



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***

**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**JUCA ALMEIDA FORMIGLI SERRA**

**A SUPERLOTAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS  
PRISIONAIS BRASILEIROS, A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO  
DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E  
POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

Salvador  
2017

**JUCA ALMEIDA FORMIGLI SERRA**

**A SUPERLOTAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS  
PRISIONAIS BRASILEIROS, A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO  
DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E  
POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana  
de Direito e Gestão como requisito parcial para  
obtenção de grau de Especialista em Ciências  
Crimais.

Salvador  
2017

**JUCA ALMEIDA FORMIGLI SERRA**

**A SUPERLOTAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS  
PRISIONAIS BRASILEIROS, A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO  
DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E  
POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista  
em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2017

Para minha família.

## **AGRADECIMENTOS**

A Maria do Carmo, José Wilson e Ana, por existirem na minha vida e, assim, representarem o sentido dela.

A Vera Lucia, minha maior apoiadora intelectual, que sempre contribui para o meu aprendizado, amadurecimento e crescimento.

A Fernanda, meu amor, pela paciência, compreensão e companheirismo ao longo da elaboração deste trabalho.

“Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país visite os porões de seus presídios!”

Nelson Mandela

## RESUMO

Neste trabalho, será analisado o problema da superlotação do sistema carcerário brasileiro e a conseqüente violação constante e sistemática de direitos e garantias fundamentais nos estabelecimentos prisionais. Em um primeiro momento, será feita uma abordagem teórica acerca das funções da pena e, em última análise, do próprio Direito Penal, para verificar se a pena, no Brasil, cumpre suas funções, em teoria e na prática. Nesse ponto, será dada uma atenção especial ao garantismo penal, teoria que será o enfoque do trabalho. Logo em seguida, a situação dos presídios será descrita, através de dados, informações e percepções do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, do Congresso Nacional e de entidades internacionais. Após a descrição do problema central do trabalho, possíveis soluções serão analisadas, algumas delas já adotadas pelos três Poderes da República, em diversos níveis, algumas delas ainda sem implementação prática em nosso país.

**Palavras-chave:** Superlotação dos Presídios; Direitos e Garantias Fundamentais; Funções da Pena; Prisão Cautelar.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

|       |  |
|-------|--|
| ADPF  | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| art.  | Artigo   |
| CNJ   | Conselho Nacional de Justiça                       |
| CF/88 | Constituição Federal da República                  |
| CPC   | Código de Processo Civil                           |
| CPP   | Código de Processo Penal                           |
| CP    | Código Penal                                       |
| HC    | <i>Habeas Corpus</i>                               |
| LEP   | Lei de Execução Penal                              |
| ONU   | Organização das Nações Unidas                      |
| STF   | Supremo Tribunal Federal                           |
| STJ   | Superior Tribunal de Justiça                       |



## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b>   | 10 |
| <b>2 A PRISÃO</b>   | 13 |
| 2.1 A PENA DE PRISÃO  | 13 |
| <b>2.1.1 Evolução histórica e conceito</b>  | 13 |
| <b>2.1.2 Teorias da pena</b>  | 14 |
| 2.1.2.1 Teorias legitimadoras   | 15 |
| 2.1.2.2 Teorias deslegitimadoras  | 20 |
| 2.2 PRISÕES PROVISÓRIAS / CAUTELARES  | 22 |
| 2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PRISÕES   | 27 |
| <b>3 A PRISÃO NO BRASIL – TEORIA E PRÁTICA</b>  | 30 |
| 3.1 GARANTISMO PENAL E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE  | 30 |
| 3.2 ORDENAMENTO JURÍDICO  | 32 |
| <b>3.2.1 Constituição Federal de 1988</b>   | 32 |
| <b>3.2.2 Lei de Execução Penal</b>  | 33 |
| <b>3.2.3 Diplomas internacionais</b>  | 34 |
| 3.3 REALIDADE DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS   | 36 |
| 3.4 A JURISPRUDÊNCIA DO STF   | 43 |
| <b>4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA DESUMANIDADE DAS PENAS NO BRASIL</b>   | 50 |
| 4.1 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA  | 50 |
| 4.2 SOLTURA IMEDIATA DAQUELES QUE NÃO DEVERIAM ESTAR PRESOS E PROGRESSÃO DE REGIME DAQUELES COM DIREITO A TAL BENEFÍCIO | 51 |
| 4.3 A CULTURA PUNITIVISTA E A CONSTRUÇÃO DE NOVOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS   | 53 |
| 4.4 CELERIDADE PROCESSUAL E PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO CAUTELAR  | 55 |
| 4.5 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO   | 59 |
| 4.6 DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS E A PROPORCIONALIDADE APLICADA AO PODER LEGISLATIVO                                   | 63 |

|                    |  |
|--------------------|--|
| <b>5 CONCLUSÃO</b> |  |
| <b>REFERÊNCIAS</b> |  |

|  |           |
|--|-----------|
|  | <b>67</b> |
|  | <b>70</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil passa, atualmente, por uma enorme crise no seu sistema carcerário, influenciada, dentre outros motivos, por uma superlotação do mesmo, sendo imprescindível discutir-se o tema, em busca de soluções, tendo em vista que direitos e garantias fundamentais de presos, que são seres humanos e assim devem ser considerados pela sociedade civil e pelas autoridades estatais, estão sendo violados todos os dias em nosso país. A partir dessa afirmativa, constrói-se toda a motivação do presente trabalho, que busca demonstrar como o problema descrito se manifesta e em que grau, bem como tenta fazer algumas considerações sobre possíveis soluções.

Desta forma, destaca-se que nenhum presídio brasileiro consegue cumprir com aquilo que é determinado na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, sem contar as previsões contidas em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, de forma que os presos são mantidos nesses estabelecimentos como verdadeiro “lixo humano”.

De nada adianta termos uma Constituição Federal extremamente dirigente, encharcada de direitos fundamentais, se, na prática, nada do que está positivado torna-se realidade. Devemos sempre zelar pelo máximo cumprimento das normas constitucionais, sob pena da nossa Lei Maior se transformar em mero pedaço de papel, como dizia Ferdinand Lassalle<sup>1</sup>, ou seja, desprovida de qualquer aplicabilidade prática.

Essa dissonância entre a realidade prática e a ordem jurídica estabelecida foi apontada por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao descrever a situação crítica do penalismo latino-americano, que se encaixa perfeitamente à realidade brasileira, valendo transcrever um pequeno trecho:

Na criminologia dos nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídicos-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma

---

<sup>1</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

“realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente.<sup>2</sup>

Essa situação de crise reacende uma antiga e complexa discussão acerca da legitimidade da intervenção penal estatal e as funções da pena. Ora, nada mais adequado do que discutir se a imposição da privação da liberdade se legitima, na teoria e na prática, através da análise das diversas correntes legitimadoras ou deslegitimadoras, em um momento de crise do sistema penitenciário.

Nesse sentido, a principal análise deve voltar-se para o instituto da ressocialização (prevenção especial positiva). Ora, que ressocialização estamos promovendo através do nosso sistema penitenciário, se os direitos básicos não são garantidos e não é assegurado trabalho e educação aos presos? Aparentemente, nenhuma.

O objetivo central deste trabalho, portanto, é descrever o problema da superlotação do sistema prisional brasileiro e apresentar algumas possíveis soluções. Para alcançar tal objetivo, primeiramente será feita uma análise acerca das funções da pena, através das diversas teorias: legitimadoras, que se dividem em absolutas, relativas e ecléticas; e desalegitimadoras, que se dividem em abolicionistas e minimalistas radicais. Neste ponto, também será analisada a distinção existente entre a prisão-pena e prisão cautelar, destacando-se as modalidades desta última e suas funções no Processo Penal, bem como será feita uma breve narrativa sobre o princípio da humanidade das prisões. Em um segundo momento, será feita uma análise acerca da situação caótica do sistema carcerário, através de dados do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, do Congresso Nacional, e de entidades internacionais, além da posição da doutrina especializada sobre o assunto. Por fim, serão analisadas possíveis soluções para o problema descrito. Algumas dessas soluções foram acatadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor que o Poder Público adotasse algumas medidas, como, por exemplo, implementação da audiência de custódia em todo o território nacional, e outras não foram analisadas ou foram rejeitadas pela nossa Corte Constitucional.

A metodologia aqui empregada será a da revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre a temática proposta, bem como será feita uma análise de dados

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 12.

fornechos por 6rg6os oficiais e da jurisprud6ncia do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se que n6o foi realizada nenhuma pesquisa emp6rica inovadora, mas, t6o somente, uma an6lise de dados, na tentativa de revelar a dimens6o do problema a ser enfrentado.

## 2 A PRISÃO

### 2.1 A PENA DE PRISÃO

#### 2.1.1 Evolução histórica e conceito

O encarceramento humano é uma prática muito antiga, de forma que nem mesmo os estudiosos conseguem precisar o seu início, acreditando-se, inclusive, que tal prática se confunde com a própria história da humanidade. É o entendimento, por exemplo, de Cezar Roberto Bitencourt, segundo o qual é muito difícil situar a pena de prisão em suas origens.<sup>3</sup>

Ocorre que este encarceramento, que, sem dúvidas, remonta à antiguidade, não se confunde com a pena de prisão nos moldes que a temos hoje, tendo em vista que o primeiro servia como guarda dos réus que aguardavam julgamento, ou seja, como custódia, assemelhando-se mais com as prisões cautelares que temos hoje em dia. Nas palavras de Bitencourt: “Até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados”.<sup>4</sup>

Desta forma, a prisão era somente um estágio, um momento que antecedia a aplicação de uma pena, que podia ser de morte, de aplicação de sanções corporais, torturas e trabalhos forçados, por exemplo.

Foi somente a partir da Idade Moderna que a prisão passou a ser utilizada como pena, ou seja, como fim em si mesmo, como consequência pelo cometimento de um crime. A nova concepção da prisão como pena, ou seja, como consequência jurídica do cometimento de um delito, não tinha, no seu nascedouro, intenções humanistas, mas sim, burguesas e capitalistas. Sobre o assunto, Bitencourt, citando Dario Melossi e Massimo Pavarini, destaca que, na Holanda e na Inglaterra, quando da criação das primeiras instituições de reclusão, no século XVII, o objetivo era aproveitar a mão de obra barata dos presos de acordo com as necessidades da economia da época. A intenção era fazer com que o preso-trabalhador aprendesse a

---

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 23 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 587.

<sup>4</sup> Ibid., p. 588.

disciplina capitalista de produção, além de dogmas religiosos, especialmente no caso da Holanda, reforçando os dogmas da burguesia dominante.<sup>5</sup>

Entretanto, é inegável que a pena de prisão, que atualmente pode ser considerada por muitos como desumana e cruel, uma vez que priva os indivíduos de um dos maiores bens que existe, qual seja, a liberdade, sem contar as imperfeições do sistema prisional, que ainda serão analisadas neste estudo, no seu surgimento, representou uma grande conquista na busca pela efetivação dos direitos humanos. Isto porque as penas anteriormente existentes e comumente utilizadas, como morte, torturas, mutilações corporais e trabalhos forçados, eram muito mais graves e danosas à dignidade humana.

É o que sustenta Fábio Roque Araújo:

“Uma vez passado em revista um breve histórico das mais variadas formas de aplicação de sanções penais, resta patente que a pena de privação de liberdade já constitui um significativo avanço no sentido de humanizar a intervenção do Estado por meio da tutela penal.”<sup>6</sup>

*Atualmente, podemos conceituar a pena de prisão como sendo uma das consequências que o Estado pode impor ao indivíduo após o exaurimento do processo penal, quando este for considerado culpado pela prática de um crime, caracterizando-se pelo cerceamento da liberdade de locomoção com o alojamento do sujeito em um estabelecimento prisional por tempo determinado.*

Traçado um breve panorama geral acerca da evolução histórica da pena de prisão, é preciso analisar o futuro da mesma, considerando que os problemas do sistema prisional, especialmente no caso do Brasil, obrigam a sociedade e os operadores do direito a pensar em alternativas. Porém, antes é importante fazer breves reflexões acerca das funções da pena, através das suas teorias.

### **2.1.2 Teorias da pena**

È antiga a discussão acerca da legitimidade da pena de prisão e, sendo a pena de prisão a consequência máxima do direito penal, o debate perpassa pela própria

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 23 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 595-597.

<sup>6</sup> ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 51.

legitimidade do direito penal. Nesse âmbito de discussão, existe unanimidade quanto à natureza maléfica da pena de prisão, que gera um sofrimento imensurável, que somente poderia ser descrito verdadeiramente por um apenado. Sendo assim, discute-se se o Estado tem poderes para impor tamanha aflição ao indivíduo.

Jorge Figueiredo Dias, sobre o assunto, destaca que o problema dos fins da pena é tão antigo quanto o direito penal. Desta forma, em última análise, quando se discute as finalidades das penas, está se falando das questões de legitimidade, fundamentação, justificação e função da intervenção penal do Estado.<sup>7</sup>

Muitos estudiosos concluem que o Estado não possui legitimidade para impor ao cidadão, mesmo após o cometimento de um crime por este, uma sanção tão danosa a sua personalidade, qual seja, a usurpação da liberdade, não existindo, assim, justificativa para o ato de castigar. Compartilham desse posicionamento, os adeptos das terias abolicionistas e minimalistas radicais. De outro lado, correntes doutrinárias buscam justificar a existência da pena de prisão, sob diversos pontos de vistas, em que pese a gravidade desta, encontrando funções para a pena e formando as conhecidas teorias legitimadoras, divididas em teorias absolutas ou retributivas, relativas e mistas ou ecléticas.

#### 2.1.2.1 Teorias legitimadoras

As teorias legitimadoras da pena buscam justificar a atuação estatal na aplicação da sanção penal de cerceamento da liberdade individual, sob diversas perspectivas, dividindo-se em: teorias absolutas ou retributivas; teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial); e teorias ecléticas ou mistas.

Segundo as teorias absolutas (ou retributivas) de legitimação da pena de prisão, esta se justifica por si mesma. Ou seja, a prisão é a consequência lógica do cometimento de um crime. Sobre o tema, Claus Roxin é cristalino:

“A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da

---

<sup>7</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 89.



pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense”.<sup>8</sup>

A primeira teoria absoluta ou retributiva da pena é aquela elaborada por Immanuel Kant (teoria da retribuição moral). Para Kant, a pena representava uma reação estatal legítima para o cometimento de uma infração (ilegítima), não havendo que se falar em finalidades da pena, como ressocialização ou prevenção de novos delitos, por exemplo. A concepção de Kant se aproxima com a chamada Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”), segundo a qual um crime deve ser punido na medida do seu cometimento, ou seja, deveria haver reciprocidade entre o crime e a pena.

