



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-008, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 19, n. 34 (jan./jun. 2020). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2019.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

A CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”: COMO CRITICAR O QUE NUNCA EXISTIU?

THE CHARACTERIZATION OF BRAZIL'S PRISON SYSTEM AS AN “UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS”: HOW TO CRITICIZE WHAT HAS NEVER EXISTED?

HUSTON DARANNY OLIVEIRA

Especialista em Ciências Criminais
Instituto Federal do Norte de Minas, Brasil
hustonoliveira@hotmail.com

RESUMO: A pena privativa de liberdade é a espécie de sanção por meio da qual o Estado protege seus bens jurídicos mais relevantes. Neste artigo, ao colocar-se o sistema carcerário brasileiro em destaque, verifica-se que os estabelecimentos prisionais do país estão mergulhados num estado de coisas inconstitucional, em constante violação a direitos fundamentais dos detentos e também da sociedade. Com vistas à solução de uma crise que se revela sistêmica, é preciso reafirmar a importância de tal espécie de sanção, bem como intensificar investimentos na infraestrutura dos locais de cumprimento de pena, permitindo-se que os apenados encontrem condições dignas e que a sanção penal alcance os resultados esperados.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penitenciário; Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT: A custodial sentence is the kind of sanction through which the State protects its most relevant legal assets. This article focalized the Brazilian prison system and verified that the prisons in the country are immersed in an unconstitutional state of affairs, in constant violation of the fundamental rights of prisoners and society too. In order to solve this systemic crisis, it is necessary to reaffirm the importance of such sanction, as well as to intensify investments in the infrastructure of places of punishment, allowing the prisoners to find decent conditions and that the penal sanction achieve the expected results.

KEYWORDS: Prison system; Unconstitutional state of affairs.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das penas privativas de liberdade. 2.1. Sistemas penitenciários. 2.2. Disciplina jurídica normativa brasileira. 2.3. O contrassenso fático das prisões brasileiras. 3. A caracterização do sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”. 3.1. O que vem a ser um “estado de coisas inconstitucional”. 3.2. A ineficiência das penas privativas de liberdade no Brasil: como criticar o que nunca existiu? 3.3. Alternativas à crise do sistema penitenciário brasileiro. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A natureza humana – gregária, apesar de individualista – evidencia que as pessoas escolhem viver em sociedade ao compreender que os privilégios desta opção são consideravelmente

superiores aos prejuízos que adviriam de uma vida solitária e isolada dos demais membros da espécie.

Acontece que viver em sociedade, a despeito de trazer consigo o benefício do maior conforto e da maior segurança, acarreta também considerável número de tensões e conflitos entre os membros da comunidade. Os interesses pessoais, não raras vezes, tornam a socialização difícil e problemática.

Não há notícia de sociedade organizada que tenha conseguido alcançar um convívio interpessoal isento de conflitos. Afinal, as paixões, as vaidades, os interesses egoístas, a avareza e até mesmo os distúrbios psíquicos nunca deixaram de existir, desde o princípio da humanidade até os dias atuais.

Nesse contexto surge o Direito, um conjunto sistêmico de regras e princípios criado e aperfeiçoado ao longo dos tempos para fins de regulação social e melhoria da qualidade de vida das pessoas. Sem o Direito haveria o caos; com o Direito há controle e garantia de dias mais seguros e tranquilos, beneficiando aqueles que procuram o bem e punindo aqueles que optam pelo caminho oposto ao da obediência às leis.

As penas surgem com a convivência humana e vão evoluindo à medida que se intensificam as relações sociais. Nos primórdios, as sanções assumiam visões religiosas e sobrenaturais, sendo os fenômenos da natureza compreendidos como castigos dos deuses para os casos em que as pessoas descumprissem padrões de conduta. Mais adiante, as penas são dominadas pelos mais poderosos integrantes da comunidade, que as utilizavam para impor suas vontades e assegurar a manutenção do controle, assumindo, muitas vezes, caráter de vingança.

Com o passar do tempo, as relações da sociedade ficaram mais complexas e o Estado um ente organizado que começa a utilizar o Direito Penal como instrumento institucionalizado de

coerção a proteger bens jurídicos fundamentais: a vida, a liberdade e a integridade física.

Este artigo adotou o método dedutivo de abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica, fez análise acerca do surgimento e do desenvolvimento das penas, focou sanções privativas de liberdade e disposições normativas a elas aplicadas, bem como a situação em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro. Aliás, sobre as penas privativas de liberdade, houve o exame dos principais sistemas penitenciários adotados pelo mundo, suas características e distinções marcantes.

Sob a constatação de que o sistema penitenciário brasileiro deve ser caracterizado como um “estado de coisas inconstitucional”, a pesquisa passa a examinar objeções comumente proferidas em relação à pena privativa de liberdade e ao modelo de pena idealizado. Ademais, indaga em qual medida a situação fática do sistema penitenciário brasileiro interfere na eficiência das penas cumpridas em prisões.

As respostas a estes questionamentos dependem da exata compreensão acerca do que vem a ser o Direito Penal e a pena privativa de liberdade. Só então será possível dizer se o Estado ainda precisa dessa espécie de penalidade no contexto social brasileiro e quais são as alternativas para a solução da crise penitenciária nacional.

2. Das penas privativas de liberdade

As penas surgem como resposta – dos integrantes da comunidade e do Estado – às infrações cometidas pelas pessoas que se desviam de um padrão jurídico-normativo estabelecido. Afinal, para a constituição de sociedades organizadas há uma necessidade natural e ontológica de se estabelecerem regras de convivência, cuja observância cogente deve ser legitimada pela possibilidade de aplicação de sanções aos autores de comportamentos desviantes.

É evidente que a história dos povos revela variados modelos de sanção ao longo dos tempos e, entre as modalidades de penas já inventadas pelo homem para a aplicação no direito sancionador, as prisões constituem marco notável. Como leciona André Estefam (2018, p. 388), o Direito Penal, por muitos séculos, utilizou como principais sanções as penas capitais, corporais, infamantes e cruéis, as quais passaram a ser criticadas por causa da grande iniquidade com que o Estado tratava seus cidadãos criminosos. O autor destaca que as críticas proferidas no século XVIII por expoentes como o Marquês de Beccaria e Jonh Howard teriam chegado com fervor à América do Norte, levando à criação dos primeiros sistemas penitenciários do mundo.

2.1. Sistemas penitenciários

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 235) citam Manoel Pedro Pimentel:

A prisão, grande símbolo das penas privativas de liberdade, tem origem nos mosteiros da Idade Média, onde os monges recebiam o confinamento em celas como punição pelas suas faltas. No local, os clérigos deveriam dedicar-se, em silêncio, à meditação e à busca pelo arrependimento, a fim de alcançarem o perdão de Deus.

Assim surge o termo “penitenciária”, oriundo das “penitências” cumpridas pelos monges durante o período em que ficavam reclusos. É o primeiro modelo de pena privativa de liberdade organizado e com métodos sistematizados. A partir de então começam a surgir outras referências, com aplicação mais genérica e abrangente, visando ao alcance daqueles que cometessem delitos no seio da sociedade.

Também ao citar Manoel Pedro Pimentel, André Estefam (2018, p. 388) obtempera que a ideia das penitenciárias da Idade Média inspirou a criação das primeiras prisões durante o século XVI, em

Londres, na Inglaterra. Trata-se da *House of Correction*, construída entre 1550 e 1552, e que acarretou a edificação de diversos outros presídios ingleses. Esclarece ainda que foi no século XVIII que o encarceramento foi difundido como modelo de penalização, com destaque para a Casa de Correção de Grand, na Bélgica (1775), e para o Hospício de São Miguel, em Roma (1703 e 1704).

Dessa forma, os quatro modelos penitenciários mais conhecidos e abordados pela doutrina são o pensilvânico, o panóptico, o auburniano e o progressivo.

O sistema pensilvânico, também chamado de belga ou celular, teve origem na cidade norte-americana da Filadélfia, maior localidade do Estado da Pensilvânia. De acordo com Rogério Greco (2013, p. 480), este modelo consiste no isolamento celular absoluto. O condenado não pode trabalhar nem receber visitas, sendo constantemente levado à leitura da bíblia para que possa alcançar arrependimento.

Pelos ensinamentos de André Estefam (2018, p. 389), essa característica de isolamento absoluto do modelo pensilvânico surgiu para dar fim à promiscuidade até então frequente nos presídios. Conhecido como *solitary system* ou *solitary confinement*, o sistema evoluiu depois para o *separate system*, que admitia conversas do preso com capelães e funcionários da prisão e recebimento de visitas.

Michel Foucault (1997, p. 112) destaca que o isolamento absoluto do modelo pensilvânico não buscava “a requalificação do criminoso ao exercício de uma lei comum, mas à relação do indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro”.

Digno de severas críticas, o sistema buscava o arrependimento do criminoso ao investir mais em seus aspectos individuais e morais do que em seu reajuste social. Procurava ensinar valores éticos perdidos ou deturpados ao longo da vida do delinquente, porém os métodos geravam fortes ofensas à dignidade do condenado.

Não é com a leitura obrigatória da bíblia que os valores da religião serão impregnados na mente. É possível que essa estratégia até piore a situação de raiva, rancor ou outro sentimento. Quando alguém comete um crime, um dos principais objetivos da aplicação da pena privativa de liberdade deve ser a reintegração social. Práticas como o isolamento e o silêncio absolutos, bem como a proibição do trabalho, certamente dificultam esse intuito.

André Estefam (2018, p. 389) acrescenta – entre o sistema celular e o auburniano – o sistema pan-óptico, criado por Jeremy Bentham na Inglaterra do século XIX especialmente pela necessidade de resolver o problema do crescente encarceramento advindo da independência dos Estados Unidos e do processo de deportação da Austrália.

Jeremy Bentham (2008, p. 20-21) descreve um modelo de “casa de inspeção penitenciária” formado, basicamente, por um edifício circular no qual as celas ocupavam a circunferência e ficavam separadas entre si para impedir a comunicação entre os detentos, havendo partições na forma de raios, saindo da circunferência em direção ao centro, onde ficava o alojamento do inspetor. Tal engenharia objetivava favorecer a vigilância dos detentos, porquanto os funcionários do estabelecimento prisional, no centro da construção, tinham a visão de toda a estrutura, fator que contribuía para a segurança e a dominação – com a “aparente onipresença do inspetor”, nas palavras do seu idealizador.

Em aprofundamento, Michel Foucault (1997, p. 95) traz esclarecimentos sobre o funcionamento e a estrutura arquitetônica do sistema pan-óptico:

O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da

construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo.

