

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito – Intervenção Penal e Garantismo

Dorcas Marques Almeida

**O PODER DISCIPLINAR E O GARANTISMO PENAL: redução de danos e superação
da pena de prisão**

Belo Horizonte
2025

Dorcas Marques Almeida

O PODER DISCIPLINAR E O GARANTISMO PENAL: redução de danos e superação da pena de prisão

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Klélia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A447p Almeida, Dorcas Marques
O poder disciplinar e o garantismo penal: redução de danos e superação da pena de prisão / Dorcas Marques Almeida. Belo Horizonte, 2025.
255 f. : il.

Orientadora: Klélia Canabrava Aleixo
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Execução penal. 2. Poder disciplinar. 3. Garantismo penal. 4. Danos (Direito). 5. Prisão. 6 Ressocialização. 7. Princípio da dignidade da pessoa humana. I. Aleixo, Klélia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.26

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Dorcas Marques Almeida

O PODER DISCIPLINAR E O GARANTISMO PENAL: redução de danos e superação da pena de prisão

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Klélia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Prof^a. Dr^a. Klélia Canabrava Aleixo – PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero – UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Francisco José Vilas Boas Neto – FAPAM (Banca Examinadora)

Prof^a. Dr^a. Poliana Renata Cardoso – UNIFEMM (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Glaison Lima Rodrigues – Faculdade Focus (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 19 de março de 2025.

AGRADECIMENTOS

Grandes projetos não são executados sozinhos. Por isso, antes de mais nada, é essencial agradecer àqueles que me auxiliaram ao longo desses quatro anos, durante os quais desenvolvi as pesquisas materializadas neste trabalho.

Em especial, agradeço:

A Deus, que, em sua infinita graça e bondade, me ilumina, capacita e concede forças para continuar. Nos momentos em que a ansiedade, os medos, as preocupações e a vontade de desistir me assolaram, apenas a confiança em uma força divina e em planos maiores trouxe a tranquilidade necessária para descansar e, então, seguir adiante.

Aos meus pais – Giovanni e Mariza –, que sempre serão meus maiores incentivadores. Pai, mesmo vindo de uma origem muito humilde, entendeu desde muito cedo o valor da educação e nunca me deixou parar de estudar. Eu sou profundamente grata por todas as renúncias feitas para que eu tivesse acesso à melhor educação – algo que, em um país marcado por desigualdades, infelizmente não é democrático e custa caro. Mãe, mesmo tendo uma enorme sede de viver, abriu e ainda continua abrindo mão de muitos sonhos para estar presente, fornecendo a melhor rede de apoio possível para seus filhos. Obrigada por cada café passado às 5h da manhã, por cada refeição preparada, por cada palavra de incentivo e por cada uma das renúncias feitas espontaneamente por mim.

À professora Klélia Canabrava Aleixo, que tem sido o leme das pesquisas que desenvolvo desde o mestrado e, sobretudo, por não ter permitido que eu desistisse. Ao longo desses aproximadamente seis anos juntas – dois no mestrado e quatro no doutorado –, ganhei muito mais do que uma orientadora. A professora Klélia tornou-se minha conselheira, minha incentivadora e, acima de tudo, minha amiga. Klélia, obrigada por tudo o que fez por esta orientanda e por estar sempre ao meu lado.

Aos professores que, desde a graduação, contribuíram para minha formação como docente e advogada criminalista. Em especial, agradeço aos professores Guilherme Coelho Colen, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, Henrique Viana Pereira, José de Assis Santiago e Ulisses de Moura Dalle por todo o conhecimento compartilhado e o exemplo profissional.

Aos amigos do Escritório de Advocacia Obregon Gonçalves – Leon Bambirra Obregon Gonçalves, Luzinete Corrêa de Faria, Roberto Mendes Costa e Samuel Justino de Moraes –, que, com muita prestatividade, assumiram minhas responsabilidades sempre que precisei me ausentar do escritório devido aos meus compromissos acadêmicos.