Kant resume bem a sua teoria no seguinte trecho:

“A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) [...] jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil.”<sup>9</sup>

Outro expoente das teorias absolutas foi Hegel (teoria da retribuição jurídica), autor que defendeu a pena de prisão como a consequência jurídica imposta pelo ordenamento a uma violação, ou seja, ao cometimento de um crime. Desta forma, a pena seria uma consequência lógica da própria existência do direito. Segundo esta concepção, delito seria a violação do direito e a pena seria uma segunda negação, ou seja, estar-se-ia, com a pena, negando-se a negação, ou, em outras palavras, afirmando o direito.<sup>10</sup>

Gamil Föppel el Hireche destaca que, na concepção de Hegel, a pena representaria o restabelecimento do próprio ordenamento jurídico, que havia sido atingido por uma violação, o crime, não possuindo, portanto, uma finalidade em si mesma. Sobre o assunto, o autor afirma que o pensamento de Hegel também guarda relação com a

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito** – volume 1 – Tradução: Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997, p. 81-82.

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 174 e 175.

<sup>10</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 12 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 413.

Lei de Talião, se observarmos a ideia de retribuição como combate à violação do direito.<sup>11</sup>

As teorias relativas, por sua vez, diferentemente das teorias absolutas, atribuem finalidades à pena, ou seja, não enxergam a pena como fim em si mesma. A finalidade da pena, segundo as teorias relativas, sempre será a prevenção de novos delitos, havendo divergência entre a teoria da Prevenção Geral Negativa, a Teoria da Prevenção Geral Positiva e da Prevenção Especial quanto ao modo com que os novos delitos são evitados.

Primeiramente, para a Teoria da Prevenção Geral Negativa, segundo Paulo Queiroz, a pena previne o cometimento de novos delitos através de uma coação psicológica aos seus destinatários, que correspondem a todos os indivíduos da sociedade, inclusive aquele que cometeu a infração.<sup>12</sup> Desta forma, a pena serviria como verdadeira intimidação estatal, ou seja, um aviso de que o poder punitivo estatal poderia voltar a ser utilizado caso a consulta punida fosse cometida em nova oportunidade.

Já segundo a Teoria da Prevenção Geral Positiva, a pena funcionaria como mecanismo de fortalecimento de valores éticos da sociedade, de acordo com a lição de Queiroz. Para o autor, que faz referência ao principal expoente da teoria, Günther Jakobs, as violações das normas representariam frustrações sociais, ou seja, condutas que divergem daquilo que é socialmente esperado, funcionando a pena, neste sentido, como estabilização das expectativas.<sup>13</sup>

José Antonio Paganella Boschi ressalta que a prevenção é positiva (ou integradora) porque, com a pena, segundo esta teoria, corrige-se o criminoso e reforça-se na sociedade a autoridade do Estado e a necessidade de respeito às leis, aumentando a consciência coletiva para um futuro melhor.<sup>14</sup>

Por fim, a teoria da Prevenção Especial difere das duas anteriores por ser direcionada ao indivíduo que cometeu a infração, e não à sociedade. Utilizando mais

---

<sup>11</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 20-21.

<sup>12</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 12 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 414.

<sup>13</sup> Ibid., p. 414-415.

<sup>14</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 94.

uma vez a doutrina de Paulo Queiroz, podemos dizer que para a Teoria da Prevenção Especial, a pena funcionaria como mecanismo de prevenção na medida em que fosse feita a ressocialização dos criminosos, evitando-se, desta maneira, a reincidência.<sup>15</sup>

Ademais, a prevenção especial, segundo a teoria, não se manifesta somente de forma positiva, como descrito acima, ou seja, como meio de ressocialização do indivíduo criminoso. Segundo Rogério Greco, a prevenção especial também se manifesta de forma negativa, com a neutralização daquele sujeito através da segregação no cárcere.<sup>16</sup> O raciocínio é bem simples: enquanto o sujeito estiver preso, sob supervisão do Estado, não cometerá novos crimes.

Neste trabalho, ainda veremos que pena de prisão aplicada no Brasil não propicia a ressocialização dos presos, mas, pelo contrário, incentiva que estes continuem a praticar delitos, funcionando os estabelecimentos prisionais como verdadeiras “escolas do crime”, por diversos fatores, dentre os quais se destaca a superlotação do sistema. Desta forma, a Teoria da Prevenção Especial, na sua modalidade positiva, tem pouca aplicabilidade prática em território brasileiro.

Nesse sentido, Bruna de Carvalho Santos Pieschi e Daniel Aquino de Sousa, destacam que a função preventiva especial positiva da pena tem sua eficácia empírica no projeto de ressocialização, que é avaliada através dos dados sobre a reincidência no sistema carcerário nacional, sendo predominante entre estudiosos e pesquisadores do assunto a ideia de que a prisão brasileira é incapaz de propiciar a ressocialização do sentenciado. Os autores chegam a afirmar que o sistema carcerário brasileiro não tem condições mínimas para promover a ressocialização, a reeducação ou a reinserção social do condenado<sup>17</sup>.

A prevenção especial negativa também não consegue se concretizar inteiramente no Brasil. Isso porque os presos, que deveriam estar sob a supervisão do Estado para não praticarem novos delitos, continuam a praticá-los nos presídios. Devido ao pífio

---

<sup>15</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 12 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 418.

<sup>16</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral – Volume 1**. 19 ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2017, p. 588.

<sup>17</sup> PIESCHI, Bruna de Carvalho Santos; SOUZA, Daniel Aquino de. **Análise Estatística da Reincidência Penal Brasileira e a Função Preventiva Especial Positiva da Pena Privativa de Liberdade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 129, ano 25, p. 39-67: Editora Revista dos Tribunais, março 2017.

controle exercido pelo Estado, por força, principalmente, da superlotação dos estabelecimentos prisionais, os presos têm acesso a armas, drogas e telefones celulares, instrumentos necessários para continuar a prática criminosa ou até começarem novas atividades delituosas, dentro ou fora dos presídios.

Já as Teorias Ecléticas buscam unificar as teorias anteriores, conferindo diversas funções à pena. José Antonio Paganella Boschi destaca que, ao considerar as funções de retribuição e de prevenção, as teorias ecléticas atribuem ao Direito Penal a função geral de resguardo da sociedade contra o crime.<sup>18</sup>

No mesmo sentido, Oswaldo Henrique Duek Marques define as teorias ecléticas:

Dessas teorias, surge a denominada teoria mista ou unificadora, com o objetivo de conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena, diante da insuficiência de que cada uma possa surtir efeitos isoladamente. Nessa linha de raciocínio, o caráter retributivo da pena, por exemplo, não afasta a necessidade de segregação do delinquente nem sua possível socialização. Além disso, permanece na pena sua função preventiva, pela intimidação dirigida à coletividade.

Realmente parece adequado constatar que a pena não exerce somente uma função, mas diversas, nada impedindo que mensagem emitida pelo Estado ao aplicar a sanção penal seja encaminhada a diversos destinatários, ao indivíduo que cometeu a infração e a todo o restante da sociedade.

Luiz Flávio Gomes aponta que, atualmente, a doutrina dominante entende que a pena não se justifica somente como forma de retribuição pelo delito cometido (teorias absolutas), nem tampouco apenas como meio de prevenção de futuros delitos (teorias relativas). O autor adverte que a pena deve ser uma retribuição proporcional ao mal culpável do delito, mas também orienta-se por outras finalidades, de prevenção geral, bem como de prevenção especial. Conclui que a pena destina-se à prevenção de futuros delitos, mas também à ressocialização do autor do crime, se legitimando quando representar medida justa e útil.<sup>19</sup>

Dentre as teorias ecléticas, merece destaque a Teoria Dialética Unificadora, desenvolvida por Claus Roxin, pela sua complexidade e inovação. Sobre o assunto, Gamil Föppel el Hireche destaca o mérito de Roxin ao definir que em cada momento

---

<sup>18</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7 ed., rev. e atual. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 103.

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal**: Parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 482.

referente à pena (cominação, aplicação e execução) existem particularidades, fazendo com que as funções da pena sejam diversas, a depender da fase que se examine. No momento de cominação, a pena representaria uma ameaça, através da prevenção geral, de forma subsidiária (pois o Direito Penal, segundo Roxin, deveria afetar somente situações extremas) e com dupla finalidade: proteção de bens jurídicos e a garantia das prestações públicas necessárias. No momento de aplicação da pena, haveria a função de prevenção geral (limitada pelas garantias individuais) e a função de prevenção especial (limitada pela culpabilidade, não sob a ótica retributiva, mas como garantia em face de abusos estatais). Por fim, destaca Föppel, no tocante à execução, a pena continuaria com sua função de prevenção geral, entretanto, voltada para a ressocialização do indivíduo que cometeu a infração.<sup>20</sup>

Sobre a teoria de Roxin, Fábio Roque Araújo informa que o autor rechaça a adoção de uma concepção retributiva para a pena (teorias absolutas), pautando-se por critérios de prevenção (teorias relativas), tanto a geral quanto a especial, uma vez que, para ele, os institutos jurídicos não possuem essência alguma independente das suas finalidades. Salienta ainda que uma das preocupações centrais na obra de Claus Roxin refere-se à limitação do poder punitivo estatal, que não se confunde, todavia, com um minimalismo penal ou abolicionismo, já que o autor acredita que o Direito Penal tem futuro.<sup>21</sup>

Também merece destaque enquanto teoria eclética, o garantismo penal, que tem na obra de Luigi Ferrajoli (Direito e Razão) a sua principal manifestação. Entretanto, esse assunto será abordado no capítulo seguinte, devido a sua relevância, cabendo aqui somente mencionar que o garantismo também busca limitar o poder punitivo estatal e será o fundamento da abordagem realizada neste trabalho.

### 2.1.2.2 Teorias deslegitimadoras

---

<sup>20</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73-84.

<sup>21</sup> ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 76-77.

As teorias deslegitimadoras, como o próprio nome já sugere, sustentam que o Estado não tem legitimidade para aplicar a pena, de forma que esta deveria ser extinta. Essa extinção da pena varia quanto ao grau de radicalidade adotado, de forma que as teorias deslegitimadoras se dividem em: abolicionistas e minimalistas radicais.

Sobre o assunto, Paulo Queiroz destaca alguns dos principais argumentos utilizados pelos defensores das teorias deslegitimadoras, cabendo aqui fazer uma análise destes. Primeiramente, o autor trata do postulado do *labeling approach* (teoria do etiquetamento), segundo o qual o crime, em última análise, não existe, mas representa uma construção social. Também é preciso destacar o argumento da idoneidade preventiva da pena, ou seja, ninguém deixa de praticar uma conduta porque ela foi tipificada como crime, mas a deixa de praticar por outros motivos (morais, religiosos, culturais etc.). Ademais, as teorias deslegitimadoras sustentam a excepcionalidade da intervenção penal, ou seja, um número muito pequeno de crimes praticados resulta na atuação do sistema penal, sendo ainda menor o número de penas aplicadas, de forma que a intervenção penal não se revela, na prática, necessária. Fala-se também que o Direito Penal possui uma seletividade arbitrária, escolhendo seu público alvo, seja na criminalização primária (edição de leis), seja na criminalização secundária (aplicação e exceção das leis), reproduzindo, assim, desigualdades sociais materiais.<sup>22</sup>

Diante de tais argumentos, os defensores das teorias abolicionistas e minimalistas radicais acreditam que os conflitos sociais podem e devem ser solucionados por outras maneiras, diversas do Direito Penal, através, por exemplo, dos mecanismos conciliatórios e compensatórios do Direito Civil. Isso porque o Direito Penal não serviria para a pacificação dos conflitos sociais, criando, inclusive, mais problemas do que soluções.

As críticas direcionadas às teorias deslegitimadoras da pena são enormes. Por exemplo, Salo de Carvalho, após reconhecer a importância de algumas contribuições do abolicionismo, como a avaliação fenomenológica da eficácia do sistema penal e a descriminalização na forma de projeto político-criminal, classifica a

---

<sup>22</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 12 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 427-435.

corrente como utópica, afirmando que a abolição do direito penal e do processual penal implicaria na eliminação dos limites do controle social, que passaria a ser difuso e incontrolável.<sup>23</sup>

Ora, a questão da violência do direito penal, no sentido de interferir sensivelmente na esfera de direitos individuais, inclusive de forma seletiva e injusta, parece ser inquestionável. Entretanto, diante da realidade cultural em que vivemos, especialmente nos países socialmente ainda menos desenvolvidos, nos quais o Estado não se faz presente da forma necessária na efetivação de direitos dos cidadãos, como o Brasil, o Direito Penal e Processual Penal ainda são males necessários, na estabilização dos conflitos sociais. Não significa dizer que não existem pontos a serem corrigidos e melhorados na busca pela concretização de um Direito Penal mínimo, sendo este trabalho uma prova disso, ao apontar as mazelas da execução penal brasileira.

## 2.2 PRISÕES PROVISÓRIAS / CAUTELARES

Entretanto, a pena não é única manifestação da prisão no ordenamento jurídico brasileiro, sendo também necessário tecer alguns breves comentários acerca das prisões provisórias ou cautelares, uma vez que esta modalidade de prisão contribui significativamente para a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prisão provisória é aquela aplicada enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, regulada pelo Código de Processo Penal e destina a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para o autor, a prisão provisória no processo penal se equipara à tutela de urgência do processo civil, prevista no art. 300 no novo CPC.<sup>24</sup>

Apesar da semelhança apontada, é importante frisar que a medida cautelar do processo penal, especialmente a prisional, tem o condão de interferir de forma muito

---

<sup>23</sup> CARVALHO, Salo de. **Garantismo e Direito de Punir**: Teoria agnóstica da pena. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bj22cklbt-wJ:www.grupos.com.br/group/cienciascriminais8/Messages.html%3Faction%3Ddownload%26year%3D10%26month%3D6%26id%3D1276553255444592%26attach%3DGarantismo%2Be%2Bdireito%2Bde%2Bpunir%2BSALO%2BDE%2BCARVALHO.doc+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso: 14 set. 2017.

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 537

mais significativa na vida daquele que sofreu a medida do que no Processo Civil, isso porque o tempo de prisão não pode jamais ser recuperado e a prisão, especialmente nos moldes como é realizada no Brasil, aflige o indivíduo de uma forma enorme, por conta de todos os direitos fundamentais suprimidos, especialmente o direito à liberdade. Ou seja, a medida cautelar processual prisional é pessoal, direcionada ao indivíduo que supostamente cometeu a infração, sendo extremamente danosa à sua personalidade.