Já o sistema auburniano, criado na cidade norte-americana de Auburn, no Estado do Alabama, representa certa evolução em relação ao modelo da Filadélfia, por incentivar no presidiário a melhoria de questões afetas a seus aspectos sociais, como o trabalho e a convivência com os demais condenados.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 236) o modelo auburniano mantinha o isolamento noturno, mas permitia o trabalho dos condenados, inicialmente nas próprias celas e depois ao lado dos demais detentos. O sistema manteve a exigência de silêncio absoluto, conhecido também como *silente system*, mesmo quando os presos estavam no trabalho comum.

Em visão semelhante, Michel Foucault (1997, p. 112) acrescenta que o modelo de Auburn prescrevia cela individual durante a noite, porém com trabalho e refeições em comum. A regra do silêncio absoluto continuava vigente: o detento só poderia falar com os guardas se houvesse permissão e se as palavras fossem proferidas em voz baixa, em clara referência ao modelo monástico.

Apesar de representar uma evolução ao modelo anterior, o sistema penitenciário de Auburn ainda merece críticas por não se preocupar devidamente nem com a ressocialização nem com a dignidade do condenado, mantendo práticas de pouca cientificidade na tentativa de o recuperar.

Nesse sentido, André Estefam (2018, p. 389) informa que o coronel espanhol Manuel Montesinos y Molina, por volta de 1834, destacou-se como crítico do sistema auburniano ao pregar o tratamento penal humanitário, suprimindo castigos corporais e retribuindo o trabalho do preso com remuneração, num sentido educativo e ressocializador.

O sistema progressivo inglês, segundo André Estefam (2018, p. 390), surgiu na Inglaterra no século XIX e o irlandês (por ter sido adotado posteriormente na Irlanda) em 1857. O sistema inglês foi criado pelo capitão da Marinha Real inglesa, Alexander Maconochie, então diretor de um presídio na Austrália. O sistema irlandês foi proposto por Walter Crofton para aperfeiçoar o modelo utilizado na Inglaterra. Mas em que consistem as diferenças?

Conforme Rogério Greco (2013, p. 481), o sistema inglês se baseia numa metodologia progressiva de penas que cumpre três estágios de execução. No período de prova, o detento é mantido completamente isolado – tal como no sistema pensilvânico; no segundo estágio, isolamento noturno e permissão do trabalho em comum, todavia mantendose o silêncio absoluto – em ideia semelhante ao sistema auburniano; no terceiro e último, permitem-se alguns privilégios ao preso, como livramento condicional e atuação nas *public work-houses*.

O sistema progressivo irlandês, nos termos dos estudos de André Estefam (2018, p. 390), trata-se de modelo criado com o intuito de aperfeiçoar o sistema inglês. Sua lógica era promover a segregação absoluta e ir concedendo progressiva libertação ao preso que demonstrasse readaptação ao convívio social. Ao contrário do sistema da Inglaterra, o modelo da Irlanda era composto por quatro fases: a penal, com a segregação em uma cela; a da reforma, com isolamento noturno; a intermediária, com permissão de trabalho em comum; e a da liberdade provisória, que com o tempo se tornaria definitiva, caso o detento mantivesse bom comportamento.

2.2. Disciplina jurídico-normativa brasileira

O legislador brasileiro, ao utilizar as experiências internacionais para escolher o modelo que melhor se ajustasse à realidade do país, adotou principalmente métodos e princípios do sistema progressivo, que é o que mais se assemelha ao modelo de privação de liberdade atualmente previsto no Código Penal.

André Estefam (2018, p. 390) traz os modelos adotados nos códigos penais utilizados ao longo da história brasileira. O Código Criminal de 1830 não chegou a um sistema específico, mas houve diversas tentativas para a utilização do sistema auburniano (Casa de Correção, 1882). O Código Penal de 1890 foi inspirado no sistema progressivo irlandês, pois prescrevia a possibilidade de transferência para a penitenciária agrícola depois do cumprimento de metade da pena nas condenações superiores a seis anos de prisão e, em caso de boa conduta, permitia a adoção do instituto do livramento constitucional, surgido em 1924.

O Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – em linha de pensamento semelhante à do sistema penitenciário – adotou o modelo progressivo¹, como se pode observar no artigo 33, § 2.º, e também na Exposição de Motivos 211, de 9 de maio de 1983, elaborada por ocasião da reforma de institutos e dispositivos da parte geral:

A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito.

1 As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

O intuito legislativo mais claro, portanto, é aplicar uma pena privativa de liberdade necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito (artigo 59 do CP), sem deixar de promover o respeito à dignidade humana do criminoso, postulado básico da sociedade e fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1.º, III, da CRFB/1988).

A despeito das visões em contrário dos posicionamentos da escola abolicionista, a legislação criminal brasileira continua entendendo a aplicação da pena privativa de liberdade como medida necessária a determinadas espécies de crime. E, a bem da verdade, é preciso ponderar que as normas penais brasileiras adotam o encarceramento como *ultima ratio* da penalização, preferindo as outras espécies de pena – restritivas de direitos e multas – antes de aplicar a privação de liberdade.

Assim, embora os tipos penais prevejam abstratamente a cominação de penas privativas de liberdade em seus preceitos secundários para que possam ser efetivamente cumpridas, é necessário que se reúna uma série de condições desfavoráveis ao condenado. Afinal, antes de ser levado ou mantido em uma penitenciária para cumprir pena, ele poderá ser beneficiado por diversos preceitos da legislação penal. É o caso dos institutos despenalizados da composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo (artigos 72, 76 e 89 da Lei 9.099/1995), da substituição de pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (artigo 44 do CP), da multa substitutiva (artigo 60, § 2.º do CP), da suspensão condicional da pena (artigo 77 do CP), do livramento condicional (artigo 83 do CP), das saídas temporárias (artigo 122 e seguintes da Lei de Execução Penal – LEP), da graça e do indulto (artigo 107, inciso II do CP), entre outros.

Na Exposição de Motivos 211, de 9 de maio de 1983, acerca das alterações empreendidas na parte geral do Código Penal, a visão é a vertente lógica de tal diploma legislativo. O Item 26 do documento destaca que uma política criminal que tenda a proteger a sociedade deve buscar restringir a pena privativa de liberdade apenas aos casos de comprovada necessidade, aplicando sanções diversas aos crimes menos graves. Na mesma linha, o Item 29 esclarece o novo leque de penas trazido pela reforma, o qual tem como intuito primordial o aperfeiçoamento da pena de prisão quando necessária e a sua substituição quando aconselhável, desde que garantida a eficiência do poder sancionador e corretivo do Estado.

Por conta dessa quantidade de benefícios dos quais se pode valer um condenado em processo criminal a fim de ficar isento da pena privativa de liberdade, Bruno Carpes (2018), no artigo *O mito do encarceramento em massa*, critica essa realidade do sistema penal brasileiro:

Após inúmeras mudanças legislativas, iniciadas em 1984 por um sistema progressivo irreal, o sistema prisional assemelha-se a uma porta giratória de criminosos, permitindo-se, com o sangue e o sofrimento de incontáveis vítimas, que um malfeitor tenha de cometer inúmeros crimes para permanecer tempo razoável em regime fechado. Em outras palavras, verifica-se que os condenados criminalmente permanecem pouquíssimo tempo no sistema prisional, o que demonstra a falta do efeito intimidatório/dissuasório inerente à pena de prisão por tempo prolongado, conforme alertava o Nobel Gary Becker.

Em breves palavras, a polêmica penal deste ponto gira em torno de saber quando a pena privativa de liberdade é necessária e quando ela deixa de ser. Apesar de algumas vozes ainda defenderem a abolição da pena de prisão, não parece nada razoável deixar de utilizar a privação de liberdade como sanção nas sociedades do tempo atual, notadamente por inexistir alternativa mais adequada para os casos em que aquela é aplicada.

Antes de prosseguir, porém, é imprescindível analisar o regramento específico das penas privativas de liberdade no Brasil, suas espécies e peculiaridades. Isso porque o ordenamento jurídico pátrio prevê o cumprimento da sanção privativa de liberdade em pelo menos três maneiras distintas: a reclusão, a detenção e a prisão simples. As duas primeiras são aplicadas aos crimes e a última é de aplicação exclusiva às contravenções penais².

Nos termos do artigo 33 do Código Penal, a pena de reclusão é cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção é cumprida em regime semiaberto ou aberto. Já a prisão simples, como ressalta André Estefam (2018, p. 392), é cumprida sem rigor penitenciário, em regime aberto ou semiaberto (sem qualquer possibilidade de regressão para regime fechado), possui trabalho facultativo para penas de até 15 dias e impõe a separação do condenado em relação aos que estão em reclusão ou detenção.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 238), a tendência moderna é unificar as espécies de penas privativas de liberdade em apenas um modelo de sanção (unificação do sistema prisional). Aliás, apesar de o Código Penal brasileiro ter mantido a distinção das espécies de penas privativas de liberdade, a diferença entre reclusão e detenção é “quase puramente formal”.

A diferença, destarte, é que a pena de reclusão pode ser iniciada em qualquer dos três regimes (aberto, semiaberto ou fechado), enquanto a detenção só pode ser iniciada nos regimes aberto ou semiaberto, podendo o condenado ser transferido para o regime fechado no caso de regressão (artigo 118 da LEP).

2 As contravenções penais previstas no Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, podem ser entendidas como infrações de natureza penal dotadas de menor ofensividade, causando menores prejuízos às vítimas e ao próprio Estado. De acordo com o artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, considera-se contravenção “a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Consoante o artigo 33, § 1.º, CP, o regime fechado consiste na execução da pena em estabelecimento penitenciário de segurança máxima ou média; o regime semiaberto é a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; enquanto o regime aberto trata da execução da pena em casa de albergado ou em localidade similar e adequada às suas finalidades.

No regime fechado o condenado fica sujeito a trabalho durante o dia e a isolamento no período noturno. O trabalho é realizado em comum no interior do estabelecimento prisional, de acordo com as aptidões de cada condenado e com as características da pena, podendo haver prestação de serviço externo em atividades ou obras públicas (artigo 34 do CP).

Os artigos 87 e 88 da LEP revelam que o regime fechado acarreta o cumprimento da pena em penitenciárias nas quais o condenado fica alojado em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório. O ambiente deve ser dotado de salubridade, ou seja, possuir medidas adequadas de aeração, insolação e condicionamento térmico. Ademais, a lei prescreve uma área mínima de seis metros quadrados para a unidade celular. Em se tratando de penitenciária destinada ao sexo feminino, acrescenta-se a necessidade de seção especial para gestantes e parturientes, bem como de creche para abrigar crianças entre seis meses e sete anos que estejam desamparadas em virtude da sanção aplicada à genitora.