Aos amigos da vida – Bruna Taís Sambugaro, Raíssa de Cavassin Milanezi, Glaison Lima Rodrigues, Felipe Amore de Assis Santiago, Flávia Ávila Penido, Thiago Damaceno e Weverton Fernandes –, que estiveram ao meu lado ao longo desta empreitada, seja me incentivando ou revisando meus textos.

E, por fim, ao querido Renato. Quando começamos o doutorado individualmente, pensávamos que, ao final desta jornada, alcançaríamos apenas o tão sonhado título de doutores, algo extremamente importante para o exercício da docência. Esse sonho está prestes a se concretizar e devemos comemorar. No entanto, o inesperado aconteceu: ao longo dessa trajetória, passamos a sonhar juntos sonhos que nunca imaginávamos sonhar. Que feliz encontro! “A vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro pela vida” (Samba da Benção, 1988). E que alegria saber que “no meio de tanta gente, eu encontrei você (Não vá embora, 2001).” Obrigada pelo apoio, pela paciência e pelo companheirismo. Seguimos juntos, sem medir esforços, para realizar os sonhos que agora não são apenas meus ou seus, mas nossos.

Betim, 02 de fevereiro de 2025.

“A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um”
(Ferrajoli, 2002, p. 310).

RESUMO

Esta pesquisa investiga as funções desempenhadas pelo poder disciplinar na execução penal e apresenta propostas que buscam mitigar os danos por ele causados. A hipótese central indica que o poder disciplinar, no plano prático, prolonga o tempo de encarceramento até o extermínio do indivíduo e, no plano ideológico, reforça o mito da ressocialização. A referida hipótese é apresentada porque a progressão para os regimes menos rigorosos apenas é deferida quando o poder disciplinar certifica que o indivíduo apresenta o comportamento que é esperado daquele que está em vias de ser ressocializado, bem como porque os acenos realizados pelo poder disciplinar prolongam o tempo de permanência em um espaço de exceção. Esta pesquisa adota o garantismo penal como marco teórico, porém, tendo em vista que os direitos fundamentais das pessoas presas não podem ser integralmente assegurados no cárcere ainda que o poder disciplinar viesse a ser integralmente conformado com os axiomas que fundamentam a referida teoria, esta pesquisa igualmente considera que o garantismo penal representa apenas uma das etapas adjacentes ao projeto de superação da própria pena de prisão. Orientada por esse marco teórico, esta pesquisa percorrerá o seguinte caminho: inicialmente, analisará o eco existente entre as funções atribuídas e desempenhadas pela pena de prisão, bem como investigará como o garantismo penal pode auxiliar na redefinição dos rumos da política criminal; neste segmento, realizará um paralelo entre o poder disciplinar apresentado por Michel Foucault (2014) e o desenvolvido na execução penal brasileira; logo em seguida, investigará quais são as funções desempenhadas pelo poder disciplinar no âmbito da execução penal, momento em que se confirmará a hipótese de que o referido poder prolonga o tempo no cárcere para promover o extermínio do indivíduo, bem como retroalimenta o mito da ressocialização; por fim, será sugerido que os danos ocasionados pelo poder punitivo que se manifesta no poder disciplinar desenvolvido na execução penal podem ser minorados através da incorporação dos instrumentos de limitação do poder de punir concatenados pelo garantismo penal; não obstante, considerando que a aproximação entre o poder disciplinar e o garantismo penal não conseguirá superar todas as ilegalidades que ocorrem no ambiente carcerário, igualmente será sugerido que é preciso avançar no sentido de tentar encontrar meios para desvincular o fenômeno da criminalidade da pena de prisão. As investigações realizadas e as proposições apresentadas resultam da revisão da literatura existente acerca do tema e da análise de casos jurisprudenciais.

Palavras-chave: Execução. Poder disciplinar. Garantismo. Prisão. Superação.