Aqui trataremos de forma sucinta de quatro espécies de prisão provisória previstas em nosso ordenamento (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão decorrente de pronúncia) e mais de uma modalidade criada a partir da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Primeiramente, devemos analisar a prisão em flagrante, modalidade de prisão que pode ser efetuada por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial que se depare com alguém cometendo alguma infração penal; tendo acabado de cometê-la; perseguido, logo após o cometimento, em situação que faça presumir ser o autor da infração; bem como encontrado, logo depois da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração; de acordo com a redação do art. 302 do Código de Processo Penal.<sup>25</sup>

O objetivo desta prisão é evitar o cometimento e/ou exaurimento de crimes, servindo também para identificar o autor do fato e preservar a cena do crime, para efeitos de futura investigação. A prisão em flagrante se diferencia das demais por ser uma prisão administrativa, ou seja, não necessita de uma decretação judicial para ocorrer.

Realizada a prisão em flagrante e o encaminhamento do preso à delegacia, respeitadas todas as formalidades previstas na lei, o auto de prisão em flagrante será encaminhado a um juiz, que, fundamentadamente, escolherá umas das seguintes alternativas: Relaxar a prisão, se esta for ilegal; Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos e revelarem-se inadequadas ou ineficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou Conceder

---

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 23 abr. 2017.



liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>26</sup> Desta forma, temos que a prisão em flagrante é (dever ser) efêmera e não duradoura, cabendo à autoridade judiciária, após receber o auto de prisão em flagrante (que lhe deve ser encaminhado em até 24 horas após a prisão) extingui-la, por uma das opções expostas acima.

A segunda modalidade de prisão provisória é a prisão preventiva, que poderá ser decretada pelo juiz, fundamentadamente, a qualquer tempo da investigação policial ou do processo penal, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.<sup>27</sup> Destaca Nucci que é sempre necessária a presença de três requisitos para decretação da prisão preventiva, quais sejam, prova da existência do crime (materialidade), indício suficiente de autoria e um dos outros requisitos presentes no art. 312 do CPP (necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal).<sup>28</sup>

A terceira modalidade de prisão provisória aqui analisada é a prisão temporária, regulada não pelo Código de Processo Penal, mas sim pela Lei nº 7.960/89<sup>29</sup>, cabível quando imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Em ambos os casos, é necessário ainda que o crime cometido seja um dos descritos no art. 1º, III, da referida lei.

Importante frisar que a prisão temporária, diferentemente da prisão preventiva, tem um prazo determinado para durar, de 5 (cinco) dias, segundo a redação do art. 2º da Lei nº 7.960/89, podendo ser prorrogada por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Kellen Cleya dos Santos Madalena Stakoviak, sobre as prisões cautelares, sintetiza o tema afirmando que a prisão temporária tem o objetivo de tutelar as investigações policiais, enquanto que a prisão preventiva, que pode ser aplicada no inquérito

---

<sup>26</sup> Art. 310 do Código de Processo Penal.

<sup>27</sup> Art. 312 do Código de Processo Penal.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 537

<sup>29</sup> BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)> Acesso em: 23 abr. 2017.

policial ou durante o processo, visa resguardar a aplicação da pena, a efetividade da instrução e proteção da sociedade.<sup>30</sup>

Outra modalidade de prisão cautelar é aquela decorrente da pronúncia. Mais uma vez recorreremos aos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual, o magistrado, ao reconhecer a admissibilidade da denúncia nos processos de competência do tribunal do júri (crimes dolosos contra a vida), ou seja, ao proferir a sentença de pronúncia, deverá decidir sobre se o réu aguardará o seu julgamento solto ou em liberdade.<sup>31</sup>

A previsão legal desta prisão cautelar encontra-se no art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal, que assim estabelece:

“O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.”

Ora, em última análise, a prisão decorrente de pronúncia possui os mesmos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, tratando-se uma espécie desta, conclusão feita a partir da leitura do diploma legal. Entretanto, em razão da existência da súmula nº 21 do Superior Tribunal de Justiça, vale a pena analisarmos a prisão cautelar decorrente de pronúncia de forma isolada.

O enunciado da súmula nº 21 do STJ está assim redigido: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.”

Aury Lopes Jr., analisando o assunto, entende que esta súmula encontra-se completamente superada, argumentando que a pronúncia não representa o fim do processo no Tribunal do Júri, mas somente a finalização da primeira fase do procedimento, não havendo porque excluir a segunda fase, inaugurada com a pronúncia, do cômputo da duração razoável do processo.<sup>32</sup> Parece ser este o

---

<sup>30</sup> STAKOVIK, Kellen Cleya dos Santos Madalena. **Prisão além da Condenação e o excesso de prazo no cumprimento da pena**: Uma afronta aos direitos humanos no Brasil. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer; SOARES, Paulo Sérgio Gomes (coord.). *Sistema Penal & Direitos Humanos*. São Paulo: PerSe, 2015, p. 57.

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed., rev., ataul. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 559.

<sup>32</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 797.

entendimento correto a ser adotado, já que a prisão excessivamente duradora, cumprida após a pronúncia, produz os mesmos efeitos maléficos ao indivíduo preso do que em qualquer outra fase do procedimento, não devendo ocorrer, sob pena de configurar-se como constrangimento ilegal.

A última modalidade de prisão cautelar é aquela decorrente de sentença condenatória recorrível. Segundo redação do art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.” Neste ponto, observa-se que o regime inicial de cumprimento de pena, fixado na sentença penal condenatória pode interferir na manutenção ou não da prisão cautelar.

Tratando do assunto, Guilherme de Souza Nucci informa que, se o regime inicial for o fechado, o mais provável é que prisão cautelar seja mantida, a não ser que o fundamento que lhe deu origem tenha desaparecido. Entretanto, se o regime inicial de cumprimento de pena for o aberto, a prisão provisória não se justifica, tendo em vista que, se mantida a decisão, a pena será cumprida praticamente em liberdade, de forma que a medida cautelar não pode ser mais gravosa do que a pena a ser apicada.<sup>33</sup>

O que se pode extrair de comum das prisões provisórias, como a própria denominação sugere, é o caráter excepcional das mesmas, ou seja, para que sejam decretadas ou mantidas, é preciso que estejam presentes os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico. Sendo assim, a regra é que os investigados pela polícia e réus do processo penal possam manter-se em liberdade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, momento a partir do qual vão passar a cumprir eventual pena de privação de liberdade, ingressando no sistema carcerário.

Tratando das medidas cautelares prisionais, Marcellus Polastri destaca que estas devem regular-se por alguns princípios, quais sejam: jurisdicionalidade, uma vez que devem ser decretadas por órgão judicial competente (existe a exceção da prisão em flagrante, decretada por qualquer do povo ou autoridade policial, mas se exige, na hipótese, o controle judicial posterior imediato); legalidade, tendo em vista que

---

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed., rev., ataul. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 561.

somente podem ser decretadas nas hipóteses autorizadas pela Constituição e pelas leis; provisionalidade, já que são situacionais, durando enquanto perdurar a situação fática que justificou a sua decretação; excepcionalidade, visto que devem ser decretadas somente quando indispensáveis e quando inexistentes outras medidas menos gravosas; e proporcionalidade, posto que a prisão deve ser proporcional à finalidade do procedimento e à gravidade dos fatos apurados.<sup>34</sup>

Entretanto, no Brasil, parece que a regra transformou-se em exceção e a exceção transformou-se em regra. Tanto é assim que o Conselho Nacional de Justiça, em relatório desenvolvido em julho de 2014, concluiu que 41% (quarenta e um por cento) dos presos brasileiros inseridos no sistema carcerário (excluídas as prisões domiciliares) eram presos provisórios.<sup>35</sup>

As prisões provisórias, desta forma, contribuem significativamente para a superlotação do sistema carcerário, de forma que o assunto merece uma atenção especial dos operadores do direito, seja para rever os institutos, tornando-os ainda mais excepcionais, seja para fiscalizar a aplicação da lei, impondo a revogação de prisões desnecessárias ou ilegais. O assunto será retomado no decorrer do trabalho.

### 2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PRISÕES

Como vimos anteriormente, a pena de prisão representou uma conquista dos direitos humanos na história da humanidade, tendo em vista que as penas até então aplicadas eram muito mais cruéis e maléficas aos indivíduos, gerando, inclusive, a morte. Ocorre que, superada essa página da história da humanidade, outras conquistas devem ser buscadas. No século XXI, o maior dos desafios, especialmente nos países socialmente menos desenvolvidos, em matéria penal, parece ser a humanização das prisões. Não podemos mais aceitar a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Note-se que aqui não tratamos do “Princípio da Humanidade das Penas”, tendo em vista que a humanidade se impõe ao Direito Penal como um todo, alcançando

---

<sup>34</sup> POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 188-189.

<sup>35</sup> Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf) Acesso em: 30 ago. 2017.

também as prisões cautelares, de forma que é mais adequada tratar do “Princípio da Humanidade das Prisões”. Ora, se a punição pelo cometido de uma infração deve ser humanizada, o que dizer da prisão realizada enquanto não demonstrada a culpa do indivíduo, considerando que vigora em nosso ordenamento o princípio da presunção de inocência?

Fábio Roque Araújo destaca que foi a partir das ideias dos pensadores iluministas que a sociedade passou a observar a necessidade de se humanizar a intervenção penal. Os iluministas defendiam, com fundamento no direito natural, que todas as pessoas eram dotadas de direitos inalienáveis, inerentes a sua própria natureza.<sup>36</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial e as conseqüentes barbaridades cometidas na ocasião, a comunidade internacional dedicou especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, que reflete, por conseqüência, na humanidade das prisões. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, estabelece que: “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”<sup>37</sup>, e que: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”<sup>38</sup>

As Constituições Federais não ficaram de fora dessa nova tendência, segundo lições de Luiz Regis Prado, como é o caso da Carta alemã de 1946 (art. 1.2), da Constituição japonesa de 1946 (art. 13), da Constituição italiana de 1947 (art. 2), da Constituição portuguesa de 1976 (Preâmbulo); da Constituição espanhola de 1978 (art. 10.1); e da Constituição da Federação Russa de 1993 (art. 21); além da Constituição Federal brasileira, de 1988 (art. 1º, III, e art. 5º, inc. XLVII e XLIX).<sup>39</sup>

Desta forma, o cometimento de crimes não seria capaz de retirar os direitos fundamentais dos criminosos. Atualmente, o fundamento para tal assertiva pode ser o direito natural, como sustentado pelos iluministas tempos atrás, mas também pode ser o próprio Texto Constitucional, que apresenta um rol de direitos e garantias

<sup>36</sup> ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 48.

<sup>37</sup> Art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso: 15 set. 2017.

<sup>38</sup> Art. V da Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso: 15 set. 2017.

<sup>39</sup> PRADO, Luiz Regis. **Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Princ%EDpios%20da%20dignidade%20e%20humanidade%20das%20penas.pdf>. Acesso: 15 set. 2017.

fundamentais dos indivíduos, a ser observado nas relações do Estado com os particulares ou na relação entre particulares, de aplicação imediata. Esses direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 serão descritos e analisados de forma mais destacada no próximo capítulo.

Aqui, importa salientar que a Constituição é a lei maior do nosso ordenamento jurídico (supremacia da Constituição) e às normas previstas nela deve ser dada a máxima efetividade possível. Especificamente, no que toca o tema desse trabalho, devemos observar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que reflete diretamente na vedação à existência de penas (e prisões, de uma forma geral) cruéis.

### 3 A PRISÃO NO BRASIL – TEORIA E PRÁTICA

#### 3.1 GARANTISMO PENAL E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

O garantismo penal e a privação de liberdade são temas que estão, ou deveriam estar, intimamente ligados. Isto porque o poder punitivo estatal não pode ser imensurado ou incondicionado, sob pena de verificarmos, como muitas vezes na história da humanidade, atrocidades realizadas por representantes do Estado, que, amparados sob as mais diversas justificativas, violam direitos sociais e individuais conquistados, subjulgando a população ao abusar do poder. Desta forma, garantismo penal representa limite ao exercício do poder punitivo estatal, essencial na construção do Estado Democrático de Direito.

Segundo as lições de Luigi Ferrajoli, a expressão “garantismo” comporta três significados diversos e, de acordo com um desses significados, representa um modelo normativo de direito, o modelo da estrita legalidade, próprio do Estado de Direito. Esse modelo se caracteriza, no plano epistemológico, como um sistema de poder estatal mínimo. Sob o ponto de vista político, esse modelo se caracteriza como uma técnica de tutela para minimizar a violência estatal e maximizar a liberdade. Já no plano jurídico, representa um sistema de vínculos impostos à função punitiva estatal.<sup>40</sup>

Através destas três perspectivas do modelo normativo garantista, é possível concluir que o garantismo funciona como freio estatal, bem como mecanismo de concessão de garantias aos indivíduos, na aplicação da lei penal. Entretanto, adverte Alexandre Alves de Souza, que o garantismo não se confunde com o abolucionismo, uma vez que rechaça os dois extremos de exercício do poder, tanto aquele representado pelo Estado Antiliberal, que abusa do direito de punir, quanto aquele representado pelo Estado Extremamente Liberal, representado pela ausência de normas disciplinadoras de determinadas condutas.<sup>41</sup>

Paulo Queiroz, tratando do garantismo de Luigi Ferrajoli, aponta que, segundo essa corrente, o Direito Penal possui uma dupla função preventiva, sendo a primeira uma

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4 ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 785 – 786.

<sup>41</sup> SOUZA, Alexandre Alves de. Garantismo aplicado à execução penal. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (coord.) **Redesenhando a execução Penal: a Superação da Lógica dos Benefícios**. Salvador: Juspodium, 2010, p. 59.

prevenção de futuros delitos e a segunda uma prevenção de reações arbitrárias, sejam elas particulares ou estatais. Desta forma, a partir da segunda perspectiva, o direito penal representaria o limite máximo da retribuição pelo delito cometido, impedindo a existência de vinganças privadas e abusos de poder estatal, relevando-se como direito subjetivo do infrator.<sup>42</sup>

Luiz Flávio Gomes salienta que o garantismo penal se aproxima muito do minimalismo penal, embora não se confundam, pois apresentam os mesmos ideais, pressupostos e objetivos. O autor, portanto, sintetiza o garantismo penal e Luigi Ferrajoli como a “mínima intervenção penal com as máximas garantias”.<sup>43</sup>

Ainda utilizando as lições de Luiz Flávio Gomes, cabe descrever algumas das premissas apontadas por ele para o que chama de “sistema (penal) minimalista garantista”: 1) O Direito Penal tem por finalidade (precípua) a exclusiva proteção de bens jurídicos; 2) Jamais pode o Direito Penal ter incidência senão quando absolutamente necessário (intervenção mínima); 3) Não há crime sem lei que o defina (princípio da legalidade); 4) É proibida a aplicação de penas indignas; 5) A cominação, aplicação e execução da pena devem se orientar pelo princípio da humanização das penas e ser proporcionais.<sup>44</sup>

Parece ser o garantismo penal a opção mais adequada como teoria a ser adotada para justificar uma busca por diminuição da superlotação no sistema carcerário brasileiro, na medida em que, através da legalidade e da limitação da intervenção estatal, concluímos que se as prisões devem ser excepcionais e exclusivamente destinadas às situações previstas em lei. Ademais, quando realizada a prisão, os direitos e garantias fundamentais do preso devem ser inteiramente respeitados, sendo esta mais uma faceta da intervenção mínima do estado.