Quanto ao regime semiaberto, também há trabalho em comum durante o período diurno, com a peculiaridade de as tarefas serem executadas em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento congêneres. Nesse caso, tanto o trabalho externo quanto a frequência a cursos são admitidos (artigo 35 do CP). A LEP estabelece que o condenado pode ser alojado em ambiente coletivo, desde que haja respeito às condições mínimas de salubridade e dignidade, com seleção adequada de presos e preservação da capacidade máxima para atender a individualização da pena (artigos 91 e 92).

Em se tratando do regime aberto, destacam-se os princípios de autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, pois ele deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada no ambiente externo do estabelecimento, sem vigilância (artigo 36 do CP). O lugar adequado para este regime é a casa de albergado, que deve estar situada em centro urbano, separado dos demais ambientes, sem obstáculos físicos para fugas e com local apropriado para cursos e palestras (artigos 93 a 95 da LEP).

O complexo de normas penais aplicáveis na jurisdição brasileira é farto no sentido de assegurar variados direitos às pessoas que cumprem penas privativas de liberdade, porquanto a execução da pena não tem o condão de retirar a dignidade e a humanidade do condenado.

A própria CRFB/1988, ao passo em que garante a dignidade humana como seu fundamento, preocupa-se com o condenado ao estabelecer um rol de direitos e garantias fundamentais, em especial no sempre lembrado artigo 5.º, com vedação das penas de trabalhos forçados e cruéis (inciso XLVII, alíneas “c” e “e”), previsão para cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado – em homenagem ao princípio da individualização da pena (inciso XLVIII), garantia de respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX) e determinação para que as presidiárias tenham condições de permanecer com seus filhos durante a amamentação (inciso L).

É sempre bom lembrar que a Constituição Federal não deve ser vista como simples carta política ou como documento sem valor normativo, de conteúdo meramente programático. Ao contrário, como defende Konrad Hesse (1991, p. 14), a norma constitucional não possui vigência distinta e independente da realidade. Afinal, sua essência «reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

Outrossim, a LEP concede diversos direitos aos condenados que cumprem penas privativas de liberdade, como aqueles previstos

nos artigos 40 a 43: alimentação suficiente e vestuário, trabalho remunerado, previdência social, constituição de pecúlio, tempo de descanso e recreação, exercício de atividades artísticas e intelectuais, assistência jurídica, material, à saúde, educacional e religiosa, chamamento nominal, igualdade de tratamento, visita de cônjuge, companheira (ou companheiro) e parentes em dias determinados.

Há ainda os tratados de direito internacional que produzem efeito no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aqueles que versam sobre matéria de direitos humanos, os quais possuem status de norma constitucional ou caráter supralegal, na visão do Supremo Tribunal Federal (STF). É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, por exemplo, ratificado no Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, que prescreve em seu artigo 7.º a vedação a penas cruéis, desumanas ou degradantes. No mesmo sentido, a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, ratificada no Brasil pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, traz vedação à tortura como método de penalização (artigos 1.º e 2.º) e aos atos que constituam penas cruéis, desumanas ou degradantes (artigo 16).

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, dedica seu artigo 5.º à defesa de direitos relativos à integridade pessoal – seja física, psíquica ou moral –, estabelecendo a proibição de torturas e de penas cruéis, desumanas e degradantes, além de defender a ideia de que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Ademais, a convenção americana adentra em questões mais específicas relacionadas às sanções privativas de liberdade, como a individualização da pena, a necessidade de separação entre condenados e processados, a prescrição de princípios e regramentos diferenciados a crianças e a adolescentes, bem como a orientação de que tais penas devem ter como intuito primordial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Não restam dúvidas, assim, de que o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em seu regramento interno quanto no aspecto das normas internacionais que passa a adotar, possui farta e considerável previsão de direitos e garantias fundamentais aos condenados a penas privativas de liberdade. O legislador preocupou-se em prever um sistema marcado pelo caráter progressivo do cumprimento da pena, pelo respeito à integridade física e psíquica dos condenados, e por fornecer estruturas condizentes com o propósito de corrigir, prevenir, reeducar e ressocializar os detentos.

O grande problema surge quando se observa que existe um hiato enorme entre o que está previsto na lei (como deveria ser) e o que existe e acontece de fato nas penitenciárias e nos demais ambientes voltados à execução de penas privativas de liberdade (como realmente é).

2.3. O contrassenso fático das prisões brasileiras

Sem ignorar as demais espécies de penas, as sanções cumpridas em prisões, notadamente nos regimes fechado e semiaberto das penitenciárias brasileiras, na clássica pena de prisão e no modo como vem sendo executada, contribuem para a existência de graves problemas na execução das sanções como um todo.

Na verdade, as penitenciárias brasileiras estão mergulhadas num cenário crítico de completo caos: superlotação carcerária, falta de estrutura adequada aos fins da penalização, diuturna violação de direitos fundamentais dos detentos.

A Câmara dos Deputados realizou, entre 2007 e 2009, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Prisional, oportunidade em que elaborou documento de aproximadamente 600 páginas. Ao investigar a realidade carcerária brasileira, empreendendo diligências nos 26 estados e no Distrito Federal, os responsáveis

constatarem falta de higiene e de assistência material; acomodações totalmente inadequadas à dignidade dos condenados; insuficiência de vestuário (havia casos de nudez absoluta); alimentação deficiente e sem utensílios apropriados (comida distribuída em sacos plásticos); falta de idônea assistência médica, farmacêutica, odontológica, psicológica, jurídica e educacional; superlotação de celas; ócio (dados do Departamento Penitenciário Nacional revelam que mais de 80% dos presos não trabalham); comércio interno com preços abusivos; tortura; maus-tratos; presos sem contato com o sol há vários dias, em ambientes sem ventilação e iluminação natural; presídios femininos com diversas violações aos direitos das detentas (falta de higiene básica³, ausência de creches e berçários para o cuidado dos filhos); e constantes violações ao princípio da individualização da pena (sistemas de classificação de presos extremamente falhos e deficientes, em desrespeito à norma constitucional que impõe a separação dos detentos de acordo com idade e natureza do delito⁴).

Reportagem do portal de notícias G1 revela apontamentos do “Relatório de monitoramento de recomendações: massacres prisionais dos Estados do Amazonas, do Rio grande do Norte e de Roraima”, elaborado por membros do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) e do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT). O documento, datado de 2018, traz relatos de humilhação coletiva, desnudamentos, maus-tratos, espancamentos e agressões extremas, a ponto de a Penitenciária de Alcaçuz (maior do Rio Grande do Norte) ser

3 Conforme o relatório: “nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente.

4 De acordo com o relatório: “a superlotação, a falta de estabelecimentos adequados e a carência de técnicos são as principais causas do caos na classificação e na separação dos presos brasileiros. Infelizmente, presos de baixa periculosidade são misturados a monstros de carreira e têm tão somente duas opções: a submissão à exploração ou a agremiação com os movimentos prevalecentes”.

comparada a Abu Ghraib, presídio iraquiano marcado por práticas de tortura durante o regime de Saddam Hussein.

Ao discorrer sobre o estado dos locais em que se cumprem sanções privativas de liberdade no Brasil, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 266-267) também revela graves violações, como o ócio dos detentos, a frequência com que ocorrem massacres, homicídios, estupros, decapitações, estripamentos, esgarajamentos, tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha, e acrescenta:

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios de inspeção do CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à vida humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas depreciadas e celas imundas, sem iluminações e ventilação, oferecem perigos constantes para os presos e riscos gravíssimos à saúde ante as oportunidades de infecções diversas. As áreas de banho e sol convivem com esgoto aberto, com o escorrimento das fezes. Os presos não têm acesso à água, para banho e para hidratação, à alimentação de mínima qualidade. A comida está, muitas vezes, azeda ou estragada. Em algumas ocasiões, eles comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, no caso das mulheres, absorvente íntimo.

O projeto *Sistema Prisional em números*, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e elaborado a partir de visitas do parquet a unidades carcerárias, revelou, entre outros dados, que a taxa de ocupação média dos presídios brasileiros é de 175%. Além disso, entre março de 2017 e fevereiro de 2018, do total de 1.456 unidades prisionais, houve morte de detentos em 474 delas, em 81 houve registro de maus-tratos de funcionários a presos, e em 436 foram registradas lesões corporais.

Quando o assunto é o número de gente presa nos presídios brasileiros, é indubitável a realidade de superlotação. Para isso,

basta ter acesso a registros videofotográficos das celas, frequentemente divulgados pela imprensa, e perceber que a quantidade de pessoas que as ocupam é muito maior do que a quantidade que deveria ocupar.

A maior polêmica surge em relação ao número de detentos acima da quantidade de vagas, uma vez que algumas pesquisas incluem na "população carcerária" os presos em regime semiaberto, em regime aberto e até mesmo aqueles que cumprem prisão domiciliar, o que pode macular o propósito científico da pesquisa – a depender do que se pretende demonstrar. Parece inverdade, por exemplo, interpretação estatística que considere a influência do número de presos domiciliares e em casas de albergados (regime aberto) no cômputo de presos ocupantes do Sistema Penitenciário Nacional.

É fato que os regimes semiaberto e aberto ainda possuem estruturas bastante deficitárias. Faltam vagas e até mesmo estabelecimentos adequados, como colônias agrícolas, industriais e casas de albergado. Esse é um dos motivos pelos quais, muitas vezes, o preso de um regime acaba ficando em outro, prejudicando as análises quantitativas e, acima de tudo, o escoreito funcionamento do sistema progressivo de penas.

Uma pesquisa realizada pelo portal de notícias Migalhas revela que em apenas 11 capitais brasileiras os condenados ao regime semiaberto ficam reclusos exclusivamente em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares. Nas demais capitais, os detentos acabam cumprindo pena em penitenciárias comuns, em casas de albergado, em domicílio ou fazendo uso de tornozeleira eletrônica.

Essa situação impacta, com certeza, qualquer análise sobre o quantitativo de pessoas reclusas nos presídios brasileiros. Entrementes, os dados extraídos de fontes confiáveis não devem ser desprezados. Cabe aos interessados avaliar as estatísticas com cautela, já que podem funcionar como fundamento para a análise da crise penitenciária nacional.