ABSTRACT

This research investigates the functions performed by disciplinary power in penal enforcement and presents proposals aimed at mitigating the damage it causes. The central hypothesis suggests that disciplinary power, in practice, prolongs the time of incarceration until the erasure of the individual, and ideologically reinforces the myth of resocialization. This hypothesis is grounded in the fact that progression to less restrictive regimes is only granted when disciplinary power certifies that the individual exhibits the behavior expected from someone on the path to resocialization, as well as because the gestures made by disciplinary power extend the time spent in a state of exception. This research adopts penal guarantee theory as its theoretical framework. However, considering that the fundamental rights of incarcerated individuals cannot be fully guaranteed within the prison system—even if disciplinary power were entirely aligned with the axioms underpinning the aforementioned theory—this research also argues that penal guarantee theory represents only one of the adjacent stages in the broader project of overcoming imprisonment itself. Guided by this theoretical framework, the research will proceed as follows: it will first analyze the resonance between the functions assigned to and performed by the prison sentence and investigate how penal guarantee theory can contribute to redefining the course of criminal policy. In this section, it will draw a parallel between the concept of disciplinary power developed by Michel Foucault (2014) and that manifested in Brazilian penal enforcement. Subsequently, it will examine the specific functions of disciplinary power within this context, confirming the hypothesis that such power not only extends incarceration to promote the individual's annihilation but also perpetuates the myth of resocialization. Finally, it will be suggested that the harms caused by the punitive power manifested through disciplinary practices in penal enforcement can be mitigated by incorporating instruments designed to limit the power to punish, as proposed by penal guarantee theory. Nevertheless, since aligning disciplinary power with penal guarantee theory will not fully address the illegalities present in the carceral environment, the research also suggests the need to advance toward dissociating the phenomenon of criminality from imprisonment. The investigations and proposals presented here result from a comprehensive literature review and the analysis of relevant case law.

Keywords: Penal enforcement. Disciplinary power. Garantism. Prison. Overcoming.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APAC: Associação de Proteção e Assistência aos Condenados
CF: Constituição Federal
CN: Congresso Nacional
CNJ: Conselho Nacional de Justiça
CP: Código Penal
CPP: Código de Processo Penal
CSS: Conselho de Sinceridade e Solidariedade
FGV: Fundação Getúlio Vargas
Insper: Instituto de Ensino e Pesquisa
LEP: Lei de Execução Penal
PEC: Proposta de Emenda à Constituição
PEP: Processo de Execução Penal
PL: Projeto de Lei
PrEsp: Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional
RDD: Regime Disciplinar Diferenciado
ReNP: Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais
RIBPG: Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos
SENAPPEN: Secretaria Nacional de Políticas Penais
STF: Supremo Tribunal Federal
STJ: Superior Tribunal de Justiça
TJMG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PROJETO TÉCNICO-CORRETIVO DA PENA DE PRISÃO E O PAPEL DO GARANTISMO PENAL NO PROCESSO DE REESTRUTURAÇÃO DOS RUMOS DA POLÍTICA CRIMINAL	14
2.1 As funções ideológicas da pena de prisão	16
2.1.1 <i>A vinculação da pena de prisão ao ideal de ressocialização</i>	18
2.1.2 <i>A insuficiência do enfoque ideológico capitaneado pelo ideal de ressocialização</i>	24
2.2 As funções materialistas da pena de prisão	26
2.2.1 <i>As funções não declaradas da pena de prisão em Michel Foucault</i>	26
2.2.2 <i>As funções não declaradas da pena de prisão em Alessandro Baratta</i>	30
2.2.3 <i>As funções não declaradas da pena de prisão em Massimo Pavarini</i>	34
2.2.4 <i>As funções não declaradas da pena de prisão em Juarez Cirino dos Santos</i>	41
2.3 A necessidade de superação do projeto técnico corretivo da pena de prisão e o papel do garantismo penal no processo de reestruturação dos rumos da política criminal	44
3 DO SURGIMENTO DO PODER DISCIPLINAR EM MICHEL FOUCAULT AOS NUANCES ADQUIRIDOS NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA	51
3.1 A vigilância hierárquica	56
3.1.1 <i>A vigilância hierárquica na execução penal brasileira</i>	60
3.2 A sanção normalizadora	64
3.2.1 <i>A sanção normalizadora na execução penal brasileira</i>	66
3.2.2 <i>Condutas sancionadas na execução penal brasileira</i>	68
3.2.2.1 <i>Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina</i>	70
3.2.2.2 <i>Fugir</i>	73
3.2.2.3 <i>Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem</i>	77
3.2.2.4 <i>Provocar acidente de trabalho</i>	79
3.2.2.5 <i>Descumprir, no regime aberto, as condições impostas</i>	81
3.2.2.6 <i>Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da LEP</i>	84
3.2.2.7 <i>Portar, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo</i>	87
3.2.2.8 <i>Recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético</i>	94
3.2.2.9 <i>Praticar crime doloso</i>	96
3.3 O exame e sua manifestação na execução penal brasileira	98
3.4 A função desempenhada pelo poder disciplinar na execução penal brasileira	102
4 O PODER DISCIPLINAR COMO INSTRUMENTO DE EXTERMÍNIO	112
4.1 A relação necessária entre o prolongamento do tempo no cárcere e o extermínio da pessoa presa	117
4.1.1 <i>Encarceramento e deterioração da pessoa presa</i>	117
4.1.2 <i>Encarceramento e extermínio da pessoa presa</i>	119
4.1.2.1 <i>Mortes decorrentes de causas externas</i>	124
4.1.2.2 <i>Mortes decorrentes de causas naturais</i>	126
4.1.2.2 <i>Mortes ocorridas após o desligamento do sistema prisional</i>	128
4.2 O poder disciplinar como elemento que promove o extermínio da pessoa presa	129