Devemos reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro, em que pese as reformas (punitivistas) de ampliação e endurecimento da legislação, ainda pode ser considerado bastante garantista, uma vez que propicia ao indivíduo, brasileiro ou

---

<sup>42</sup> QUEIROZ, Paulo. **A Justificação do Direito de Punir na Obra de Luigi Ferrajoli**: Algumas observações críticas. In: SANTOS, Rogerio Dultra do. *Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal: Elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 118.

<sup>43</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Limites ao “Ius Puniendi” e Bases Principiológicas do Garantismo Penal**. In: MOREIRA, Rômulo (organizador). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: Editora Juspodium, 2008, p. 54.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 55.



estrangeiro, inúmeras proteções e direitos no momento em que este está sendo alvo da persecução punitiva estatal, bem como depois de realizado o julgamento, no cumprimento da pena, minimizando-se o poder punitivo do Estado e vedando a vingança privada. Exemplos de dispositivos normativos garantistas no ordenamento jurídico brasileiro podem ser facilmente encontrados na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), como se verá adiante. Devemos destacar ainda os tratados e acordos internacionais, que versam sobre direitos humanos, nos quais é possível identificar diversas previsões sobre as condições dos estabelecimentos prisionais e a forma como a prisão deve ser cumprida.

## 3.2 ORDENAMENTO JURÍDICO

### 3.2.1 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é considerada a Constituição Cidadã porque confere aos indivíduos uma série de direitos e garantias, como nenhum texto constitucional tinha feito até então na história brasileira. Dentre esses direitos e garantias, uma atenção grande foi dada ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, garantindo uma persecução penal e uma aplicação da pena fundadas na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil<sup>45</sup>. São inúmeros os dispositivos que tratam da matéria, sendo importante citar alguns.

O art. 5º, III, da Constituição Federal de 1988 estabelece que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Deste dispositivo, extraí-se que a pena de prisão, independentemente da gravidade do crime cometido, da periculosidade do agente ou do risco à sociedade, não pode afligir o sujeito a ponto de representar tortura ou tratamento tão severo que possa ser classificado como desumano ou degradante.

Ademais, outros tantos dispositivos constitucionais garantem ao indivíduo condenado a aplicação de uma pena não cruel, representando limites garantistas ao exercício do poder punitivo estatal. São eles: Art. 5º, XLVII, e, que veda a existência

---

<sup>45</sup> O art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, classifica a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

de penas cruéis; Art. 5º XLVIII, que estabelece que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; Art. 5º, XLIX, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral; Art. 5º, L, garantindo que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, dentre outros.

Ora, a partir da análise dos dispositivos constitucionais acima citados, podemos concluir que a Constituição Federal de 1988 cumpre seu papel, conferindo ao preso direitos básicos e garantias em face do poder estatal, garantindo, assim, ao menos do ponto de vista normativo, o princípio da humanidade das penas. Desta forma, se existem problemas na execução penal brasileira, concluímos que estes não são oriundos de uma possível omissão do legislador constituinte.

### **3.2.2 Lei de Execução Penal**

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou simplesmente Lei de Execução Penal, embora anterior à promulgação da Constituição Federal, a complementa, especificando quais são os direitos da pessoa presa, definindo como o princípio da humanidade das prisões se instrumentaliza em nosso ordenamento.

São direitos do preso, previstos no art. 41 da LEP: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; Previdência Social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; atestado de pena a

cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente; dentre outros.

Da mesma forma que foi dito que o constituinte cumpriu seu papel ao trazer a garantia de que o preso não se submeterá a penas cruéis ou degradantes no Brasil, pode-se concluir que o legislador infraconstitucional desencumbiu-se do ônus de especificar os direitos que materializam essa garantia. Sendo assim, também não podemos colocar a culpa dos problemas do sistema prisional brasileiro, que serão analisados adiante, em uma suposta falta de regulamentação legislativa da matéria. Os direitos estão positivados, mas não se aplicam por si só.

### 3.2.3 Diplomas internacionais

Em 1991, o Brasil promulgou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>46</sup>, cabendo destacar e transcrever o art. 1º do referido documento, que faz a definição do termo “tortura”:

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Podemos classificar uma prisão desumana como ato de tortura, nos termos do conceito trazido pela convenção, se observarmos que, com a privação de liberdade, “dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa”, a fim de “castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido”.

Em 2015, a ONU, através da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, elaborou as “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de

---

<sup>46</sup> Promulgação realizada através do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm). Acesso: 15 set. 2017.

Presos (Regras de Mandela)”, com participação do Brasil na sua elaboração, sendo oportuno aqui, transcrever algumas regras estabelecidas neste documento:

#### Regra 1

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

(...)

#### Regra 3

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

#### Regra 4:

1. Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos.

(...)

#### Regra 12

1. As celas ou quartos destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um preso. Se, por razões especiais, tais como superlotação temporária, for necessário que a administração prisional central faça uma exceção à regra, não é recomendável que dois presos sejam alojados em uma mesma cela ou quarto.

2. Onde houver dormitórios, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados como sendo capazes de serem alojados juntos. Durante a noite, deve haver vigilância regular, de acordo com a natureza do estabelecimento prisional.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>.  
Acesso: 15 set. 2017.

Poder-se-ia continuar a descrever as regras deste documento, para mostrar como o Brasil, em seu sistema prisional, não as cumpre, mas a questão da acomodação parece servir de exemplo elucidativo de como o país, que participou da elaboração do documento, não promove as políticas públicas adequadas para cumprimento das regras. Como se verá no tópico seguinte, a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros é triste, sendo inimaginável pensar, nos dias atuais, que algum presídio possua celas ocupadas por apenas um preso, como preferencialmente determina o documento.

Aqui, também cabe mencionar algumas das Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), especialmente no que tange à preferência pela escolha de medidas cautelares não prisionais:

6 .1 A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, com a devida consideração ao inquérito referente à infração presumida e à proteção da sociedade e da vítima.

6 .2 As medidas substitutivas da prisão pré-julgamento devem ser utilizadas o mais cedo possível. A prisão pré-julgamento não deve durar mais do que o tempo necessário para atingir os objetivos enunciados na regra 6.1 e deve ser administrada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa.<sup>48</sup>

Como se verá em tópico específico, a banalização da prisão preventiva é uma das causas da superlotação do sistema prisional, de forma que a observância das normas acima, a partir do reconhecimento da excepcionalidade dessa medida, é fundamental para a solução do problema.

Ora, a partir dos documentos citados, podemos perceber que a normatização internacional também prevê regras específicas para o tratamento dos presos, sendo que o Brasil vem descumprindo sistematicamente as previsões, na aplicação da execução penal, como se verá a seguir.

### 3.3 A REALIDADE DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS

A prática, entretanto, é bem diversa da teoria. Neste sentido, Renato Marcão destaca que, a despeito dos ideais iluministas e humanísticos do ordenamento

---

<sup>48</sup> Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Ecesso: 15 set. 2017.

jurídico brasileiro, a realidade prática é outra. Afirma o autor que a prática executiva brasileira releva diversos desrespeitos ao Texto Constitucional, bem como à Lei de Execução Penal, sem que as autoridades competentes tomem alguma providência.<sup>49</sup>

Dados no Conselho Nacional de Justiça revelam que, em 2014, o Brasil possuía a terceira maior população prisional do planeta, incluindo os presos domiciliares, com 711.463 (setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três) presos. Se excluirmos os presos domiciliares e considerarmos somente os presos alojados em estabelecimentos prisionais, temos a quarta maior população prisional do mundo, atrás somente de Estados Unidos, China e Rússia, com 563.526 (quinhentos e sessenta e três mil, quinhentos e vinte e seis) presos.<sup>50</sup> Dados do Ministério da Justiça, através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de julho de 2014, revelam um número ainda maior, equivalente a 607.731 (seiscentas e sete mil, setecentas e trinta e uma) pessoas privadas da sua liberdade em estabelecimentos prisionais no Brasil naquela ocasião.<sup>51</sup>

O problema não reside, em si, no expressivo número de presos no Brasil, até porque nossa população é bastante significativa e o nosso território bastante extenso, sendo esperado um número elevado de presos. O problema reside na relação entre esse número e o número de vagas no sistema prisional, que revela um alarmante déficit de 206.307 (duzentas e seis mil, trezentas e sete) vagas, segundo o CNJ, e 231.062 (duzentas e trinta e uma mil e sessenta e duas) vagas, segundo o Ministério da Justiça.

Ora, é fácil concluir que uma execução de pena, bem como uma prisão provisória, não será realizada da forma adequada em um sistema que possui um déficit tão significativo de vagas para os presos. A superlotação em presídios e delegacias é o retrato do sistema prisional brasileiro, situação amplamente conhecida e divulgada. Desta forma, torna-se difícil assegurar a aplicação dos direitos e garantias previstos

---

<sup>49</sup> MARCÃO, Renato. Execução penal: ideal normativo e realidade prática, disponível em : [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8951](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8951), acesso em 23 de agosto de 2017.

<sup>50</sup> Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf) Acesso em: 30 ago. 2017.

<sup>51</sup> Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-relatorio-depen-versao-web.pdf>, acesso em: 23 de ago. 2017.

na Constituição e na LEP, tornando-se estas legislações meros enunciados normativos sem aplicabilidade prática, ou melhor, letra morta de lei.

Ana Paula de Barcellos destaca que o tratamento desumano dispensado aos presos no Brasil é a regra, e não a exceção, sendo importante transcrever sua lição:

“Parece certo afirmar que em qualquer sistema prisional de que se cogite, em qualquer lugar do mundo, sempre será possível observar violações eventuais aos direitos dos presos. A diferença é que em algumas partes do mundo essas violações serão uma exceção, uma anomalia a ser punida pelo direito. Como em qualquer outra área na qual os indivíduos possam exercer liberdade, sempre haverá um percentual de condutas desviantes em relação ao padrão, daí a necessidade da própria existência do direito. No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção.”<sup>52</sup>

Entre os anos de 2007 e 2008, o Congresso Nacional, através da sua Câmara de Deputados, constituiu uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, e, através do relatório realizado ao final dos trabalhos, já demonstrava a situação caótica do mesmo, destacando a superlotação dos presídios e a constante violação dos direitos fundamentais dos presos, chegando a afirmar que: “Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano.”<sup>53</sup>

A CPI concluiu que nenhum presídio brasileiro respeita o quanto determinado no art. 88 da Lei de Execução Penal<sup>54</sup>, qual seja, “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.” A regra é a da acomodação coletiva de presos nas celas, situação que dificulta o oferecimento da higiene necessária aos presos, bem como o próprio bem estar dos mesmos. Por exemplo, não é oferecida água potável e os artigos de higiene necessários para a manutenção da saúde e limpeza dos apenados, bem como os meios necessários para realização dos cuidados com cabelo e barba. Segundo o relatório, a maioria dos estabelecimentos é insalubre, com lixo e sujeira amontoados, além de esgoto

<sup>52</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 03 set. 2017.

<sup>53</sup> A íntegra do relatório final da CPI está disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi\\_sistema\\_carcerario%20\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi_sistema_carcerario%20(1).pdf). Acesso em: 30 ago. 2017.

<sup>54</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 30 ago. 2017.

exposto, o que propicia a proliferação de insetos e roedores, tornando o ambiente humanamente inabitável.

A CPI também destaca a péssima qualidade da alimentação fornecida nos presídios, constatando os inúmeros casos de comida azeda ou acompanhada de cabelo, baratas e objetos estranhos, além de ser escassa, em clara violação ao direito de assistência material dos presos, previsto na LEP. Esta alimentação, muitas vezes, é servida em sacos plásticos e os presos tem que utilizar as mãos para comê-las, ressalta o relatório.

Outro problema, apresentado pelos deputados, reside na falta de assistências médica, odontológica e psicológica adequadas, faltando instalações adequadas e remédios específicos. A comissão chega a enfatizar que os mesmos remédios são utilizados para tratamentos distintos, de doenças também diversas. Sobre a assistência odontológica, a Comissão constatou que quando esse serviço é prestado, normalmente se resume à extração de dentes. Já com relação à assistência psicológica, o relatório destaca que o próprio ambiente do presídio é propício para o desenvolvimento das doenças mentais, que, quando existentes, não são tratadas da maneira correta.

A falta de assistência jurídica dos presos é outro enorme problema enfrentado em todo território nacional. A Constituição Federal garante que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”<sup>55</sup>. Ocorre que não é isso o que acontece na prática. A CPI destaca que o preso, que, na maioria das vezes, é pessoa de baixa instrução e de poucos recursos financeiros, não tem assistência jurídica adequada durante o inquérito policial, a instrução processual, muito menos na execução da pena.

Ora, este parece ser, além de um resultado da superlotação do sistema carcerário, também uma causa, na medida em que uma assistência judiciária efetiva e de qualidade excluiria do sistema aqueles que deveriam estar em liberdade ou em regime menos severo, diminuindo a superlotação. O que vemos com frequência nos presídios brasileiros são casos de indivíduos que poderiam ter conseguido obter

---

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXIV. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 25 ago. 2017.



uma sentença não condenatória, seja por inocência, ausência de provas ou nulidades processuais, bem como presos que já poderiam estar em liberdade ou em regime de cumprimento de pena mais brando, ainda cumprindo pena em regime fechado.

Sobre a educação, a Constituição Federal garante que:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”<sup>56</sup>

A LEP também trata do assunto ao prever, em seção especialmente reservada à assistência educacional, que: “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.”<sup>57</sup>

Porém, infelizmente, a realidade é triste. A CPI da Câmara destaca que, na época, o percentual de presos que estudavam era de 13,23% e o percentual de estabelecimentos contendo bibliotecas, obrigatórias segundo nossa legislação<sup>58</sup>, era de apenas 30%. Ora, o estudo, junto com o trabalho, poderia contribuir para a redução da superlotação dos presídios, considerando o instituto da remição de pena, previsto no art. 126 da LEP<sup>59</sup>, mas a ausência de condições para que ele se realize faz com que mais um direito fundamental seja violado no sistema prisional brasileiro e os presídios continuem cheios.