O Monitor da Violência, do portal de notícia G1, por exemplo, mostra dados relativos à superlotação carcerária, ao número de presos por agente e ao percentual de presos provisórios em cada estado da federação, mas sem esclarecer se inclui ou não presos domiciliares e dos regimes aberto e semiaberto. O estudo, publicado no início de 2018, aponta 686.594 pessoas presas no Brasil, enquanto o número de vagas disponíveis é de 407.309, o que resulta em um percentual de superlotação de 68,6%. Do total de detentos, 236.058 seriam presos provisórios (34,4% da população carcerária).

O Conselho Nacional de Justiça, em análise mais completa e atualizada de relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), divulga em seu sítio eletrônico uma espécie de radiografia do Sistema Penitenciário Nacional (Geopresídios). Consoante os dados, o Brasil possui 2.609 presídios, com 339.483 presos em regime fechado, 117.186 presos em regime semiaberto, 10.789 presos em regime aberto, 246.319 presos provisórios e 6.401 presos em prisão domiciliar, alcançando 720.178 pessoas, sem contar os 3.450 internos em cumprimento de medida de segurança.

Não por acaso, duas autoridades brasileiras chegaram a comparar, em intervalo de tempo relativamente curto, as prisões do país a “masmorras medievais”. Primeiro, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal ministro Cezar Peluso, em 2011, teceu severas críticas ao sistema carcerário brasileiro e comparou algumas prisões às “masmorras medievais” (reportagem da Folha de S. Paulo no Portal UOL). Depois, em 2015, o então ministro da Justiça José Eduardo Cardozo afirmou categoricamente que os presídios brasileiros são “masmorras medievais” (reportagem do Estadão).

Em que pese tal situação, Bruno Carpes (2018) salienta que os gastos com o aparato penal brasileiro foram reduzidos quase pela metade (49,2%) entre 2006 e 2015, alcançando o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) um saldo de 3,5 bilhões de re-

ais para investimento no sistema penitenciário. O contrassenso dessa conduta omissiva do poder público é completamente desarrazoado e injustificado, pois, diante de todas as mazelas citadas, o governo federal simplesmente reteve vultosa quantia por aproximadamente dez anos. Esse paradoxo só começa a mudar em 9 de setembro de 2015, quando decisão do plenário do STF em Medida Cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347/DF determina que a União libere o saldo acumulado do FUNPEN para ser utilizado na finalidade para a qual foi criado, vedando-se novos contingenciamentos⁵.

Mesmo assim, consoante notícia do G1 em junho de 2019, uma auditoria do Tribunal de Contas da União realizada entre maio e novembro de 2018 apontou que, quase dois anos do primeiro repasse obrigatório do FUNPEN, apenas 5,3% dos recursos voltados para a criação de vagas nas prisões foram executados em doze estados do país. A despeito de toda a crise penitenciária brasileira, isso representa um valor não executado da ordem de R\$ 489.584.193,00.

Enquanto parte dos presos sofre constantes violações a seus direitos fundamentais, outros utilizam a influência e o poder do crime para auferirem benefícios e regalias durante o cumprimento das suas penas. Em total subversão ao espírito de um castigo estatal como consequência da prática delituosa, certos detentos conseguem ter acesso a diversos privilégios no interior de colônias agrícolas, industriais e até mesmo de estabelecimentos prisionais de alta segurança.

Não são raras notícias nesse sentido, como evidenciam outras duas reportagens do Portal G1. Em Goiás, por exemplo, durante a “Operação Regalia”, a investigação descobriu que no Presídio de Anápolis alguns presos traficavam drogas e até mantinham um motel nas dependências do estabelecimento. E como se não pudesse piorar, enquanto alguns detentos deveriam estar traba-

5 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – Distrito Federal.

lhando, saíam para visitar familiares, compareciam a agências bancárias e até frequentavam festas (tudo isso enquanto recebiam redução da pena pelo falso período laboral na penitenciária). Em outro caso, escutas telefônicas autorizadas pela Justiça identificaram que na Penitenciária de Aparecida de Goiânia e no Presídio Central de Porto Alegre detentos conversavam livremente por meio de aparelhos celulares e possuíam acesso à internet. Havia “celas” com televisores de última geração, cozinhas modernas e equipadas com geladeiras duplex e liquidificador, ventiladores, aparelhos de som, diversos alimentos (eram frequentes os churrascos com carne de primeira qualidade), além da grande circulação de dinheiro no interior dos estabelecimentos.

Também abundantes são as notícias de regalias a presos acusados ou condenados por crimes de colarinho branco, cujo número aumentou consideravelmente depois da “Operação Lava-Jato”. No Complexo Médico Penal de Pinhas, na região metropolitana de Curitiba, tanto o Ministério Público Federal quanto a Polícia Federal receberam notícias de que um grupo de políticos, executivos e lobistas teriam acesso a aparelhos celulares, internet, visitas íntimas diferenciadas, comida exclusiva e até cozinheiro, segurança e zelador particulares (Portal R7). Já no presídio de Benfica, no Rio de Janeiro, as acusações são de regalias ao ex-governador Sérgio Cabral, que teria acesso a uma farmácia de luxo e até a uma espécie de sala de cinema incluindo televisor de 65 polegadas e *home theater* (notícia do G1 RJ).

Diante do exposto, fica atestada a falência do sistema penitenciário brasileiro, já há muito tempo ineficaz e distante das suas finalidades. Sem a importância devida do Estado, acaba por retirar dele a legitimidade e os possíveis bons frutos que adviriam de um funcionamento adequado ao ordenamento jurídico. Verifica-se inquestionável contrassenso entre o que está previsto na lei e o que se encontra na realidade. A conclusão é de que, no Brasil, as penas privativas de liberdade estão sendo executadas de maneira totalmente inadequada.

3. A caracterização do sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”

Não é difícil perceber o paradoxo entre o que está previsto no ordenamento jurídico e aquilo que existe de fato nas penitenciárias brasileiras. Tamanha contradição, que se perpetua há vários anos no país, faz com que as soluções sejam cada vez mais complexas. Em outras palavras, a crise tornou-se tão grande que não é mais só uma “crise”, é um “estado de inconstitucionalidades”.

3.1. O que vem a ser um “estado de coisas inconstitucional”

Antes de saber o que vem a ser, é preciso saber o que não vem a ser um “estado de coisas inconstitucional” (ECI). Este é o ponto mais importante para compreensão do instituto, pois pensar que qualquer inconstitucionalidade pode ser encarada como um “ECI” é erro grave, que banaliza o instrumento e prejudica a resolução de problemas constitucionais.

Portanto, esta ferramenta constitucional não pode ser confundida com os modelos de declaração de inconstitucionalidade adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer: a ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e até mesmo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se confundem com o conceito e com a aplicação do ECI.

Inconstitucionalidade, como o próprio termo já revela, é uma evidente contradição entre o texto constitucional e uma norma infraconstitucional, pois, consoante o princípio da supremacia da constituição, a norma de hierarquia inferior deve extrair da Lei Maior o seu fundamento de validade. Diante da situação em que uma norma infraconstitucional não encontra respaldo lógico e normativo na lei constitucional, apenas resta como alternativa a declaração de sua inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI), como revela o artigo 102, inciso I, letra a, da CRFB/1988, destina-se a declarar a contrariedade de leis ou atos normativos federais ou estaduais ao texto constitucional. A diferença em relação ao ECI não está, necessariamente, em algum ato normativo, mas sim em situação fática de inconstitucionalidade.

Noutro giro, há casos de inconstitucionalidade que não se baseiam na existência de uma norma contrária aos dizeres constitucionais, mas sim na omissão do poder público em concretizar o conteúdo valorativo de determinada norma da Constituição. Consoante Gianfranco Faggin Mastro Andréa (2018, p.1), existem situações em que as deficiências estatais não são meras omissões legislativas que obstaculizam a efetivação de políticas públicas. Decorrem da falta de harmonia e coordenação na atuação de diversos órgãos públicos, “falha estrutural” capaz de impedir ou prejudicar fortemente a concretização e a proteção de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A ADPF, conforme artigo 1.º da Lei 9.882/1999, trata-se de ação que tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público. Conforme Uadi Lammêgo Bulos, citado por Pedro Lenza (2010, p. 300-301), preceito fundamental diz respeito aos comandos basilares do sistema constitucional imprescindíveis à concretização das bases de manifestação constituinte originária.

Aliás, até caberia interpretação segundo a qual a ADPF poderia ser utilizada para sanar a crise do sistema penitenciário brasileiro, entendendo-se que a situação dos presídios configura omissão do poder público que gera lesão a preceitos fundamentais da Constituição, como é o caso das constantes violações a direitos fundamentais dos detentos. Porém, mais adequado seria buscar o reconhecimento do ECI por meio da ADPF, uma vez que a violação a preceito fundamental estaria contida no estado

de inconstitucionalidades, que é mais amplo. Foi o que buscou o Partido Socialismo e Liberdade (Psol) ao ajuizar a ADPF 347/DF.

Todavia, é preciso entender que um ECI é diferente de uma ADPF. A situação de um ECI é mais grave do que de uma ADPF, pois há casos de ADPF que não configuram ECI. A ADPF funciona como instrumento de acesso ao Judiciário (ação constitucional), enquanto o ECI, no cenário jurídico-processual brasileiro, é conceito teórico de um estado de inconstitucionalidades, e não um instrumento processual propriamente dito.

Dos modelos de controle concentrado de constitucionalidade, talvez o que mais se aproxime do ECI seja a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Segundo a Lei 9.868/1999, a ADO tem como finalidade sanar omissão quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou à adoção de providências de índole administrativa (artigo 12-B). De acordo com a doutrina de Pedro Lenza (2010, p. 306), esta ação objetiva combater a famigerada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, também chamada de “doença da omissão administrativa”.

Não fosse a gravidade do estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, seria possível resolver o problema por meio de uma ADO, invocando-se a omissão do poder público quanto à adoção de medidas de natureza administrativa. Todavia, a situação das penitenciárias brasileiras é tão grave que já ultrapassou a esfera de abrangência de uma mera ADO.

Nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 58), muito mais grave do que uma inconstitucionalidade por omissão, no ECI encontra-se “uma realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos”.

Se nenhuma das ações de controle concentrado de constitucionalidade puder resolver tamanha crise institucional, não é o

caso também do mandado de injunção, remédio constitucional de controle difuso existente mais para corrigir a falta de norma regulamentadora que prejudique o exercício de direitos e prerrogativas (artigo 5.º, inciso LXXI, CRFB/1988) .

Azevedo Campos (2016, p. 161) acrescenta que não se trata de simples questão textual, de preciosismos de linguagem – como se o objetivo fosse selecionar a melhor palavra ou o melhor conteúdo semântico –, mas sim de concreta falta de efetividade de direitos e da distância entre as promessas constitucionais e o que se encontra na realidade.