5 O PODER DISCIPLINAR ENQUANTO ELEMENTO QUE RETROALIMENTA O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO.....	133
5.1 A importância do mito para o sistema jurídico contemporâneo	137
5.2 O mito da ressocialização.....	143
5.3 O poder disciplinar como elemento que retroalimenta o mito da ressocialização... ..	148
5.4 A vivacidade do mito da ressocialização no ordenamento jurídico brasileiro	150
6 A MITIGAÇÃO DA INCOMUNICABILIDADE EXISTENTE ENTRE O PODER DISCIPLINAR E O GARANTISMO PENAL.....	155
6.1 Do <i>nulla poena sine crimine</i> à necessidade de se fundamentar o isolamento celular na excepcionalidade cautelar.....	158
6.2 Do <i>nullum crimen sine lege</i> à necessidade de incorporação das máximas do princípio da legalidade.....	161
6.3 Do <i>nulla lex sine necessitate</i> à necessidade de incorporação das considerações acerca da dignidade da pessoa humana	168
6.3.1 A dignidade da pessoa humana enquanto critério de legitimação externa que conduz à minoração do tempo de duração da prisão.....	171
6.4 Do <i>nulla necessitas sine injuria</i> à necessidade de incorporação das considerações acerca da lesividade na análise das hipóteses de faltas graves	175
6.4.1 Valores passíveis de tutela pelo poder disciplinar: dos direitos das instituições prisionais aos direitos das pessoas presas.....	177
6.5 Do <i>nulla injuria sine actione</i> a necessidade de aferir a existência do nexo de causalidade entre a ação e o resultado.....	184
6.6 Do <i>nulla actio sine culpa</i> à necessidade de aferir o vínculo subjetivo entre o agente e o fato faltoso.....	186
6.7 Do <i>nulla culpa sine judicio</i> à efetiva jurisdicionalização da execução penal	192
6.7.1 A liberdade do indivíduo enquanto limite de atuação jurisdicional: a proporcionalidade como ferramenta de compatibilização entre o poder disciplinar e a dignidade concreta da pessoa presa	195
6.8 Do <i>nulla judicium sine accusatione</i> à separação das atividades desempenhadas pelos sujeitos processuais	204
6.9 Do <i>nulla accusatio sine probatione</i> ao efetivo desempenho do ônus da acusação de comprovar suas alegações.....	207
6.10 Do <i>nulla probatio sine defensione</i> à efetiva implementação do contraditório e da ampla defesa.....	208
7 AS PROPOSTAS DE REDUÇÃO DE DANOS E A SUPERAÇÃO DA PENA DE PRISÃO.....	212
7.1 A natureza das proposições embasadas no garantismo penal e o papel que desempenham no processo de superação da pena de prisão	212
7.2 A mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal enquanto uma proposta de redução de danos.....	219
7.3 As limitações do garantismo penal e a necessidade de avançar para que seja possível superar a pena de prisão.....	229
8 CONCLUSÃO.....	234
REFERÊNCIAS.....	242
ANEXO	254