Dados mais recentes, de 2013, fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, revelam que somente 0,47% dos presos possuem curso superior completo, 5,1% dos presos são analfabetos, 12,1% são apenas alfabetizados e quase 44% possuem somente o ensino fundamental incompleto.<sup>60</sup> Esses dados revelam o perfil do preso brasileiro, indivíduo com baixa escolaridade e normalmente

---

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 205. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 25 ago. 2017.

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, Lei de Execução Penal, art. 17, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 30 ago. 2017.

<sup>58</sup> Neste sentido, art. 21 da LEP: “Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.”

<sup>59</sup> Art. 126 da LEP: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

<sup>60</sup> Dados do DEPEN, relativos a julho de 2013, disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf> Acesso em: 03 ago. 2017.

oriundo das classes sociais mais baixas. A educação poderia ser uma importante ferramenta de inclusão social, inclusive para o momento em que o preso voltasse ao convívio em sociedade, já que possibilitaria que ele se capacitasse para realizar um profissão que lhe garantisse a sobrevivência fora dos presídios, independentemente de um possível retorno ao crime.

Nesse contexto, podemos inserir também o trabalho como mecanismo de transformação social e luta contra a reincidência criminosa. O preso que trabalha durante o cumprimento da pena pode sair da prisão e passar a desempenhar aquela profissão. Mas, infelizmente, não é o que acontece na maioria dos casos. Segundo dados do DEPEN, somente 24.662 (vinte e quatro mil, seiscentos e sessenta e dois) presos exerciam algum tipo de trabalho externo durante o cumprimento da pena e 94.855 (noventa e quatro mil, oitocentos e cinquenta e cinco) presos realizam trabalho interno.

A CPI constatou que o trabalho deveria servir para diminuir o custo da reclusão dos presos, uma vez que eles poderiam produzir bens para o mercado prisional interno, como móveis, vestuário, roupa de cama e alimentos, evitando a compra desses bens fora do estabelecimento prisional. Ademais, esses bens poderiam ser destinados a escolas, hospitais e postos de saúde, reduzindo os custos do Estado. Entretanto, esse trabalho não é realizado na maioria dos estabelecimentos.

Os presos não devem ser explorados, trabalhando de graça, por exemplo, mas a sua mão de obra será mais barata, até porque a remuneração do preso não pode prevalecer sobre a meta de aumento da capacidade de ganho após este ser posto em liberdade, situação que poderia ser mais bem aproveitada pelo Estado.

Desta forma, a maioria dos presos que consegue sobreviver à realidade dos presídios, cumprir a pena e voltar à sociedade, possui o mesmo grau de instrução e a mesma habilidade laboral da época em que ingressou no sistema. Soma-se a isso todo o preconceito que estas pessoas sofrem da sociedade, carregando verdadeiros estigmas de ex-presidiários, para concluirmos que não vão ter muitas chances no mercado de trabalho. Como alternativa, muitos acabam voltando a praticar atos criminosos como forma de sobrevivência, elevando sensivelmente os números da reincidência criminosa no Brasil. Assim, constata-se que a pena, em território brasileiro, não cumpre com sua função de prevenção especial positiva.

A situação do sistema carcerário brasileiro é tão caótica que chama a atenção de diversos organismos internacionais. Tanto é assim que, no ano de 2008, a *Human Rights Watch*, organização internacional não-governamental que defende e realiza pesquisas sobre direitos humanos, elaborou relatório sobre o Brasil, destacando, no que tange às condições das prisões, que:

“As condições desumanas, a violência e a superlotação que historicamente caracterizaram as prisões brasileiras permanecem entre os problemas mais sérios de direitos humanos do país. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, as prisões e cadeias brasileiras tinham sob sua custódia 419.551 detentos em junho de 2007, ultrapassando a capacidade do sistema em aproximadamente 200 mil pessoas.

A violência continua a assolar as prisões no país inteiro. Nos primeiros quatro meses de 2007, 651 pessoas foram mortas enquanto estavam detidas, segundo uma comissão parlamentar criada para investigar problemas nas prisões do país. A comissão foi formada em agosto, depois que 25 detentos morreram queimados durante um motim em uma cadeia em Minas Gerais. Em setembro, um motim em uma prisão em Manaus resultou na morte de duas pessoas. Distúrbios também resultaram em mortes em prisões superlotadas em Recife e Abreu e Lima, no estado de Pernambuco.

Na prisão de Urso Branco, em Rondônia, um detento morreu e pelo menos sete ficaram feridos durante uma revolta em julho. Relatórios apontam que pelo menos 97 presos foram mortos naquela prisão desde novembro de 2000. A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou ao Brasil que adote medidas para garantir a segurança dos prisioneiros em Urso Branco em quatro ocasiões desde novembro de 2000, mas isso não foi feito.

A superlotação, a presença de ratos e pombos infectados, a má qualidade da água e a falta de medicação estavam entre os problemas relatados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo na penitenciária feminina de Sant’Ana, em São Paulo. A Defensoria Pública pediu repetidamente o fechamento da penitenciária, onde cinco detidas morreram entre dezembro de 2006 e julho de 2007.

Embora crianças e adolescentes contem com uma proteção especial segundo a legislação brasileira e internacional, elas vêm sofrendo sérios abusos dentro do sistema de detenção juvenil. Os jovens internos estão sujeitos a violência praticada por outros jovens ou por guardas prisionais.”<sup>61</sup>

As violações a direitos fundamentais aqui mencionadas são apenas alguns exemplos do tratamento desumano dispensado aos presos nos estabelecimentos prisionais brasileiros e, sem dúvida, a superlotação é causa e também consequência de muitos destes problemas. Desta forma, é imprescindível discutir a temática e procurar soluções.

---

<sup>61</sup> Relatório disponível em:

[http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/docs/2008/01/31/brazil17926\\_txt.htm](http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/docs/2008/01/31/brazil17926_txt.htm). Acesso: 15 set. 2017.

A superlotação dos estabelecimentos prisionais ainda tem outros desdobramentos, como o aumento da violência e práticas criminosas dentro dos presídios. Podemos concluir, com facilidade, que o Estado Brasileiro não se encontra presente na maioria das prisões, ou encontra-se presente de forma ineficiente, fazendo com que as facções criminosas estabeleçam as regras, através de organizações estruturadas para a prática sistemática de crimes. É muito difícil para o Estado estabelecer o controle em uma prisão que foi projetada para um número determinado de detentos, mas abriga, na prática, um número muito superior.

Nesse contexto, os presos sofrem com a violência dessas organizações criminosas, que ameaçam, torturam, extorquem e matam detentos e agentes penitenciários com frequência Assim, mas um direito social previsto na Constituição Federal de 1988<sup>62</sup> não é garantido nas prisões brasileiras, qual seja, a segurança.

### 3.4 A JURISPRUDÊNCIA DO STF

A questão da superlotação das prisões no Brasil já foi enfrentada pelo Poder Judiciário diversas vezes, cabendo destacar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 580.252, do Mato Grosso do Sul<sup>63</sup>, o STF reconheceu a responsabilidade estatal pelos danos morais experimentados por apenados submetidos a um encarceramento degradante, afastando a incidência da cláusula da reserva do possível para justificar a ausência de políticas públicas para solucionar a problemática da superlotação dos estabelecimentos prisionais. Os ministros da Corte, em maioria, acompanharam o voto do relator originário, ministro Teori Zavascki (falecido), proferido em dezembro de 2014, no qual é reconhecida ilegitimidade jurídica da pena cumprida pelo recorrente, uma vez que contrariava as exigências do sistema normativo, bem como

---

<sup>62</sup> A segurança é garantida no art. 6º da CF/88, que assim dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.252** – MS (20060031797000101), Recorrente: Anderson Nunes Da Silva, Recorrido: Estado de Mato Grosso Do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, D.J 16 fev. 2017. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2017.

a natureza humanamente ultrajante da pena, tendo em vista o desrespeito a um padrão mínimo de dignidade, aplicando o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988<sup>64</sup> para fixar indenização pecuniária com o intuito de reparar o dano.

Ora, se o estado gera danos durante a execução da pena, através da situação degradante a qual o preso é submetido, não é absurdo pensar que nasce um direito de reparação. Poder-se-ia defender, entretanto, que a condenação do estado ao pagamento de indenização pecuniária é bastante preocupante, tendo em vista que quase todos os presos brasileiros cumprem pena em situação degradante, com violação de direitos e garantias fundamentais, de forma que o Estado não teria recursos financeiros para indenizar todos. Fazendo uma rápida e grosseira conta, considerando a população carcerária brasileira, 563.526 presos, excluindo os presos domiciliares, dados do CNJ, já citados neste estudo, e estimando uma indenização medida de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), teríamos um montante de R\$ 1.127.052.000 (um trilhão, cento e vinte e sete milhões e cinquenta e dois mil reais), valor bastante elevado na atual conjuntura econômica em que vivemos.

Desta forma, muitos defendem que a indenização deveria ser concedida através da remição de pena. Esse foi o entendimento, por exemplo, do ministro Luis Roberto Barroso, em voto vencido proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, acima citado.<sup>65</sup> *Data venia*, o entendimento vencido parece ser o mais adequado à realidade brasileira. Ora, reconhecer o direito de presos a uma reparação pecuniária em face dos danos morais experimentados ao longo do cumprimento de penas ou no âmbito de prisões provisórias é comprometer uma parcela mais do que significativa dos recursos estatais com a questão, impossibilitando, inclusive, que essa verba seja investida no melhoramento do

---

<sup>64</sup> O § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 prevê que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

<sup>65</sup> O ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto-vista, no Recurso Extraordinário 580.252/MS, defendeu que: “Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento.” e que “É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.”

sistema. Assim, a sugestão dada pelo ministro Luis Roberto Barroso parece ser a mais recomendada, já que a remição de pena beneficiaria o Estado, que não precisaria arcar com um número estratosférico de indenizações, bem como o apenado, que alcançaria a desejada liberdade com mais brevidade. Se fosse oportunizado ao preso escolher, por exemplo, muitos escolheriam a remição, pois não há dinheiro nenhum que possa pagar pela liberdade humana.

Outro julgamento que merece destaque é aquele decorrente do Recurso Extraordinário n. 641.320, do Rio Grande do Sul<sup>66</sup>, no qual o Supremo Tribunal Federal, através do voto do Relator, ministro Gilmar Mendes, fixou entendimento de que a falta de vaga em estabelecimento penal adequado não autoriza o cumprimento de pena em regime mais gravoso, por aplicação dos princípios da individualização da pena e da legalidade<sup>67</sup>. Fixou-se a tese, ainda, de que, havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas, a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas, o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto, bem como a prisão domiciliar (até que as outras medidas sejam estruturadas).

O entendimento acima exposto foi, inclusive, objeto de Súmula Vinculante do STF, de número 56, redigida nos seguintes termos: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

A falta de vagas nos estabelecimentos prisionais nos quais é cumprida pena nos regimes semiaberto e aberto é uma situação recorrente e preocupante no Brasil. Dados do Ministério da Justiça, através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de julho de 2014, revelam a existência de 89.639 (oitenta e nove mil, seiscentos e trinta e nove) pessoas presas no regime semiaberto

---

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320** – RS (70028601870), Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, D.J 11 mai. 2016. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2017.

<sup>67</sup> Os princípios da individualização da pena e da legalidade, encontram-se expressos, na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLVI e XXXIX, respectivamente.

contra 67.296 (sessenta e sete mil, duzentas e noventa e seis) vagas, enquanto que existem 6.952 (seis mil, novecentas e cinquenta e duas) vagas no regime aberto para 15.036 (quinze mil e trinta e seis) pessoas presas<sup>68</sup>. Por essa razão, o STF teve que se pronunciar, declarando a impossibilidade de cumprimento de pena em regime mais gravoso por falta de vaga no estabelecimento no qual o preso tem o direito de estar por força da progressão de regime. Esse entendimento busca não impor aos presos as consequências negativas da inércia estatal, uma vez que o Estado não cria a quantidade de vagas necessárias nos regimes semiaberto e aberto, e é completamente alinhado ao modelo do garantismo penal aplicado na execução da pena.

Em que pese a importância dos julgados acima, a decisão mais significativa do STF sobre o tema parece ser aquela proferida no julgamento, em sede de medida cautelar, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, do Distrito Federal, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL<sup>69</sup>, através do qual o Supremo declarou a situação do sistema penitenciário brasileiro como um “Estado de Coisas Inconstitucional”, embora não tenha definido grandes repercussões práticas para essa declaração.

A declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” foi inspirada na Jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, sendo utilizada pela primeira vez em 1997 (Sentencia de Unificación - SU 559, de 6/11/1997), em uma demanda na qual professores relatavam violações sistemáticas de seus direitos pelo Poder Público. Sobre a expressão, Dirley da Cunha Júnior destaca que o “Estado de Coisas Inconstitucional” passou a ser utilizado na Colômbia em face da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas dos direitos fundamentais, tendo por finalidade a adoção de soluções estruturais voltadas à superação desse quadro

---

<sup>68</sup> Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, acesso em 23 de agosto de 2017.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347– DF**, Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, Requeridos: União, Estados e DF da República Federativa do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, D.J 9 set. 2015. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 29 ago. 2017.

constante de violações dos direitos da população em face das omissões do Poder Público.<sup>70</sup>

Neste julgado, o voto do relator, ministro Marco Aurélio, acompanhado pela maioria do plenário da Corte, constatou a lastimável situação carcerária brasileira, que, principalmente por força da superlotação, obriga a maioria dos presos a se sujeitarem às seguintes situações: torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Ou seja, o STF constatou a situação deplorável do sistema carcerário do nosso país, com a constante violação de direitos fundamentais.

Para solucionar o problema, a Corte acatou algumas (poucas) soluções propostas na ação. A primeira medida tomada pelo STF foi determinar a juízes e tribunais que realizem, obrigatoriamente, em até 24 horas após o momento de uma prisão, audiência de custódia, observando-se assim os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). A audiência de custódia será analisada com mais atenção no capítulo seguinte, que trata das possíveis soluções para a crise de superlotação dos presídios e delegacias brasileiras, mas, de antemão, cabe destacar que a medida imposta pode sim ajudar. As audiências de custódia servem para que o Estado analise, através do Poder Judiciário, com brevidade, a legalidade e necessidade da prisão, considerando a posição da defesa do preso. Ora, quanto mais rápida for esta análise, menos tempo uma prisão ilegal ou desnecessária durará, sendo a audiência de custódia, então, um importante mecanismo para a diminuição da superlotação dos estabelecimentos prisionais.