No que se refere à crise de efetividade de direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet (2004) ressalta a falta de capacidade do Estado em atender demandas de direitos, o que contribui para a proliferação da crise de outras necessidades institucionais e pessoais dos cidadãos, levando aos crescentes índices de violência e de ofensa a bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade sexual e o patrimônio.

Por certo, mencionada ineficiência do poder público em concretizar direitos fundamentais de caráter individual e social não se resume à crise do sistema penitenciário brasileiro. Simboliza exemplo clássico da discrepância entre o que consta das previsões normativas – inclusive de índole constitucional – e a realidade tão distante do que se vê na prática.

Azevedo Campos (2016, p. 18-20) ensina que as omissões estatais não são apenas violações ao texto constitucional, mas também empecilhos à completa produção de efeitos dos direitos fundamentais. Logo, justifica-se a atuação judicial diante da inércia estatal, que implica a criação de um ambiente “real, atual e objetivo” de deficiências na tutela de direitos fundamentais e sociais num “quadro permanente de falhas estruturais”.

O ECI está associado não a simples violações ao texto constitucional, mas a um estágio complexo de seguidas omissões, a pon-

to de se constatar um quadro permanente de ofensas a direitos e a garantias fundamentais já arraigado na estrutura sistêmica, de difícil solução por envolver atores de diversos órgãos públicos.

A doutrina do ECI tem origem em 1997 na Corte Constitucional da Colômbia, quando o tribunal julgou diversas ações de importância nacional e classificou os incidentes como “estados de coisas inconstitucionais” em questões previdenciárias de professores, petição dos aposentados, ineficiência administrativa, falta de convocação de concurso público para notários, deslocamento forçado de pessoas, mora no pagamento de aposentadorias.

O caso mais emblemático, contudo, é o da *Setencia T-153/1998*, em que a Corte Constitucional colombiana identifica nas penitenciárias do país a ocorrência de uma violação a direitos fundamentais (dignidade humana, vida, integridade física e saúde), motivada pela superlotação dos presídios nacionais. A decisão torna-se tão famosa que passa a influenciar outros tribunais constitucionais pelo mundo, como o peruano e o brasileiro.

Esclareça-se que, por se tratar de uma teoria constitucional recente, há ainda melhorias a serem empreendidas. A experiência colombiana mostra que o instituto não deve ser banalizado, pois o tribunal do país acabou considerando meras inconstitucionalidades por omissão como “estado de coisas inconstitucional”. Ademais, as soluções para os casos de ECI, como destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 244-245), devem ser obtidas por meio de “diálogos institucionais”, evitando-se imposições judiciais que tendam a atrapalhar os processos de resolução de graves inconstitucionalidades.

Durante os anos, então, a Corte Constitucional colombiana identificou erros, amadureceu conceitos e evoluiu em relação ao modo de tratar o ECI em sua jurisprudência. Em 2004, no caso do deslocamento forçado de pessoas no território colombiano, *Sentencia T-025*, o tribunal chegou a estabelecer seis “fatores va-

lorados” que funcionam como requisitos para a constatação de um “estado de coisas inconstitucional”:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Azevedo Campos (2016, p. 179-185) prefere falar em apenas quatro requisitos para a configuração de um ECI: (I) a constatação de violação massiva e contínua de direitos fundamentais afetando grande número de pessoas, e não somente um caso de proteção deficiente do Estado; (II) omissão constante e persistente das autoridades públicas em realizar suas missões institucionais de defesa e promoção de direitos fundamentais; (III) soluções dependentes de medidas e determinações a um conjunto de órgãos, com a responsabilidade sendo atribuída a uma pluralidade de agentes públicos; e (IV) o risco potencial de um número elevado de ações judiciais sendo ajuizadas, o que levaria à sobrecarga do Poder Judiciário e ao acúmulo de processos.

Garcia Jaramilo, citada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 186), diz que a doutrina jurídica do estado de coisas inconstitucional surgiu como uma resposta judicial que tem como objetivo reduzir a distância entre as variadas consagrações normativas e a realidade social de um país desigual.

Gianfranco Faggin Mastro Andréa (2018, p. 66) define o ECI como técnica decisória judicial destinada a superar um estado de “violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de ações e/ou omissões em função de bloqueios políticos e/ou institucionais de diferentes autoridades/órgãos/poderes públicos” capazes de prejudicar um grupo de pessoas em condição de vulnerabilidade.

Também conceituando o instituto, o jurista Azevedo Campos (2016, p. 187) aduz:

Defino o ECI como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

O estado de coisas inconstitucional, portanto, nada mais é do que um instrumento judicial utilizado em decisões no âmbito do direito constitucional para fins de resolução de uma conjuntura crítica e socialmente relevante, que produz reflexos sobre a vida de diversas pessoas em situação de constante violação de direitos fundamentais. Por um lado, cabe ao Poder Judiciário coordenar, por meio de diálogos institucionais, medidas de atuação solidária dos órgãos responsáveis.

Por outro lado, há aqueles que não consideram positiva a ideia de importação da técnica decisória do ECI para o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Para o jurista Lenio Luiz Streck (2018), o ECI significa uma forma de ativismo judicial de aplicação por demais abrangente (pode abarcar uma série de problemas estatais, desde aqueles sérios e graves até questões banais do coti-

diano) e desnecessária diante da suficiência dos instrumentos processuais já contidos na CRFB/1988. O autor reputa a teoria como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes. Ele entende que a questão do ECI colombiano não se aplica ao Brasil e, tendo em vista que o controle de constitucionalidade tem normas como objeto, não seria juridicamente possível declarar-se a inconstitucionalidade de “coisas” ou mesmo de “estado de coisas”.

Com a devida vênia, as críticas supracitadas não devem prosperar. Antes de tudo, é preciso conhecer o histórico e a evolução teórica do ECI, pois só então será possível compreender a base filosófica, a juridicidade e as causas sociais que legitimam a existência do instrumento. Não se trata de ativismo judicial desarrazoado, e prova isso a proposta de resolução dos conflitos por meio de diálogos institucionais, sem imposições de um Poder sobre outro, o que desmistifica, ao mesmo tempo, a ideia de violação ao princípio da separação dos poderes.

Quanto ao uso indiscriminado da técnica do ECI, é verdade que durante a história do Tribunal Constitucional colombiano a medida foi usada muitas vezes indevidamente, o que acabou enfraquecendo e esvaziando o núcleo de validade da teoria. Contudo, utilização equivocada não é sinônimo de vício da teoria. Isso porque, com aplicação limitada a casos de extrema gravidade, quando estiverem reunidos os pressupostos de fundamentação, o instrumento pode produzir resultados importantes, notadamente em estados de marcante desigualdade social e violação de direitos fundamentais.

A despeito da alegada desnecessidade, o Estado brasileiro conviveu com a crise no sistema penitenciário durante anos sem nenhuma perspectiva de mudança. E mesmo com todos os alegados “instrumentos processuais”, com todas as ações já existentes, nada foi feito para a solução deste estado de inconstitucionalidades.

Apesar desse imbróglio, resta salientar que o que mais tem valor não é a discussão jurídica acerca da aplicação do ECI no orde-

namento jurídico brasileiro. Ficou evidenciado, até pelo STF, a condição deplorável dos presídios nacionais, há anos repletos de desumanidades e diversas violações a direitos e garantias que deveriam ser fundamentais. Não faz tanto sentido saber por onde veio a constatação, porque o que verdadeiramente incomoda é verificar as condições em que as penas privativas de liberdade são cumpridas na República Federativa do Brasil.

3.2. A ineficiência das penas privativas de liberdade no Brasil: como criticar o que nunca existiu?

A situação em que se encontram as penitenciárias brasileiras deve ser digna de atenção das autoridades do país. É evidente o paradoxo entre o que está previsto no ordenamento jurídico pátrio e o estado lastimoso das prisões, marcadas pela violação de direitos fundamentais que deveriam ser assegurados a qualquer pessoa, tanto pelo respeito à humanidade quanto pelo dever de proteção à dignidade de cada cidadão.

Já se passaram mais de 20 anos desde a promulgação da CRFB/1988 e até hoje não se conseguiu colocar em prática direitos mínimos assegurados às pessoas que cumprem penas privativas de liberdade no país. A despeito da vasta previsão de direitos e garantias aos detentos, tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional, o estado caótico das prisões brasileiras faz parecer que inexistem normas.

Na realidade, porém, as normas existem. O que se constata é um enorme desrespeito às suas disposições. O poder público quase nada se importa com a população isolada nos presídios. Como se não fossem vidas. As políticas públicas e as destinações orçamentárias olvidam a importância das penas privativas de liberdade para o Direito Penal e, via de consequência, para a sociedade e para o Estado. Chega-se ao ponto de perguntar se o que vemos no Brasil

são, de fato, penas privativas de liberdade cumpridas no seio de um Estado de Direito ou se são apenas pocilgas onde os criminosos são despejados para ficarem separados das outras pessoas.

É por isso que a situação do sistema penitenciário do Brasil deve ser vista como um estado de coisas inconstitucional. Aliás, conforme explanação de Gianfranco Faggin Mastro Andréa (2018, p. 152), a nação brasileira é marcada por numerosas e diuturnas violações a direitos fundamentais de grupos vulneráveis, o que evidencia o descompasso entre as promessas constitucionais e a realidade, legitimando-se a existência de um ECI.

Vários setores da sociedade, da mídia e até de estudiosos do Direito criticam a pena privativa de liberdade como se fosse ela a responsável pelo caos do sistema penitenciário nacional, e também do próprio sistema criminal como um todo. Entretanto, é preciso diferenciar a pena privativa de liberdade prevista no ordenamento jurídico da pena privativa de liberdade cumprida nos presídios. Afinal, como restou evidenciado, elas estão longe de ser a mesma coisa.

No viés do direito comparado, a situação brasileira é semelhante àquela encontrada nos presídios colombianos em 1998, época em que a Corte Constitucional da Colômbia, por intermédio da já mencionada *Sentencia T-153*, declarou o ECI daquele sistema penitenciário. A propósito, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 265) identifica um rol de similaridades entre o contexto colombiano de 1998 e o brasileiro atual: superlotação e insalubridade dos estabelecimentos prisionais, torturas, divisão inadequada entre os presos, violações a direitos básicos de saúde, alimentação, educação e trabalho, condições desumanas e indignas.

Diante desse cenário, o Partido Socialismo e Liberdade (Psol) ajuizou a ADPF 347/DF, com pedido liminar, justamente para buscar o reconhecimento do instituto do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, além da adoção de providências estruturais do poder público às alegadas ações

e omissões institucionais que têm produzido lesões a preceitos fundamentais das pessoas submetidas a privações de liberdade.