1 INTRODUÇÃO

O poder disciplinar pode ser definido como aquele que atua sobre os corpos dos indivíduos que são inseridos em algumas instituições para fazer com que ocorra a internalização de determinados comportamentos reputados como convenientes. No âmbito das instituições prisionais brasileiras propriamente ditas, os arts. 1º e 44 da Lei de Execução Penal (LEP) indicam que o poder disciplinar deveria atuar sobre os corpos das pessoas presas para impulsioná-los a colaborar com a ordem, obedecer às determinações de autoridades/agentes e desempenhar o trabalho designado, sendo que a internalização de tais comportamentos supostamente deveria garantir a ordem na prisão e a integração social do condenado (Brasil, 2024b). O poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal deveria, portanto, fazer com que a pessoa presa internalizasse alguns determinados comportamentos que, em última instância, promoveriam a ressocialização.

Não obstante, considerando que os referidos escopos indicados pelo plano programático não são alcançados, esta pesquisa investigará qual é a função efetivamente desempenhada pelo poder disciplinar na execução penal e, como hipótese, indica que tal poder desempenha: no plano prático, a função de prolongar o tempo do indivíduo no cárcere pelo tempo necessário ao seu extermínio; no plano ideológico, a função de fortalecer o mito da ressocialização. Caso confirmada a hipótese de que o poder disciplinar atuante na execução penal realmente funciona como um instrumento de extermínio que legitima a pena de prisão, esta pesquisa investigará como os danos por ele acarretados podem ser limitados e apresentará contribuições às propostas já existentes.

O estudo de um determinado objeto pode partir de diferentes premissas, as quais conduzirão a conclusões distintas. O objeto de estudo ora em comento – no caso, o projeto técnico-corretivo operacionalizado na execução penal através do poder disciplinar –, por exemplo, pode ser analisado a partir do resgate do caráter corretivo da pena de prisão ou da superação da pena de prisão, sendo que as aludidas premissas eleitas como *topoi* podem, respectivamente, aumentar ou reduzir a atuação do poder disciplinar. Portanto, antes de mais nada, é preciso consignar que a presente pesquisa adota o garantismo penal como marco teórico porque entende que o referido paradigma pode auxiliar no processo de limitação e de superação da própria pena de prisão. A eleição de tal marco teórico desde já indica que os conflitos carcerários que porventura surjam no ambiente prisional não podem fomentar a pena de prisão

e preferencialmente precisam ser solucionados através de formas que não prolonguem o tempo do indivíduo no cárcere.

Orientada por tal marco teórico, esta pesquisa inicialmente analisará o eco existente entre as funções atribuídas e desempenhadas pela pena de prisão, bem como investigará como o garantismo penal pode contribuir com a redefinição dos rumos da política criminal. Há um grande hiato entre as funções atribuídas à pena de prisão pelos enfoques ideológicos e materialistas, portanto será necessário analisar quais destas funções encontram-se em conformidade com as funções efetivamente desempenhadas pela pena de prisão. Ademais, considerando que o garantismo penal pode desempenhar um papel primordial no processo de contração e de superação da pena de prisão, será necessário analisar como o garantismo penal pode auxiliar na redefinição dos rumos da política criminal.