Ademais, ficou determinado pelo STF que os juízes e tribunais, considerando o quadro dramático do sistema penitenciário, estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, uma vez que a prisão, no Brasil, é cumprida em condições

---

<sup>70</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso: 17 set. 2017.



muito mais severas do que o padrão imposto pelo ordenamento. Ora, essa determinação, embora importante, não repercute tão praticamente quanto as demais, sendo uma confirmação lógica e retórica do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Porém, foi dada aplicação prática à determinação acima citada, quando o STF, nesta mesma decisão, estabeleceu que juízes e tribunais, ao optarem pela manutenção de uma prisão provisória, devem expressamente especificar o motivo da não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.<sup>71</sup> Essa medida impede a fundamentação genérica da manutenção da prisão provisória, evitando que, para situações nas quais sejam cabidas as medidas cautelares, a prisão seja mantida por mera liberalidade do Poder Judiciário, sendo isto muito importante na luta travada para a diminuição da população carcerária brasileira.

Outra medida cautelar julgada procedente pelo STF nesta mesma ação relaciona-se com a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN – e proibição de novos contingenciamentos pela União. Esse fundo, criado em 1994 pela Lei Complementar n. 79<sup>72</sup>, segundo voto do relator, vem sendo mal utilizado e contingenciado pela União ao longo dos anos, não cumprindo com sua finalidade, qual seja, apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro (art. 1º da Lei Complementar n. 79 de 1994). A medida é importante porque não são raras as vezes em que o Poder Público apresenta o argumento da Reserva do Possível para a falta de investimentos no sistema prisional, seja no âmbito municipal, estadual ou federal. Desta forma, quanto mais dinheiro estiver disponível e for aplicado de forma correta, maiores são as chances de melhorarmos a situação atual.

Neste tópico, ficou demonstrada a posição da nossa Corte Constitucional sobre a problemática da superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros e da consequente violação a direitos e garantias fundamentais, sendo esboçadas algumas diretrizes a serem adotadas. Neste sentido, o posicionamento, do STF, é,

---

<sup>71</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 30 ago. 2017.

<sup>72</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994, Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm) . Acesso em: 30 ago. 2017.

em regra, louvável, já que reconhece o quadro dramático e estabelece medidas, tanto ao Poder Judiciário, quanto ao Poder Executivo. Entretanto, devemos reconhecer que o STF poderia ter avançado ainda mais no tema. Desta forma, no capítulo seguinte, algumas medidas adotadas serão analisadas, bem como serão abordadas outras possíveis soluções para o problema da superlotação prisional brasileira.

## 4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS

### 4.1 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

No capítulo anterior, vimos que o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento em sede cautelar, da ADPF 347, impor aos juízes e tribunais brasileiros a realização de audiência de custódia, em até 24 horas após a realização de uma prisão. Cabe agora analisar o instituto da audiência de custódia, sua aplicabilidade prática e a possibilidade de contribuir para a diminuição da superlotação do sistema prisional do Brasil.

A audiência de custódia, em suma, é o instrumento pelo qual o preso em flagrante é levado ao juiz para a análise da necessidade da manutenção da prisão (decretação de prisão preventiva ou temporária), além de serem apurados possíveis excessos praticados pelas autoridades policiais durante a prisão.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que não existe muita inovação no instituto, uma vez que a análise da legalidade e da necessidade da prisão seria feita de qualquer forma pelo magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante. Porém, os defensores da audiência de custódia defendem que esse contato do preso com o juiz, bem como a presença da defesa técnica do investigado, é extremamente benéfica, se considerarmos os direitos individuais do preso e a excepcionalidade de uma prisão.

È o que defende, por exemplo, Daniel Nicory do Prado:

“A audiência de custódia é um procedimento mais adequado para a tutela do direito individual à liberdade, na sua perspectiva de não intervenção indevida do Estado, porque a apresentação do preso ao juiz permite um controle efetivo das circunstâncias da prisão, pelo magistrado, do que a mera comunicação escrita da prisão pela autoridade policial, tanto porque o flagrado será entrevistado pelo juiz, como porque estará na presença do seu defensor.”<sup>73</sup>

Além de ser importante para a limitação do poder punitivo estatal e garantia dos direitos fundamentais do preso, com exposto acima, a audiência de custódia pode contribuir significativamente na diminuição da superlotação dos estabelecimentos prisionais. Isso porque o contato direto do juiz com o preso pode contribuir para que o magistrado se sensibilize com a situação e julgue desnecessária a prisão,

---

<sup>73</sup> PRADO, Daniel Nocory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017, p. 21.

considerando que a maioria dos presos pode perfeitamente enfrentar o inquérito policial e o processo penal em liberdade, já que, para se prender, é preciso cumprir os requisitos da prisão provisória, já expostos neste trabalho.

Destaca-se também a defesa técnica apresentada pelo advogado dos presos, seja ele membro da Defensoria Pública ou particular, como instrumento de diminuição do número de prisões provisórias, tendo em vista que podem apresentar fundamentos jurídicos capazes de convencer o magistrado da desnecessidade da prisão cautelar. É lógico que é dever do magistrado conhecer a lei e manter o preso em privação de liberdade somente quando esta assim autorizar e recomendar, mas, de fato, a defesa técnica pode sinalizar fatos e fundamentos obscuros, não aparentes em uma primeira análise, contribuindo para a elevação do número de liberdades provisórias concedidas.

A audiência de custódia ainda é muito recente no país. Após o julgamento cautelar da ADPF 347, pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a regulamentação das audiências de custódia em dezembro de 2015.<sup>74</sup> Desta forma, não existem dados precisos sobre a diminuição da superlotação dos presídios após a implementação da medida, já que, inclusive, muitos outros fatores devem ser analisados nesta pesquisa, de modo que aqui não será feita uma análise empírica a cerca do instituto, mas, pode-se concluir que, em teoria, a audiência de custódia pode ser uma grande aliada no enfrentamento do caos do sistema carcerário, por representar um filtro maior na entrada de presos neste sistema.

#### 4.2 SOLTURA IMEDIATA DAQUELES QUE NÃO DEVERIAM ESTAR PRESOS E PROGRESSÃO DE REGIME DAQUELES COM DIREITO A TAL BENEFÍCIO

Medida que parece lógica e desnecessária é colocar em liberdade todos aqueles indivíduos que não deveriam estar presos e promover a progressão de regime daqueles que a ela tiverem direito. Entretanto, no Brasil, o lógico precisa ser dito e o que aparenta ser desnecessário torna-se extremamente necessário. Isso porque temos, no sistema carcerário brasileiro, uma infinidade de presos que já cumpriram

---

<sup>74</sup> Resolução nº 213 do CNJ, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso: 25 ago. 2017.

integralmente sua pena ou que já poderiam ter progredido de regime, mas assim não fazem porque o Estado mantém-se inerte e esses indivíduos não possuem a assistência jurídica adequada para salvaguardarem seus direitos em juízo, com a impetração de *habeas corpus*, por exemplo.

Desta forma, a realização de multirões, tanto pela Defensorias Públicas, quanto pelas próprias varas de execução, seria medida extremamente benéfica para solução do caos do sistema, bem como medida bastante barata, diferentemente da construção de presídios, do investimento a longo prazo em educação, da criação de vagas para o serviço público etc, políticas públicas que oneram bastante o Estado.

Aqui cabe destacar também a necessidade de revisão das prisões provisórias, seja pelo excesso de prazo, seja pela extinção da necessidade da sua manutenção. Em muitos casos, vemos prisões temporárias, que possuem prazo determinado para durar, extrapolarem o limite imposto, bem como prisões preventivas que não se justificam mais pela extinção do motivo legal que a justificava. Nesses casos, a liberdade provisória é medida que se impõe. Então, analisar minuciosamente as prisões cautelares já impostas no Brasil pode servir para reduzir significativamente o número de presos no sistema carcerário, com a decretação da liberdade de milhares de indivíduos. Adverte-se que a duração excessiva da prisão preventiva será analisada mais adiante.

Não podemos deixar de dar crédito ao Conselho Nacional de Justiça, que, desde 2008, realiza os “Multirões Carcerários” por todo o Brasil, iniciativa que possui dois objetivos bem claros: revisão das prisões, seja ela definitiva ou provisória, garantindo-se o devido processo legal; e inspeção dos estabelecimentos prisionais. A iniciativa, que consiste na reunião de juízes percorrendo os diversos estados da federação na fiscalização da execução penal, desde o seu início, já promoveu a análise da situação de cerca de 400 mil presos, com a concessão de mais de 80 mil benefícios, como progressão de regime, liberdade provisória, direito ao trabalho externo, dentre outros.<sup>75</sup>

Iniciativas como essas são louváveis, e deveriam ser mais reconhecidas, incentivadas e patrocinadas pelo Poder Público. Ora, os presos não perderam sua

---

<sup>75</sup> Dados do Conselho Nacional de Justiça, disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-multirao-carcerario>.

cidadania ao cometer uma determinada infração penal e sofrer a intervenção estatal, através da prisão, sendo ainda equivalentes aos indivíduos que estão fora das grades, merecendo a mesma atenção do Estado. Embora grande parte da sociedade, inclusive incentivada pelos grandes meios de comunicação, pense de forma diversa, esse é o entendimento que se impõe no Estado Democrático de Direito.

#### 4.3 A CULTURA PUNITIVISTA E A CONSTRUÇÃO DE NOVOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

A criação de vagas no sistema prisional, através da construção de estabelecimentos prisionais, parece ser a medida que mais agrada os defensores da cultura punitivista. É também a solução mais fácil de ser explicada, por força da sua lógica: “Se existe um déficit de vagas, a construção de novos estabelecimentos prisionais e consequente criação de novas vagas resolveria o problema.”

A cultura punitivista é aquela que defende o encarceramento indiscriminado daqueles que cometem crimes. Considerando que o perfil do criminoso no Brasil é, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), de uma pessoa pobre, com baixa escolaridade, jovem<sup>76</sup>, a cultura punitivista representa uma verdadeira máscara da discriminação social e racial em nosso país, não devendo ser incentivada.

Essa cultura é propagada também pela grande mídia de comunicação, que vende a ideia de que “o Brasil é o país da impunidade” e medidas punitivistas devem ser adotadas para a manutenção da “paz social” e da “segurança”, seja através do endurecimento da legislação, seja através da construção de presídios para abrigar os presos. Ocorre que esse tipo de afirmação revela uma manipulação muito grande dos fatos e dados. Como já descrito nesse trabalho, o país possui uma população carcerária imensa, dentre as maiores do planeta, de forma que não podemos classificá-lo como país da impunidade. O que ocorre, em nosso território, é que, por

---

<sup>76</sup> Segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, elaborados pelo DEPEN, mais de 73% dos presos brasileiros possuem escolaridade igual ou inferior a Ensino Fundamental Completo; e mais de 50% dos presos possuem entre 18 e 29 anos. Dados disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf> Acesso: 11 set. 2017.

força de uma Defensoria Pública ainda não devidamente estruturada e interiorizada, e pela superlotação do sistema carcerário, não é possível a prestação de uma assistência jurídica de qualidade, fazendo com que os indivíduos que não têm condições financeiras de pagar um advogado particular permaneçam no sistema, presos cautelarmente ou após condenação imposta.

Ainda como causa da seletividade descrita acima, destaca-se a política criminal brasileira, que é voltada para os crimes praticados pelos financeiramente menos favorecidos, como roubo, furto, e tráfico de drogas, fazendo com que os indivíduos que cometem esse tipo de infração ocupem a maior parte do sistema carcerário.<sup>77</sup> Ora, se existe uma impunidade, esta está alojada na camada dos indivíduos com maior poderio econômico, uma vez que a grande quantidade de recursos, a excepcionalidade da prisão cautelar e a morosidade da justiça brasileira, somados a uma defesa técnica de qualidade, os beneficiam.

Assim, como manifestação dessa cultura punitivista, os representantes eleitos pela sociedade (notadamente os membros do Poder Executivo) preferem investir em um discurso aceito pela maioria da sociedade, deslocando recursos para a criação de presídios, não modificando a lógica do sistema, mas o ampliando.

Sobre o tema, Sandalo Bueno Nascimento afirma que os governos estaduais, de uma forma geral, esforçam-se para demonstrar que estão realizando obras de reparo e de construção de novas vagas no sistema prisional, salientando que essas medidas, emergenciais, são sim importantes, mas não representam a solução definitiva para os problemas do sistema carcerário brasileiro. O autor destaca que uma quantidade muito pequena dos recursos públicos é investida em políticas sociais de prevenção, no fomento de medidas alternativas ou na melhoria das condições de trabalho da defensoria pública. Salienta ainda que a lógica da construção de vagas é insuficiente para resolver o problema, já que dados

---

<sup>77</sup> Segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, elaborados pelo DEPEN, mais de 69% dos presos brasileiros cometeram roubo, furto ou tráfico de entorpecentes. Dados disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf> Acesso: 11 set. 2017.

demonstram um ritmo muito mais acelerado na entrada do que na saída de presos no sistema prisional.<sup>78</sup>

Note-se que a posição aqui adotada não é completamente contrária a construção de estabelecimentos prisionais. Em muitos lugares do país não existem estabelecimentos suficientes e os existentes são completamente inadequados para atender a demanda. Desta forma, é importante que as autoridades voltem-se para o problema, e dediquem orçamento para construção de locais para alojamento de presos, especialmente aqueles que devem estar em regime aberto ou semiaberto, sob pena de constante aplicação da súmula vinculante nº 56 do STF, já analisada aqui, que desautoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso quando faltar vaga nos regimes aberto e semiaberto.

Ocorre que essa é a medida menos complexa a ser adotada, que não interfere na lógica estrutural do sistema carcerário, não podendo vir desacompanhada de outras. Até mesmo porque o número de presos cresce em uma proporção avassaladora, sendo impossível ser acompanhada pela construção de presídios. Assim, a construção de presídios, que representa a manutenção de uma cultura punitivista, descrita acima, deve sempre ser acompanhada de outras medidas.

Desta forma, concluímos que, na busca por uma diminuição no déficit de vagas do sistema prisional, o aumento do número de vagas pode representar sim uma melhoria da situação, entretanto, as atenções devem voltar-se, presencialmente, para a diminuição no número de presos, como se verá adiante.

#### 4.4 CELERIDADE PROCESSUAL E PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO CAUTELAR

Um fator que contribui significativamente para a superlotação do sistema carcerário brasileiro é o da lentidão dos julgamentos, situação esta que faz com que as prisões cautelares se estendam por anos durante o curso do processo penal, ocupando as vagas dos estabelecimentos prisionais, em percentual já descrito neste trabalho.

---

<sup>78</sup> NASCIMENTO, Sandalo Bueno do. **A Realidade dos Direitos Humanos no Sistema Prisional**. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer; SOARES, Paulo Sérgio Gomes (coord.). *Sistema Penal & Direitos Humanos*. São Paulo: PerSe, 2015, p. 85.