O STF, como guardião da Constituição (artigo 102 da CRFB/1988), reconheceu em decisão liminar do plenário do órgão, em 27 de agosto de 2015, a ocorrência de um ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro. A ementa ficou redigida da seguinte forma:

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

O ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADPF 347/DF no STF, manifesta em voto a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro. Além da violação de diversos direitos fundamentais, destacou a falta de trabalho, de educação e de outras ocupações do tempo; as barbáries que os presos promovem entre si, os constantes massacres, homicídios, violências sexuais, decapitações, estripações, estrangulamentos e choques elétricos; o desrespeito a grupos vulneráveis no interior dos presídios; o número insuficiente de agentes penitenciários; a falta de estrutura e, acima de tudo, a generalidade dos problemas, pois não são exclusivos de um ou de outro estabelecimento penitenciário, mas estão presentes em todas as unidades prisionais do país. Mello diz ser necessário reconhecer “a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro”. Destaque-se o seguinte trecho do voto:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fun-

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

A ADPF 347/DF ratifica, pela primeira vez no Brasil, o grave estado de crise relativo ao sistema penitenciário nacional. O próprio STF admite que violação grave e sistemática de direitos fundamentais se trata de um problema de difícil solução. Além do relator ministro Marco Aurélio, outros sete ministros reconheceram em seus votos a vigência de um ECI no sistema penitenciário brasileiro: Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A mais alta corte brasileira confirmou a existência de um estado de coisas inconstitucional nas penitenciárias brasileiras. Isso representa um marco na história do sistema de penas privativas de liberdade no país, uma vez que a situação crítica das prisões foi reconhecida e abriu caminho para implantar medidas resolutivas aos problemas constatados.

Além do Poder Judiciário, urge salientar a posição especializada do jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 271) sobre o panorama fático das penitenciárias brasileiras:

Postas as coisas assim, verifica-se, de forma inequívoca, o preenchimento dos pressupostos de configuração do ECI. Primeiramente, o sistema prisional brasileiro revela violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos quanto à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do

que inobservância da ordem jurídica correspondente pelo Estado, configuram tratamento desumano, degradante, cruel, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em cruéis e desumanas; os presos tornam-se "lixo digno" do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

Feitas essas considerações, e comprovada a caracterização do sistema penitenciário brasileiro como um ECI, chega-se à pergunta do título deste artigo: como criticar o que nunca existiu?

Ora, não faltam críticas à existência de um modelo sancionador de Direito Penal que ainda utiliza as penas privativas de liberdade como principal punição. Os críticos partem deste estado de falência das prisões para argumentar que o cerceamento de liberdade em presídios é sanção completamente ultrapassada e ineficiente, ainda mais no contexto de um Estado de Direito.

O movimento abolicionista, principal modelo de oposição à aplicação de penas privativas de liberdade no contexto hodierno de Direito Penal, tem como maiores expoentes os pensadores Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Sebastian Scheerer. Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 401) resume os ideais do movimento abolicionista em (I) descriminalização – deixando de considerar certas condutas como infrações penais – e (II) despenalização, eliminando penas para a prática de algumas condutas, mesmo que continuem a ser consideradas criminosas, sendo estas medidas vistas como soluções para a crise do sistema penitenciário.

Claus Roxin (2001, p. 2) destaca que o abolicionismo, cujos maiores adeptos são criminólogos europeus, vê no direito penal estatal mais prejuízos do que benefícios. O aparelho repressor do Estado como estratégia não possui a mesma eficiência de modelos alternativos, como medidas conciliatórias, indenizações.

Acontece que essa visão está direcionada a um sistema penal em crise, caracterizado pela existência de penas privativas de liberdade ineficientes, que não respeitam as previsões normativas que lhes dão suporte. Diante das circunstâncias do Direito Penal brasileiro, é até fácil criticar o modelo de penas privativas de liberdade, porquanto suas deficiências expressam claramente a falência de tais sanções.

Não há notícias, no Brasil, da existência de um modelo ideal de execução da pena privativa de liberdade. E quando se diz ideal não se está buscando um sistema perfeito, mas algo que, pelo menos, seja capaz de respeitar as disposições mínimas de dignidade dos detentos, até porque o que se restringe na aplicação de tais sanções é a liberdade, e não aspectos de humanidade.

A conclusão óbvia é que não se pode criticar o que nunca existiu. Em outras palavras, não se pode dizer que a culpa da crise vivida pelo Direito Penal brasileiro é das penas privativas de liberdade em si mesmas. Afinal, em que pese o estágio deplorável das penitenciárias do país, o Estado e a sociedade reconhecem que há uma parcela de infrações penais que só será adequadamente reprimida com punições do tipo.

O principal ponto, contudo, é que só se poderia afirmar cabalmente que as penas privativas de liberdade não são úteis ao Direito Penal, e que constituem modelo anacrônico de sanção, se o Estado tivesse sido capaz de criar e manter penitenciárias com uma estrutura geral condizente com as disposições normativas e, a partir de então, ficasse comprovado o fracasso do sistema.

Se os direitos e as garantias previstos na CRFB/1988, no CP e na LEP não são regularmente assegurados aos detentos, o estado é de notória inconstitucionalidade. Isto a que se tem costumado chamar de prisão, como se fosse o local exato em que o ordenamento jurídico determinou o cumprimento de penas privativas de liberdade, é na verdade uma deturpação estatal do sentido da pró-

pria lei. Neste *locus horrendus* não pode haver pena ideal, pois faltarão condições mínimas para que o infrator tenha pelo menos oportunidade de ser reeducado. E mais, ainda que se pensasse no absurdo de ser o presídio um lugar onde os condenados apenas pagam por seus delitos (aspecto retributivo) e se evita a ocorrência de novos crimes (aspecto preventivo), estariam os estabelecimentos prisionais brasileiros em falha constante, pelas reiteradas e grotescas violações a direitos fundamentais.

Cumpra lembrar as lições de Michel Foucault (1997, p. 110) ao dizer que a ordem nas cadeias “pode contribuir fortemente para regenerar os condenados”, ao passo que problemas na educação dos detentos, maus exemplos disseminados e ociosidade contribuem para o surgimento de crimes.

O que esperar de um sistema penitenciário caracterizado pela desordem? Evidentemente, a resposta é a proliferação dos maus exemplos, das condutas nefastas, dos atos deletérios praticados do lado de fora das penitenciárias, que, neste contexto, continuarão sendo executados no interior dos presídios e, se houver oportunidade, também fora deles.

A crise do sistema penitenciário não está na existência e na aplicação de penas privativas de liberdade, já que elas são necessárias e adequadas a determinadas espécies de delito. A verdadeira raiz do problema é o tratamento dado pelo Estado às penitenciárias brasileiras, pois o poder público, numa postura incoerente de completo descaso, vem há muitos anos ignorando este “estado de coisas inconstitucional”.

Viram-se as costas ao cerne do problema. Presos cumprem suas penas em locais absolutamente inapropriados, onde sofrem todo tipo de violação a direitos humanos fundamentais, enquanto a sociedade, sem compreender integralmente o problema, sofre as consequências de um Direito Penal cada dia menos legítimo e convive com as mazelas de um país violento, corrupto, desigual e desumano, que parece não conseguir identificar e nem resolver crises.

3.3. Alternativas à crise do sistema penitenciário brasileiro

É neste cenário de completo caos que se torna possível identificar novas ideias para solução – ou pelo menos de redução – da crise existente na infraestrutura das prisões brasileiras. O ponto inquestionável é o fato de as penas privativas de liberdade estarem sendo totalmente desvirtuadas pelo poder público, pois o que se vê na realidade dos estabelecimentos prisionais está extremamente distante dos parâmetros legais e constitucionais, ficando constatado um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. As divergências surgem quanto ao modelo ideal para solução do problema.

Há de se ressaltar, antes de mais nada, apesar de todas as críticas recebidas, que as penas privativas de liberdade ainda possuem inegável importância para o Direito Penal. Certos tipos de delito e certos perfis de criminosos só podem ser adequadamente respondidos por meio de sanções rígidas, capazes de retribuir o mal causado e prevenir novas infrações penais.

Não se duvida de que o Direito Penal possui, na maior parte dos casos, função repressiva. E quando assume papel preventivo de desencorajar as pessoas a praticarem delitos com base na aplicação de uma pena em abstrato, seus efeitos são pequenos diante de outras estratégias mais eficazes que podem ser adotadas pelo poder público, principalmente investimentos a longo prazo. Por isso é sempre lembrada a frase de Cesare Beccaria (2001, p. 199) segundo a qual “o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação”.

Claro que investimentos sociais em educação, trabalho, saneamento básico e redução das desigualdades sociais trazem frutos mais sólidos para o Estado (mesmo que demorem certo tempo). Todavia, não se pode negar papel considerável do Direito Penal nas atividades estatais de segurança pública, difusão de va-

lores e manutenção dos padrões morais cultivados pela maioria da sociedade. Aqui, cabe uma frase muito lembrada de Cesare Beccaria (2001, p. 117): “o melhor meio de impedir o crime é a perspectiva de um castigo certo e inevitável”.

Grande parte dos recursos orçamentários do Estado deveria em médio e longo prazo mudar a realidade de muitas pessoas e trazer verdadeiro desenvolvimento nos aspectos social, econômico e cultural, além de ter consciência de que investimentos consideráveis em boas estratégias de política criminal são necessários.

Por muito tempo o poder público ignorou os presídios brasileiros e as pessoas que os ocupam. A despeito do caos existente, o Brasil chegou ao absurdo de permitir o contingenciamento de bilhões de reais do FUNPEN, entre 2006 e 2015. O Estado desistiu de fazer algo para resolver ou amenizar o problema da infraestrutura prisional, enquanto a situação se agravava cada vez mais.

O sistema prisional nunca foi prioridade. Sem a devida atenção das autoridades, superlotação carcerária e violação a direitos fundamentais, formou-se uma bola de neve, de solução complexa, chamada de estado de coisas inconstitucional das prisões. O poder público jamais pensou que investir no sistema penitenciário e adequar o cumprimento das penas privativas de liberdade pudesse trazer benefícios consideráveis à sociedade, como redução da violência e melhoria da qualidade de vida das pessoas. Ledo engano.

