenças e mortes de detentos.

Essa situação é tão alarmante que o próprio Poder Judiciário tem interferido nas políticas públicas, determinando a manutenção de cadeias, a construção de unidades prisionais, a interdição de presídios e até um apelo ao Poder Legislativo para que implemente mudanças na execução penal, incluindo a destinação de recurso financeiros.

Logo, importa destacar ferramentas atuais que visam amenizar os problemas de superlotação carcerária, dentre as quais se sobressai à audiência de custódia, providencia que foi idealizada pelos Tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, consistente na necessidade de se levar o preso na presença juiz que então poderá fazer um filtro, tanto no que tange a legalidade, quanto no que diz respeito a necessidade da prisão. Assim, tal medida reduz a quantidade manutenção de prisões desnecessárias.

Também são destacáveis as medidas ressocializadoras da Lei de Execução Penal e do Código Penal como a individualização da pena, a progressão de regime, o trabalho e o estudo do preso como formas de remição.

Verificou-se na pesquisa que há quem defenda a descriminalização das drogas, pois a maior parte dos presos estão envolvidos com entorpecentes, o que faria uma sensível diminuição da superlotação. Tais medidas descriminalizadoras vão além das manifestações populares ou opiniões de estudiosos, ganhando espaço de discussão nos tribunais, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, importa falar da educação que tanto deveria e faz a diferença na vida das pessoas, inclusive dos presos, já que além de direito fundamental social, é ferramenta que se adequadamente aplicada, certamente tem a condição de reduzir a reincidência e por conseguinte amenizar a superlotação carcerária, além de possibilitar a realizar dos direitos fundamentais das pessoas apenadas.

Portanto, sabe-se o caminho rumo a ressocialização e a diminuição da população carcerária, mas as dificuldades materiais de implementação dessas medidas são visíveis, pois não é atoa que os tribunais têm reconhecido estar se vivenciando um verdadeiro Estado de coisas inconstitucional, do que urge uma solução conjunta de todos os poderes em todas as entidades da federação do país.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito penal parte geral**. 6. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade mecum dizer o direito**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES, Fabrício Moreira. **A efetividade da educação na ressocialização do detento no sistema penitenciário brasileiro**. Monografia apresentada à Faceli, 2016.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Ilana Constante. **Crise no sistema penitenciário brasileiro**. Monografia apresentada à Faculdade Vale do Cricaré: São Mateus, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.