Cristina Zackseski, Bruno Alamarl Machado e Gabirela Azevedo sinalizam que alguns estados brasileiros apresentam mais presos provisórios do que condenados, de forma que se excluirmos os presos provisórios do cálculo do déficit de vagas no sistema, sobrariam vagas em 19 estados da federação, além de nos estabelecimentos da União.<sup>79</sup> Esses dados revelam que uma das maiores causas, se não a maior, da superlotação do sistema carcerário brasileiro é o da banalização e perpetuação da prisão cautelar, situação que deve ser enfrentada urgentemente.

Ora, o problema pode ser analisado sob duas perspectivas. Em uma primeira, o grande número de recursos no processo penal brasileiro faz com que a própria defesa do acusado prolongue o processo por anos, em busca de uma possível sentença absolutória, até mesmo em decorrência do fenômeno da prescrição. Em uma segunda perspectiva, o próprio andamento da justiça brasileira é lento, fazendo com que as fases processuais se arrastem por anos, com o réu mantido em prisão provisória aguardando julgamento.

Sobre o grande número de recursos dos réus, cabe destacar a posição atual do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é possível o início do cumprimento de pena, mesmo antes de esgotadas as possibilidades recursais, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>80</sup>. Aqui não será feita análise minuciosa acerca da posição do STF e de possíveis violações ao Texto Constitucional<sup>81</sup> e Tratados Internacionais<sup>82</sup>, cabendo somente destacar que o Supremo adotou posição que vai na contramão da tendência descarcerizadora proposta e analisada neste estudo, de acordo com uma cultura punitivista, influenciada pela grande mídia e adotada pela sociedade civil, que considera o Brasil o país da impunidade e exige que medidas sejam tomadas.

---

<sup>79</sup> ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Alamarl; AZEVEDO, Gabirela. **Dimensões do Encarceramento e Desafios da Política Penitenciária no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

<sup>80</sup> Entendimento exposto no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 126292, julgado em 17/02/2016, reiterado através do julgamento de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43 e 44, e confirmado no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, com repercussão geral reconhecida.

<sup>81</sup> A posição do STF violaria o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que prevê que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>82</sup> A posição do STF violaria a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que, em seu art. 8º (2), prevê que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

Assim, mais adequado do que autorizar o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória seria diminuir o número de recursos no processo penal.

Sobre a segunda perspectiva da lentidão processual, a que mais interessa, temos que os juízos (de todas as instâncias) precisam estar aparelhados e preparados para apresentarem respostas céleres nos processos penais. É lógico que todos os tipos de jurisdição são importantes, merecendo atenção, e que o princípio da duração razoável do processo, previsto na Constituição Federal<sup>83</sup>, é aplicável em todos os ramos do Direito, mas, é no Processo Penal, que as consequências de um processo com duração desarrazoada se manifesta de forma mais intensa, considerando toda a aflição imposta ao indivíduo pela persecução penal e o fato de, muitas vezes, o indivíduo estar com a sua liberdade cerceada por força da decretação de uma prisão cautelar.

Sobre a problemática, Kellen Cleya dos Santos Madalena Stakoviak destaca que, no Brasil, deparamo-nos com situações em que o preso provisório permanece encarcerado por tempo excessivo, por vezes até superior à duração da pena a qual seria condenado pela infração cometida. A autora salienta que isso pode ocorrer, dentre outros motivos, por falta de um pedido de *habeas corpus*, por falta de um defensor dativo, ou por acúmulo de processos para serem analisados pelo Poder Judiciário.<sup>84</sup>

Ora, a celeridade processual deve ser buscada sempre para que situações como a descrita acima não continuem ocorrendo corriqueiramente em nosso país. Neste sentido, o Poder Público, através dos três poderes da República, deve agir, por exemplo, autorizando a criação, disponibilizando recursos no orçamento para a criação e efetivamente criando novas varas especializadas para processamento das demandas, desafogando o Poder Judiciário, que se encontra evidentemente sobrecarregado. Soma-se a isso a necessidade de criação de vagas nos diversos órgãos da Justiça para concursos públicos e o conseqüente treinamento e

---

<sup>83</sup> O art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, prevê que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>84</sup> STAKOVIK, Kellen Cleya dos Santos Madalena. **Prisão além da Condenação e o excesso de prazo no cumprimento da pena: Uma afronta aos direitos humanos no Brasil.** In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer; SOARES, Paulo Sérgio Gomes (coord.). Sistema Penal & Direitos Humanos. São Paulo: PerSe, 2015, p. 58.

aperfeiçoamento dos servidores, para que estes sejam capazes de prestar um serviço adequado à sociedade, bem como a necessidade de aparelhamento técnico das comarcas por todo o Brasil.

O fortalecimento das Defensorias Públicas também é medida necessária na busca pela revisão da situação dos presos, por todo o país. Esse fortalecimento deve se dar através da interiorização das defensorias e do aparelhamento técnico e humano das mesmas, para que estas possam prestar um serviço adequado à sociedade.

Ocorre que, no cenário atual, que está longe do ideal, o Poder Judiciário não pode simplesmente fechar os olhos para a realidade, continuando a determinar e manter um número enorme de prisões provisórias, aplicando friamente a legislação ao considerar que o indivíduo não pode responder o processo em liberdade. Nesse contexto, juízes e tribunais devem, além de serem menos rigorosos na escolha entre a prisão cautelar e a liberdade provisória (considerando que a prisão é medida excepcional a ser adotada), analisar a possibilidade de concessão da liberdade provisória aos indivíduos que possuem processos com duração acima do aceitável.

Neste sentido é o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, para quem o princípio da duração razoável da prisão cautelar é um derivado implícito dos princípios explícitos da presunção de inocência, da economia processual e da estrita legalidade da prisão cautelar. O autor afirma, por exemplo, que os Tribunais devem respeitar um prazo justo para julgar as apelações interpostas por réus presos em face de sentenças condenatórias, e, se assim não ocorrer, devem colocar o sentenciado em liberdade, através da concessão de *habeas corpus*, até mesmo de ofício.<sup>85</sup>

Aury Lopes Jr. invoca a provisionalidade da prisão cautelar (tutela uma situação fática específica) para sustentar a necessidade de reexame período obrigatório das mesmas, já que a prisão cautelar não pode assumir contornos de pena antecipada. O autor lamenta ainda o veto ao dispositivo que estabelecia prazo máximo de duração da prisão preventiva na Lei 12.403/11, afirmando que um problema histórico não foi resolvido.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>86</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 795-796.

Ora, a imposição de limite legal à duração das prisões cautelares parece ser medida extremamente necessária, diante do caos do sistema penitenciário, devendo o Congresso Nacional ser provocado a rever o tema, com máxima brevidade.

A questão da duração das prisões cautelares já foi, inclusive, objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, valendo a pena transcrever parte do voto do ministro Celso de Mello no julgamento do Habeas Corpus 101.357/SP: “a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana.”<sup>87</sup>

Parece ser o entendimento adequado a ser adotado, uma vez que o preso não deve ser prejudicado com o cerceamento longo e indefinido da sua liberdade, direito tão caro ao ser humano, por força de uma morosidade excessiva do Poder Judiciário, considerando que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser considerado inocente, por força de imposição constitucional. Devemos sempre buscar a solução da problemática, com atitudes que objetivem a celeridade processual, mas, enquanto esta não for alcançada, a liberdade provisória por excesso de prazo da prisão preventiva é a medida que se impõe. Uma conscientização nesse sentido do Poder Judiciário, através da realização de multidões para verificação do tempo das prisões preventivas, seria interessante no combate a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

#### 4.5 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Outra aposta para resolver o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais é investir nas medidas cautelares diversas da prisão. Muitos juízes e tribunais ainda são resistentes à aplicação dessas medidas, preferindo a clássica prisão preventiva como medida cautelar. Desta forma, a conscientização desses magistrados de que existem outras formas de se garantir a aplicação da lei penal é imprescindível.

---

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 101.357**, de São Paulo. Paciente: Amaurilio Ramos do Nascimento. Impetrante: Emival Santos da Silva e Outro (a/s). Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 16 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC101357CM.pdf>. Acesso: 15 set. 2017.

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci destaca a importância da aprovação da Lei 12.403/11, que alterou as disposições do Código de Processo Penal sobre prisões cautelares, inclusive aumentando as hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão existentes em nosso ordenamento. O autor destaca que muitas dessas medidas cautelares já estavam positivadas em nosso ordenamento como penas alternativas ou condições para a suspensão condicional do processo, concluindo que se as medidas já eram consideradas eficientes para punir o indivíduo, também seriam eficientes para fins de acautelamento no processo penal.<sup>88</sup>

O mesmo autor afirma, interpretando os artigos do Código de Processo Penal, que as medidas cautelares diversas da prisão são eficientes para a garantia da aplicação da lei penal e por conveniência da investigação ou instrução criminal (hipóteses de cabimento também da prisão preventiva, por força do disposto no art. 312 do CPP<sup>89</sup>), além de funcionar como mecanismo para evitar a prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos em lei. Desta forma, as medidas cautelares diversas da prisão não seriam eficientes somente quando o objetivo fosse garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica (outras hipóteses da prisão preventiva, na forma do art. 312 do CPP), de forma que somente a prisão preventiva se justificaria nessas duas últimas situações.<sup>90</sup>

Assim sendo, quando o indivíduo investigado ou processado não representar, em liberdade, efetiva ameaça à ordem pública ou econômica, a prisão preventiva não se justifica se existirem outras medidas a serem aplicadas, nos termos do disposto no art. 282, § 6º, do CPP<sup>91</sup>. A regra, portanto, é da excepcionalidade da prisão preventiva, mas, no Brasil, o instituto encontra-se banalizado.

Eugênio Pacelli também comemora a entrada em vigor da Lei 12.403 de 2011, afirmando que esta promoveu uma verdadeira revolução no que se refere a prisões e liberdade provisória, introduzindo inúmeras alternativas ao cárcere. Entretanto, o

---

<sup>88</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

<sup>89</sup> O art. 312 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) dispõe: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

<sup>90</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

<sup>91</sup> O art. 282, § 6º, do CPP, dispõe que: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

autor não deixa de criticar a manutenção da expressão “liberdade provisória” no texto do Código de Processo Penal, constatando que, na verdade, a prisão que é provisória, assim como todas as outras medidas cautelares, que impõem restrições aos direitos subjetivos, e não a liberdade.<sup>92</sup>

Neste ponto, torna-se relevante transcrever o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, em obra compartilhada com outros autores, sobre o caráter extraordinário da prisão:

“Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita. No caso da prisão cautelar, essas exigências se tornam ainda mais rigorosas, diante do preceito constitucional segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, CF); em face do estado de inocência do acusado, a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com punição, somente justificada em situações de extrema necessidade. Além desse postulado fundamental à disciplina da prisão de natureza cautelar, sobressaem no texto da Lei Maior as garantias da *jurisdicionalidade* e do *devido processo legal*.”<sup>93</sup>

Devemos recorrer também aos ensinamentos de Aury Lopes Jr., segundo o qual a presunção de inocência, que é princípio reitor do Processo Penal, inserido na CF/88, em seu art. 5º, LVII, em sua dimensão interna, implica severas restrições à utilização das prisões cautelares, enfatizando que a qualidade de um sistema processual pode ser verificada através da observância (eficácia) deste princípio.<sup>94</sup>

Rogério Schietti Machado Cruz, também sobre a excepcionalidade da prisão cautelar, destaca que a privação de liberdade, para ocorrer, necessita, além do requisito inerente a qualquer cautela (*fumus comissi delicti* – comprovação da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria), que esse seja o único meio para a proteção do bem jurídico ameaçado com a liberdade do indivíduo (*periculum*

<sup>92</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. ataul. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 501-502.

<sup>93</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 227-228.

<sup>94</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 785-786.

*libertis*). Ou seja, havendo possibilidade de utilização de outra medida cautelar, a prisão não se justifica.<sup>95</sup>

Ora, conclui-se que a excepcionalidade da prisão cautelar justifica a importância de nos voltarmos para as medidas cautelares diversas da prisão.

As medidas cautelares diversas da prisão, descritas no Código de Processo Penal, são: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e monitoração eletrônica.<sup>96</sup>

Uma discussão recorrente na doutrina diz respeito à possibilidade da utilização pelo magistrado, de outras medidas cautelares, não previstas em lei, através da utilização de um “Poder Geral de Cautela”, expressão extraída do Direito Processual Civil (art. 297 do CPC de 2015<sup>97</sup>). Desta forma, debate-se acerca da natureza exemplificativa ou taxativa do rol de medidas cautelares diversas da prisão previsto no Código de Processo Penal.

---

<sup>95</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **A Subsidiariedade Processual Penal e Alternativas à Prisão Cautelar**. In: MOREIRA, Rômulo (organizador). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: Editora JusPodiym, 2008, p. 72.

<sup>96</sup> As medidas cautelares diversas da prisão estão dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal.

<sup>97</sup> O art. 297 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil, estabelece que: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”

Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. adverte que antes do advento da Lei 12.403/11 o sistema cautelar brasileiro era muito pobre, resumindo-se, basicamente à prisão cautelar e à liberdade provisória, de forma que os juízes recorriam a outras medidas, tais como retenção de passaporte, restrição de locomoção e dever de informar viagens, agindo de forma completamente indevida, já que inexistia previsão legal para tanto. Com o advento da referida lei, o autor destaca que a impossibilidade de utilização de medidas atípicas permanece, de forma que os magistrados devem se ater às medidas previstas no Código de Processo Penal. O autor justifica que, no Processo Penal, forma representa garantia, não havendo espaço para “poderes gerais”, já que todo poder é estritamente vinculado aos limites e à forma legal.<sup>98</sup>

#### 4.6 DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS E A PROPORCIONALIDADE APLICADA AO PODER LEGISLATIVO

Outra forma de enfrentar o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros é através da imposição de uma redução do alcance do Direito Penal, ou seja, através de descriminalização de condutas.

Raúl Cervini, sobre o assunto, destaca o fracasso do tratamento ressocializador da reabilitação do delinquente nas penas privativas de liberdade e alerta para o crescimento de correntes que defendem a diminuição drástica do número de presos nas prisões, com a institucionalização da pena de privação de liberdade somente em casos muito extremos, como grandes furtos, homicídios e roubos.<sup>99</sup>

Nesse sentido, destaca-se que Direito Penal já é (ou deveria ser) considerado a *ultima ratio* da sociedade, devendo interferir somente quando os bens jurídicos mais relevantes são violados. Ocorre que a cultura punitivista, já analisada aqui neste trabalho, é contrária a essa maneira de pensar, de forma que não são raros os exemplos de endurecimentos da legislação penal, inclusive com a criação de novos tipos penais, em consequência de eventos de conhecimento público, divulgados pela grande mídia.

---

<sup>98</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 789-790.

<sup>99</sup> CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 77 - 79.