Se o país tivesse um sistema prisional mais bem estruturado, em conformidade com as normas de execução penal, o número de gente que teria a oportunidade de passar por uma ressocialização eficaz seria muito maior, assim como a finalidade para a qual foi criada a pena privativa de liberdade corrigiria os apenados, previniria novos delitos e os reeducaria. Provavelmente nem todos os criminosos seriam transformados, mas é evidente que as condições propícias de um ambiente salubre e humano contribuiriam sobremaneira para permitir a mudança de um número considerável de pessoas.

O jurista Edilson Mougenot Bonfim (2018) no artigo *Prisão, universidade do crime?* defende que, apesar das lastimáveis condições do cárcere brasileiro, no qual é indubitável a necessidade de melhorias para fins de garantia de direitos fundamentais, ele ainda pode funcionar para algumas pessoas como local de mudança e de transformação. Afinal, o “mesmo fogo que endurece o ovo derrete a manteiga”. Logo, advertidos e redimidos pelo castigo da prisão, alguns detentos podem utilizar a oportunidade para deixar de lado as práticas criminosas e adotar uma vida diferente.

Nem mesmo alguns defensores do abolicionismo descartam a pena de prisão, apesar de manterem-na destinada a um plexo reduzido de comportamentos desviantes. Claus Roxin (2001, p. 2), no artigo em que indaga se tem futuro o direito penal, afirma – partindo do pressuposto de que a criminalidade vai sempre existir – que ainda no futuro haverá espaço para a existência e para a aplicação de um direito sancionador.

O Direito Penal não pode deixar de utilizar penas privativas de liberdade em seu papel regulamentar e punitivo. Ainda que se permaneça discutindo em quais infrações o Estado deva impor ao condenado tamanha restrição à sua liberdade, sempre haverá crimes para os quais não parecerá razoável aplicar medidas alternativas como forma de reprimir e prevenir o delito, assim como reeducar o delinquente.

Em crimes violentos como homicídios (artigo 121 do CP), latrocínios (artigo 157, § 3.º, II, CP), extorsões mediante sequestro com resultado morte (artigo 159, § 3.º, CP) e infrações penais demasiadamente prejudiciais à sociedade, como os delitos de corrupção, a espécie de pena que melhor reúne os requisitos de necessidade e adequação é aquela cumprida em estabelecimentos prisionais, justamente por ser ela a mais necessária e a mais adequada à retribuição do mal causado pelo crime, à prevenção de novas infrações penais e à possível reeducação do infrator.

Cesare Beccaria (2001, p. 89) diz que o rigor das penas deve ser correspondente ao estado em que se encontra a nação, devendo o Estado aplicar penas mais rigorosas para conter o povo que esteja em “estado selvagem”. Esta ideia significa que não adianta tratar uma sociedade voltada para o crime de maneira branda, com penas que produzam pouco efeito negativo sobre o criminoso, sem compatibilidade com o nível de dano gerado pelo delito ou com o grau de insatisfação do Estado e dos demais integrantes da comunidade ante a ocorrência de uma infração penal.

Como ensina Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 39-40), o ato punitivo estatal, em sentido amplo, só é justificável quando for capaz de promover um benefício maior do que o dano causado pela restrição a um direito fundamental. O constitucionalista, ao examinar o princípio da proporcionalidade, ressalta que o ato estatal somente será necessário se a realização do objetivo pretendido não se puder alcançar, de maneira diversa, com a mesma intensidade e com menor restrição ao direito fundamental atingido.

A visão moderna do princípio da proporcionalidade vem confirmar este raciocínio, porquanto a correta leitura da norma indica que ser proporcional não é apenas evitar excessos, mas também coibir deficiências. Silva (2002, p. 27) salienta que no passado se utilizava apenas o termo alemão *Übermaßverbot*, que significa proibição de excesso, enquanto há algum tempo se adota também o vocábulo *Untermaßverbot*, que pode ser traduzido como proibição de insuficiência. Tomando por base tal raciocínio, verifica-se que o Estado, ao agir para combater crimes e punir delinquentes, não poderá ser excessivo assim como não poderá atuar de modo deficiente.

Quando o poder público deixa de responder adequadamente à ocorrência de crimes, os valores sociais sofrem desgastes e a convivência harmônica entre as pessoas fica assaz ameaçada. Não por acaso, o Estado assume a proteção a seus cidadãos, já que a segurança pública figura como dever dele e direito de todos (artigo

144 da CRFB/1988), assim como a segurança é tida como direito humano, fundamental e inviolável (artigo 5.º da CRFB/1988).

Nessa linha de pensamento, vários autores defendem a necessidade de penas privativas de liberdade nos agrupamentos humanos, mormente em sociedades nas quais os crimes ainda são tão numerosos, violentos e deletérios ao desenvolvimento nacional. Conforme a Transparência Internacional, o Brasil ocupou, em 2017, a 96.^a posição entre os países corruptos no setor público, embora tenha caído 17 posições em relação a 2016 e sustentado pior posição desde 2014. Ademais, o Brasil registra aproximadamente 62 mil homicídios por ano (marca cerca de 30 vezes superior à da Europa), conforme dados divulgados pelo Ministério da Saúde no Atlas da Violência 2018.

Michel Foucault (1997, p. 110), apesar de reconhecer que as penas privativas de liberdade por vezes podem ser perigosas e até inúteis, trata a prisão como “detestável solução de que não se pode abrir mão”. Por sua vez, Edilson Mougenot Bonfim (2018) aduz que “sociedade alguma, em tempo algum, pode abrir mão desta ‘detestável solução’ que para muitos casos a prisão representa”. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 238) esclarecem que, a despeito dos inconvenientes nos aspectos educativos e reeducadores, a prisão ainda é o “único recurso aplicável para os delinquentes de alta periculosidade”.

Até mesmo a Exposição de Motivos n.º 211, que tratou das alterações empreendidas na parte geral do Código Penal, ratificou a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito em todo o mundo, inclusive no Brasil. O que se debate é tão somente a limitação dos casos em que deve ser reconhecida a sua necessidade.

Jesús-María Silva Sánchez (2004, p. 6-7), ao tratar da eficiência em Direito Penal, obtempera que este ramo não deve perseguir, necessariamente, condutas que tragam vantagens para todos e não prejudiquem ninguém. O ideal é que a imposição de penas tra-

duza a reunião de vantagens sociais que superem seus custos, até porque o fato de o delinquente suportar aspectos negativos como consequência da sua conduta infracional é medida de justiça.

Apesar da superlotação dos presídios, são frequentes as acusações de que o Poder Judiciário brasileiro utiliza por demais a prisão tanto como pena quanto por medida processual, em prisões provisórias e preventivas. As 702.988 pessoas presas⁶ (excluídos os presos em regime aberto e em regime domiciliar, e incluídos os presos provisórios) é fruto de uma política criminal que aplica a prisão em casos desnecessários e/ou inadequados, ou esse número é elevado porque a quantidade de crimes que merecem a aplicação de prisão é realmente elevada no Brasil (o que parece mais racional, diante da realidade vista nas ruas e nos noticiários da mídia)?

Ora, num país com tanta desordem e violência, marcado pela alta ocorrência de crimes brutais, como homicídios e latrocínios, e ainda a vexaminosa frequência de casos de corrupção tanto no setor público quanto no setor privado, bem como as consequências deletérias de tal prática para a sociedade, estranho seria se o Brasil prendesse pouco.

A alta quantidade de pessoas submetidas a penas restritivas de liberdade – por condenação criminal ou por força de prisões processuais – é justificada exatamente por conta do ainda maior número de crimes que vêm acontecendo no país (isso porque muitos deles acabam impunes, alguns sequer chegam a ser investigados, outros geram absolvições por falta de provas, outros prescrevem, outros recebem penas substitutivas, e no final sobra um percentual para aplicação de penas privativas de liberdade muito menor do que o montante de delitos praticados).

O Brasil não prende de mais; ao contrário, prende de menos. Alexandre Abrahão e Marcelo Rocha Monteiro (2018) afirmam

⁶ Dados do Projeto Geopresídios, do Conselho Nacional de Justiça.

que há muitos sofismas a respeito dos termos “encarceramento excessivo”, “prisões preventivas desnecessárias” e “não aplicação de penas alternativas”. Melhor seria a expressão “impunidade em excesso”. Isso porque a questão precisa ser analisada com um olhar mais crítico, que considere, por exemplo, que o Brasil é um dos países que mais matam (e do total de homicídios e de latrocínios ocorridos anualmente, apenas 8% são apurados, o que redundaria em mais de 55 mil autores de crimes que sequer são identificados). Além disso, há de ser levado em conta o alto número de benefícios penais e processuais aplicados a pessoas condenadas, como é o caso de substituições de penas, progressão de regime, saídas temporárias, entre outros. Portanto, a superlotação carcerária não é fruto do “excesso” de pessoas presas, mas sim da falta de vagas e de investimentos no sistema penitenciário nacional. O grande problema não é a existência das prisões, mas sim o tratamento conferido a elas pelo Estado.

A sociedade brasileira anseia por um Estado capaz de oferecer segurança pública, e isso passa, necessariamente, por aumento de investimentos na infraestrutura das prisões. Não é preciso penalizar por meio de prisões desumanas, que não contam com ambientes salubres e dignos. Como dizia Michel Foucault (1997, p. 6), a certeza da punição gera nas pessoas um sentimento de observância da lei muito maior do que aquele gerado por castigos abomináveis e teatrais.

Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 189-190) compreende que a vontade popular não está voltada nem para um “Direito Penal mínimo” (tolerante, brando e demasiadamente garantista) nem para um “Direito Penal máximo” (cruel, opressor, vingativo e demasiadamente rígido), visto que o ideal é um direito sancionador que seja ao mesmo tempo funcional e suficientemente garantista.

O filósofo grego Aristóteles (1991, p. 38) ensina que a virtude “é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por fal-

ta; pois, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo”. Essa lógica faz acreditar que a virtude para o sistema penitenciário brasileiro está no meio-termo entre o Direito Penal mínimo e o Direito Penal máximo, porque não há espaços para radicalismos sancionadores. Não cabe ao Estado atuar como vilão, que persegue sem escrúpulos e pune sem humanidade, assim como não lhe cabe agir como um tipo de “mãe”, que “passa a mão”, acoberta, ignora e pune de modo deficiente certas condutas delituosas.

Da mesma maneira, Ingo Wolfgang Sarlet (2004), ao tratar de constituição e proporcionalidade, afirma:

Salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que lembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais, dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de todos os integrantes da comunidade.

Preocupar-se com a dignidade humana é olhar tanto para o direito fundamental à segurança pública, que deve ser garantido à sociedade, quanto para os direitos humanos fundamentais, que devem ser garantidos aos detentos. O que se tem observado, todavia, é um Estado que ignora ambos e, por isso, mostra-se completamente ineficiente no exercício do seu papel de titular do direito de punir.