Desta forma, podemos concluir que o discurso da descriminalização de condutas é pouco aceito pela sociedade civil em geral, que sente que o Brasil é o país da impunidade e rechaça qualquer tipo de afrouxamento do Estado na persecução penal dos indivíduos ditos “perigosos”.

No contexto de descriminalização, devemos considerar que a maioria dos presos em nosso sistema carcerário estão ligados, de alguma forma, ao tráfico de drogas. Nesse sentido, a descriminalização do uso de alguns dos entorpecentes hoje definidos como proibidos poderia contribuir para a diminuição da superlotação do sistema. É lógico que essa descriminalização tem outros fundamentos, como a autodeterminação nos indivíduos para consumir essas substâncias, bem como a inofensibilidade social da conduta praticada pelos consumidores, argumentos esses que não serão aqui expostos, mas a consequência prática seria interessante em face do caos aqui analisado. A lógica é a de que se o Estado regulasse a venda de algumas substâncias entorpecentes, com a maconha, por exemplo, os consumidores não teriam que recorrer ao tráfico para a aquisição do produto, diminuindo o mercado clandestino e, conseqüentemente, as prisões por tráfico de drogas.

Sérgio Augusto Pereira Laurentino, tratando do assunto, defende que a política antidrogas, adotada por muitos Estados Nacionais, não diminuiu a incidência do consumo e tráfico das mesmas, mas, pelo contrário, aumentou a incidência de problemas que atormentam a sociedade, como homicídios, corrupção, colapso do sistema prisional, onerosidade da máquina opressora estatal e o sustento financeiro das organizações criminosas. Desta forma, o abolicionismo representaria a medida mais adequada, voltando-se o Estado para uma política antidrogas fundada no tratamento dos dependentes.<sup>100</sup>

Daniel Nicory do Prado, sobre a temática, promovendo uma discussão jurídico-dogmática sobre os principais institutos penais e processuais penais da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), conclui que é desarrazoada a intervenção penal na área. Para o autor, os avanços da teoria jurídica das últimas décadas (teoria dos

---

<sup>100</sup> LOURENTINO, Sérgio Augusto Pereira. O Fracasso da Repressão Penal Antidrogas Brasileira: O abolicionismo como opção. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer; SOARES, Paulo Sérgio Gomes (coord.). Sistema Penal & Direitos Humanos. São Paulo: PerSe, 2015, p. 89-103.

princípios, métodos de aplicação da proporcionalidade, consolidação do conceito de bem jurídico no Direito Penal, etc.) deveriam ser utilizados no campo das drogas, mas isso não acontece por conta de um tabu proibicionista.<sup>101</sup>

O tema é bastante polêmico. Além da postura “moralmente” contrária a descriminalização do uso de drogas, adotado por grande parte da sociedade, existe o argumento de que a descriminalização não diminuiria a incidência de crimes, tendo em vista que as organizações criminosas, que hoje têm o tráfico de drogas como principal atividade no país, buscariam outras atividades ilícitas para a arrecadação e circulação de dinheiro, já que se encontram operacionalizadas e equipadas para a prática de crimes.

Aqui, cabe também tratar do tema da intervenção legislativa mínima como faceta do garantismo penal. Sobre o assunto, Luis Flávio Gomes esclarece que existem duas manifestações do limite ao “ius puniendi” estatal. Em uma primeira perspectiva, mais tradicional, existem limites quanto à faculdade ou direito do Estado de aplicar e executar a pena, ou seja, o Estado só pode e deve intervir nos limites do Direito Penal normatizado. Entretanto, há uma segunda perspectiva, através da qual existiria também limites ao direito ou faculdade do Estado editar normas penais, ou seja, uma limitação direcionada ao Poder Legislativo.<sup>102</sup>

Carolina Costa Ferreira faz um levantamento sobre o encarceramento em massa no Brasil, destacando a influência do Poder Legislativo, informando que entre 1990 e 2015 tivemos a edição de 203 novas leis penais.<sup>103</sup> Em que pese a existência de algumas leis descriminalizando condutas, a autora conclui que o país passa, desde 1940, por uma ascensão punitiva e por um aumento desenfreado da população carcerária. A autora defende, então, a implementação de um Estudo de Impacto Legislativo, que seria, segundo ela: “um instrumento de avaliação legislativa, destinado, no caso do presente trabalho, a analisar os projetos de lei que pretendem

---

<sup>101</sup> PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, p. 129.

<sup>102</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Limites ao “Ius Puniendi” e Bases Principiológicas do Garantismo Penal**. In: MOREIRA, Rômulo (organizador). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: Editora Juspodium, 2008, p. 50.

<sup>103</sup> Na pesquisa menciona, segundo a autora, foram consideradas as leis que alteram o Código Penal, o Código de Processo Penal e lei de Execução Penal, bem como as leis ordinárias que criaram novos tipos penais ou revogaram alguns já presentes no ordenamento jurídico.

alterar a Lei de Execução Penal ou que influenciem o sistema penitenciário brasileiro.”<sup>104</sup>

A proposta da autora é bastante interessante, pois possibilitaria a análise de questões técnicas e práticas sobre o assunto, prevendo as consequências da aprovação de determinada lei e diminuindo a influência das orientações políticas, que muitas vezes estão alinhadas a um encarceramento em massa.

Fábio Roque Araújo destaca que o objetivo principal do Direito Penal é a proteção subsidiária de determinados bens jurídicos, considerados mais relevantes para a sociedade, de forma que a *adequação*, quando direcionada ao legislador, deverá pressupor um juízo de valoração que estabeleça o sopesamento entre o bem jurídico tutelado e a gravidade da dos meios empregados para realização da sanção. Ademais, adverte que superado um juízo acerca da adequação, deverá ser feita uma análise sobre a *necessidade*, segundo a qual o meio empregado deve ser o menos gravoso dentre aqueles disponíveis para realização do fim pretendido. Por fim, o autor trata do sub-princípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, mostrando que as vantagens a serem obtidas pela adoção das medidas empregadas devem superar as suas desvantagens. Esses três sub-princípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) formam o princípio da proporcionalidade, que deve acompanhar a atuação do legislador, em matéria penal.<sup>105</sup>

Ora, o entendimento parece ser correto. A proporcionalidade deve ser observada pelo legislador na elaboração de leis sobre matéria penal, impedindo uma expansão do Direito Penal, que deve se restringir às situações nas quais a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito estiverem presentes, nos moldes traçados acima. Ademais, além da atuação negativa do legislador (evitar a aprovação de leis que criminalizem condutas sem respeitar a proporcionalidade), impõe-se também uma atuação positiva, no sentido de descriminalizar condutas que não merecem ser tipificadas como crime.

---

<sup>104</sup> FERREIRA, Carolina Costa. **O Estudo de Impacto Legislativo como Possível Estratégia de Contenção do Encarceramento em Massa no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 25, vol. 129, p. 137-180, dez. 2017.

<sup>105</sup> ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 148-158.

## 6 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se que medidas precisam ser tomadas para resolver o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Isso porque a triste realidade enfrentada hoje não pode se manter, uma vez que ela é completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>106</sup>

Desta forma, enquanto o preso for considerado pessoa humana, e não um animal, ele é possuidor de direitos fundamentais, que devem ser-lhes assegurados, em que pese grande parte da sociedade civil pense de forma diametralmente oposta. Aliás, até os animais, no Brasil, são mais bem tratados que os presos.

Na busca pela resolução do problema da superlotação das prisões, uma atenção especial deve ser dada às prisões cautelares, pois elas representam quase que metade do efetivo de presos no nosso país, 41% (segundo dados do INFOPEN), de forma que uma diminuição no número dessas prisões refletiria significativamente no sistema como um todo. Na maioria dos estados da federação, como visto no trabalho, se eliminarmos os presos provisórios da conta acerca do déficit do sistema carcerário, sobrariam vagas.

Isso porque a prisão cautelar é (deveria ser) medida excepcional a ser adotada em nosso ordenamento, sempre que for necessária e adequada, não existindo outra medida menos gravosa disponível para atingir a mesma finalidade, além de ter que ser proporcional à possível sanção aplicada. Mas o que vemos na prática é uma banalização do instituto da prisão cautelar, mormente a preventiva.

Neste ponto, a Lei 12.403, de 2011, deve ser aplaudida como inovação legislativa que introduziu medidas cautelares diversas de prisão no nosso ordenamento, encerrando a bipolaridade existente entre liberdade provisória e prisão cautelar, na medida em que apresentou novas alternativas ao magistrado. Mas não adianta a lei existir, se os magistrados brasileiros não estiverem familiarizados com ela e munidos do sentimento de aplicar os seus preceitos. Também não adianta que o magistrado aplique a lei, determinando a aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão,

---

<sup>106</sup> A dignidade da pessoa humana está prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

se o Poder Público (Poder Executivo), não propiciar o seu efetivo cumprimento. É o caso, por exemplo, da ausência tornazeleiras eletrônicas em muitos estados da federação. Ora, o investimento no sistema carcerário não pode se limitar à criação de vagas para os presos, o Poder Público deve elaborar diversas políticas públicas para resolver a problemática, inclusive investir financeiramente no aparelhamento técnico do sistema.

A criação de vagas, inclusive, é a medida preferida dos governantes, que não possuem interesse político em mudar uma cultura positivista, que verdadeiramente exclui as pessoas menos favorecidas do convívio social. Uma mudança tão drástica de paradigma, adotando-se, por exemplo, uma cultura descarcerizadora, representa a perda de votos nas eleições, tendo em vista que a sociedade civil, em sua maioria, propaga é contrária a tal perspectiva. Porém, a criação de vagas, através da construção de presídios, embora emergencialmente necessária, não resolve o problema, tendo em vista que se não adotarmos uma cultura descarcerizadora, a população carcerária continuará crescendo de modo desenfreado, de forma que teríamos que ter presídios por toda parte para comportar a demanda, situação inimaginável e indesejável.

A mudança também se revela difícil no âmbito do Poder Legislativo. Salvo raras exceções, as inovações legislativas sobre matéria penal ou processual penal representam um endurecimento da persecução estatal, seja através da tipificação de condutas, seja através do aumento de pena para as condutas já tipificadas, ou mesmo através da supressão de direitos. Por isso, é correto defender a instauração de Estudo Prévio de Impacto Legislativo, sempre antecipando a aprovação de uma lei acerca do sistema carcerário. Esse estudo poderia ser realizado pelo próprio Congresso Nacional, através da criação de uma comissão especializada, por exemplo, contando com a participação de representantes dos outros Poderes da República e da sociedade civil, que analisaria se o projeto de lei está em conformidade com a tendência descarcerizadora, a ser adotada como diretriz pela Casa Legislativa.

A situação é preocupante e as mudanças parecem que são lentas, mas não devemos desanimar, tendo sempre em mente que *a melhoria das condições das*

*prisões é condição necessária para alcançarmos um desenvolvimento socioeconômico minimamente aceitável.*

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 03 set. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 23 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 25 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm). Acesso: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 23 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994, Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm)> . Acesso em: 30 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 30 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)> Acesso em: 23 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) Acesso: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347– DF**, Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, Requeridos: União, Estados e DF da República Federativa do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, D.J 9 set. 2015. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 29 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 101.357**, de São Paulo. Paciente: Amaurilio Ramos do Nascimento. Impetrante: Emival Santos da Silva e Outro (a/s). Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 16 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC101357CM.pdf>. Acesso: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.252 – MS** (20060031797000101), Recorrente: Anderson Nunes Da Silva, Recorrido: Estado de Mato Grosso Do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, D.J 16 fev. 2017. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 29 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320 – RS** (70028601870), Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, D.J 11 mai. 2016. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 29 ago. 2017.

CARVALHO, Salo de. **Garantismo e Direito de Punir: Teoria agnóstica da pena**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bj22cklbt-wJ:www.grupos.com.br/group/cienciascriminais8/Messages.html%3Faction%3Ddownload%26year%3D10%26month%3D6%26id%3D1276553255444592%26attach%3DGarantismo%2Be%2Bdireito%2Bde%2Bpunir%2BSALO%2BDE%2BCARVALHO.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso: 14 set. 2017.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A Subsidiariedade Processual Penal e Alternativas à Prisão Cautelar**. In: MOREIRA, Rômulo (organizador). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: Editora JusPodiym, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4 ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. **O Estudo de Impacto Legislativo como Possível Estratégia de Contenção do Encarceramento em Massa no Brasil**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, vol. 129, dez. 2017.

FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120)**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.



\_\_\_\_\_, Luiz Flávio. **Limites ao “Ius Puniendi” e Bases Principlológicas do Garantismo Penal**. In: MOREIRA, Rômulo (organizador). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: Editora Juspodium, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral – Volume 1**. 19 ed., rev., ampl. e ataul. Niterói: Impetus, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENTINO, Sérgio Augusto Pereira. **O Fracasso da Repressão Penal Antidrogas Brasileira: O abolicionismo como opção**. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer; SOARES, Paulo Sérgio Gomes (coord.). *Sistema Penal & Direitos Humanos*. São Paulo: PerSe, 2015.

MARCÃO, Renato. Execução penal: ideal normativo e realidade prática, disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8951](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8951), acesso: 23 de agosto de 2017.

NASCIMENTO, Sandalo Bueno do. **A Realidade dos Direitos Humanos no Sistema Prisional**. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer; SOARES, Paulo Sérgio Gomes (coord.). *Sistema Penal & Direitos Humanos*. São Paulo: PerSe, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed., rev., ataul. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14 ed., rev., ataul. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Daniel Nocory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dois Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. ataul. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PIESCHI, Bruna de Carvalho Santos; SOUZA, Daniel Aquino de. **Análise Estatística da Reincidência Penal Brasileira e a Função Preventiva Especial Positiva da Pena Privativa de Liberdade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 129, ano 25, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março 2017.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Princ%EDpios%20da%20dignidade%20e%20humanidade%20das%20penas.pdf>. Acesso: 15 set. 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 12 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_, Paulo de Souza. **A Justificação do Direito de Punir na Obra de Luigi Ferrajoli**: Algumas observações críticas. In: SANTOS, Rogerio Dutra do. Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal: Elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito** – volume 1 – Tradução: Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.

SOUZA, Alexandre Alves de. Garantismo aplicado à execução penal. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (coord.) **Redesenhando a execução Penal: a Superação da Lógica dos Benefícios**. Salvador: Juspodivm, 2010.

STAKOVIK, Kellen Cleya dos Santos Madalena. **Prisão além da Condenação e o excesso de prazo no cumprimento da pena**: Uma afronta aos direitos humanos no Brasil. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer; SOARES, Paulo Sérgio Gomes (coord.). Sistema Penal & Direitos Humanos. São Paulo: PerSe, 2015.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Alamarl; AZEVEDO, Gabirela. **Dimensões do Encarceramento e Desafios da Política Penitenciária no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 126, dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.