Conforme Edilson Mougenot Bonfim (1997, p. 182), é preciso defender o encarceramento em condições adequadas ao cumprimento da pena com dignidade e humanidade, por intermédio de

prisões compatíveis com a Lei de Execução Penal, ao contrário dos abusos a direitos observados nos estabelecimentos prisionais. O autor ratifica a importância da pena privativa de liberdade cumprida segundo as políticas humanitárias, sem misturar detentos primários e reincidentes, praticantes de crimes diversos, e, da mesma maneira, insiste na manutenção da pena restritiva de liberdade como instrumento de punição e prevenção segura e consistente.

Indubitável a necessidade de investimentos no sistema penitenciário brasileiro. Não haverá resolução da crise sem que o Estado atente para a importância das penas privativas de liberdade, destinando recursos orçamentários para esta causa e passando a tratar as disposições normativas como comando impositivos, e não como simples folha de papel.

Quanto mais de perto a infraestrutura das prisões brasileiras refletir as disposições do ordenamento jurídico, maior será a eficiência das penas privativas de liberdade. Tal espécie de pena foi pensada, estudada, planejada para produzir efeitos positivos para a sociedade e para o Estado. É ilógico esperar que os estabelecimentos prisionais brasileiros, com as condições deploráveis citadas ao longo do trabalho, alcancem os resultados teóricos para os quais foram idealizados.

4. Conclusão

As leis existem para regular o funcionamento da sociedade e para proteger bens jurídicos. Com o passar dos anos, os sistemas normativos foram evoluindo e o Direito alcançou padrão científico. A partir de então, o Estado assumiu a exclusividade da função jurisdicional e passou a adotar um complexo de normas para manter sua soberania e a ordem social.

No caso da lei penal, o objetivo é proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade e ter a seu dispor modelos sancionados-

res que causem severas consequências a quem descumpre o padrão imposto pelo Estado. Evidentemente, trata-se de uma regra de justiça, pois o mal do crime gera prejuízos às vítimas e, por via de consequência, o delinquente deve receber o mal da pena.

A evolução histórica e cultural da humanidade evidencia que o Estado não precisa utilizar penas cruéis e indignas para impor a força das suas normas. Melhor do que punir com força desproporcional, por meio de sanções desumanas e atrozes, é punir com certeza, sem permitir que a impunidade seja constante no corpo social e gere a ideia de que as infrações não são punidas como deveriam.

O poder público deve ser capaz de impor penas que sejam ao mesmo tempo humanas e eficientes, preocupando-se com a dignidade das pessoas e também com a segurança da sociedade, pois não se pode permitir que os indivíduos dispostos a delinquir entendam que o crime compensa. Ao realizar cálculos de eficiência, espera-se que o criminoso chegue sempre à conclusão de que o crime não vale a pena.

As penas privativas de liberdade assumem grande relevância na evolução histórica das sanções, porquanto simbolizam a transição das penas de castigos corporais e capitais para a razoabilidade de uma repressão que penaliza o infrator com a restrição da sua liberdade pelo tempo que se entende necessário para retribuir o mal do crime, prevenir novos delitos e ressocializar o infrator.

Há espécies de crime e tipos de criminosos que só podem ser repreendidos de maneira adequada pela aplicação de uma pena que restrinja a liberdade. É o caso de delinquentes com alta periculosidade e de praticantes de infrações penais violentas ou demasiadamente prejudiciais ao desenvolvimento social, como os crimes de corrupção.

Acontece que uma pena privativa de liberdade, para produzir os efeitos que dela são esperados, precisa existir e funcionar em con-

formidade com as disposições contidas no ordenamento jurídico. Muito se evoluiu para chegar ao modelo de prisões hodierno, e por isso sua concepção não pode ser desprezada pelo Estado. A imposição de sanções em estabelecimentos prisionais depende da garantia de proteção dos direitos fundamentais do condenado, e o atingimento das funções da pena depende também da razoabilidade e da humanidade da prisão. Não se pode esperar ressocialização (reeducação) e prevenção (notadamente a especial) daqueles que são tratados como animais em presídios insalubres e desumanos.

O Estado, na condição de “deitado eternamente em berço esplêndido”, afundou-se em reiteradas omissões no que se refere à infraestrutura do sistema prisional, cuja política de leniência e procrastinação resultou em uma crise vexatória, produtora de diuturnas humilhações aos detentos, bem como de crassa ineficiência das funções sociais da pena privativa de liberdade.

Diante de tudo isso, o STF reconhece o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ratificando que o problema é muito mais grave do que pensava a Administração Pública. Não se trata de mera proteção deficiente, mas de um quadro de violações massivas e frequentes a direitos fundamentais, cuja solução passa a ser dependente de diversos órgãos e instituições.

Cabe às penas privativas de liberdade e ao próprio Direito Penal mostrar que o Estado está em pleno funcionamento, com soberania e com ordem, punindo adequadamente os delinquentes que desafiam a segurança pública. Do contrário, estará implantado no país um ambiente mais do que propício à proliferação de crimes, partindo-se de um pressuposto segundo o qual o poder público adota a impunidade e não zela pelo cumprimento das funções justificadoras da pena.

Todavia, as penas privativas de liberdade só serão idôneas aos efeitos que delas se esperam quando as prisões estiverem dotadas da infraestrutura sobre a qual foram planejadas. Para produzir os fins é preciso fornecer os meios.

Uma das maiores injustiças do Direito Penal contemporâneo é teóricos e críticos brasileiros afirmarem que a pena de prisão está ultrapassada, sem atentarem para pelo menos duas impropriedades incontestáveis. A primeira é que o modelo que se tem chamado de prisão está demasiadamente distante do que foi previsto no ordenamento jurídico. A segunda é a de não fornecer uma medida alternativa que solucione o problema. Apontam-se numerosos inconvenientes da prisão, mas ninguém consegue dizer o que o Estado deveria utilizar em seu lugar.

A crise do sistema penitenciário brasileiro, e até mesmo a constatação da existência de um estado de coisas inconstitucional nos presídios do país, permite a pergunta: como criticar o que nunca existiu?

Espera-se que o Estado brasileiro, principalmente depois da constatação de que seu sistema penitenciário se encontra em estado de coisas inconstitucional, altere drasticamente o modo de tratar a política criminal relativa às penas privativas de liberdade. Quando o poder público for capaz de fornecer à sociedade prisões compatíveis com as normas constitucionais e legais, então será possível constatar, de fato, como funcionam e quais são os efeitos das penas privativas de liberdade.

5. Referências

ABRAHÃO, Alexandre; MONTEIRO, Marcelo Rocha. *Verdades e Mentiras: O Brasil não prende de mais; ao contrário, prende de menos*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/verdades-mentiras-21270779>. Acesso em: 20 maio 2018.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2001.

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Traução de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu; e organização de Thomaz Tadeu). 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

_____. *Prisão, universidade do crime*. Disponível em: <https://www.facebook.com/emo ugenot>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal, Plenário do STF, em 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 nov. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARPES, Bruno. *O mito do encarceramento em massa*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blog/s/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CNJ (2019). *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 15 jul. 2019.

CNMP (2018). *Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra relatório dinâmico "Sistema prisional em números"*. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 2 dez. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional República de Colombia. *Sentencia T-153/98, aprobada por la Sala Tercera de Revisión, 28 de abril de 1998*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Corte Constitucional República de Colombia. *Sentencia T-025/04, 17 de junho de 2004*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

EBC. *Brasil ultrapassa a marca de 62 mil homicídios por ano*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/brasil-ultrapassa-marca-de-62-mil-homicidios-por-ano>. Acesso em: 5 dez. 2018.

ESTADÃO. *Presídios do país são masmorras medievais, diz ministro da Justiça*. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>. Acesso em: 3 dez. 2018.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

G1. *Detentos com dinheiro têm regalias em duas penitenciárias brasileiras*. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/06/detentos-com-dinheiro-tem-regalias-em-duas-penitenciarias-brasileiras.html>. Acesso em: 3 dez. 2018.

G1. *Apenas 5% dos recursos do fundo penitenciário para criação de vagas foram executados em 12 estados, aponta auditoria do TCU*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/08/apenas-5percent-dos-recursos-de-fundo-penitenciario-para-criacao-de-vagas-foram-executados-em-12-estados-a-ponta-auditoria-do-tcu.ghtml>. Acesso em: 8 jun. 2019.

G1 GO. *Presos saíam para festas, traficavam drogas e até mantinham motel em presídio de Anápolis, diz MP-GO*. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/presos-mantinha-motel-trafficavam-drogas-e-ate-saiam-para-festas-do-presidio-de-anapolis-diz-mp.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

G1 RJ. *Monitor da Violência: Raio X do Sistema Prisional em 2018*. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/raio-x-do-sistema-prisional/>. Acesso em: 20 jun. 2018.

G1 RJ. *Regalias de Sérgio Cabral em Benfica incluem farmácia de luxo, diz MP*. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/regalias-de-sergio-cabral-em-benfica-incluem-farmacia-de-luxo-diz-mp.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

G1 RN. *Maior presídio do RN tem práticas de tortura, diz relatório*. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/11/28/presidio-potiguartem-serissimas-semelhanças-com-práticas-de-tortura-realizadas-em-abu-ghraib-diz-relatório.ghtml>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

G1 SP. *Brasil fica em 96.º lugar em ranking de 2017 dos países menos corruptos*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-fica-em-96-lugar-entre-180-paises-no-ranking-da-corrupcao-de-2017.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGALHAS. *Regime semiaberto praticamente não existe no Brasil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194415,101048-Regime+semiaberto+praticamente+nao+existe+no+Brasil>. Acesso em: 2 dez. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

R7. *Carta denuncia regalias de presos da Lava Jato no Paraná*. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/carta-denuncia-regalias-de-presos-da-lava-jato-no-parana-2406> 2018. Acesso em: 3 dez. 2018.

ROXIN, Claus. *Tem futuro o direito penal?* Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 90, v. 790, p. 459-474, ago. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*. São Paulo: Editora Manole, 2004.

_____. *A expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr./2002.

R7. *Carta denuncia regalias de presos da Lava Jato no Paraná*. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/carta-denuncia-regalias-de-presos-da-lava-jato-no-parana-2406> 2018. Acesso em: 3 dez. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 5 dez. 2018.

UOL. *Presidente do STF compara prisões a masmorras medievais*. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/03/894132-presidente-do-stf-compara-prisoas-a-masmorras-medievais.shtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

Artigo recebido em 19/6/2019

Artigo aprovado em 18/7/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200002