Posteriormente, esta pesquisa realizará um paralelo entre o poder disciplinar apresentado por Michel Foucault (2014) e o desenvolvido pela execução penal brasileira. Michel Foucault (2014) indica que o poder disciplinar é composto por três elementos que supostamente seriam responsáveis por garantir o sucesso do aparelho disciplinar, sendo que tais elementos seriam a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. O capítulo que se dedica ao estudo do poder disciplinar propriamente dito, portanto, analisará se os referidos elementos igualmente encontram-se presentes na execução penal brasileira, bem como investigará se há algum componente que é peculiar ao poder disciplinar praticado na execução penal brasileira propriamente dita.

Logo em seguida, esta pesquisa investigará as funções desempenhadas pelo poder disciplinar no plano prático. No Brasil, a pena privativa de liberdade é executada de forma progressiva e o poder disciplinar exerce especial influência sobre o tempo em que o indivíduo permanece nos regimes mais gravosos do sistema prisional. O cumprimento da pena não se dá integralmente no regime fechado, pois, atendidos os critérios objetivos e subjetivos para a progressão de regime, o indivíduo avança para regimes menos gravosos, os quais possibilitam o contato com o meio externo e, gradualmente, reduzem a sensação de que se está em cumprimento de uma pena privativa de liberdade. O poder disciplinar é responsável por avaliar se o indivíduo atende aos requisitos subjetivos necessários para a progressão de regime e, após manifestar-se favoravelmente pelo deferimento de tal direito, ainda possui discricionariedade para determinar a regressão para os regimes mais gravosos. Diante deste cenário, esta pesquisa investigará como a ingerência que o poder disciplinar possui sobre a permanência nos regimes mais rigorosos do sistema prisional repercute nos corpos das pessoas presas.

Neste segmento, esta pesquisa investigará qual é a função desempenhada pelo poder disciplinar no plano ideológico, a fim de aferir se ele também possui ingerência no reforço do mito da ressocialização. A legislação penitenciária brasileira indica que a atuação do poder disciplinar deve ser orientada pelo escopo de promover a integração social do condenado, sendo que, para a jurisprudência, o referido escopo é tratado como equivalente da ressocialização. Ao que tudo indica, o ideal de ressocialização constitui um mito, porém, para aferir se este atributo é adequado, será preciso compreender o que é o mito, bem como aferir se os componentes característicos do mito se encontram presentes no âmbito da ressocialização. Por fim, será preciso compreender se a ingerência que o poder disciplinar possui sobre a classificação do comportamento da pessoa presa – como bom ou mau; como apto ou inapto para o retorno do convívio em sociedade – fortalece a ressocialização.

Posteriormente, esta pesquisa continuará investigando como os danos ocasionados pelo poder disciplinar podem ser minimizados e, ainda, buscará contribuir com as propostas redutoras de danos até então criadas. O sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) pautará a proposta de redução de danos que pretende ser apresentada neste trabalho, notadamente porque tal sistema reúne, em dez axiomas, as principais garantias relativas à pena, ao delito e ao processo. Assim, será analisado como cada uma das garantias consubstanciadas nos referidos axiomas podem contribuir com a redução dos danos ocasionados pelo poder punitivo que se reverbera para a execução penal através do poder disciplinar.

Por fim, a proposta de mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal será situada no rol das propostas apresentadas pelos diferentes movimentos contemporâneos de política criminal. As propostas meramente reformistas buscam preservar a incolumidade da pena de prisão, a fim de assegurar a continuidade de um sistema punitivo que perpetua desigualdades por meio da manutenção do aparato prisional. Portanto, após analisar como o garantismo pode limitar o poder punitivo que se manifesta na execução penal através do poder disciplinar, será preciso compreender em que local a proposta de mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo pode ser situada, notadamente se no campo dos movimentos que deslegitimam ou relegitimam o poder punitivo.

2 O PROJETO TÉCNICO-CORRETIVO DA PENA DE PRISÃO E O PAPEL DO GARANTISMO PENAL NO PROCESSO DE REESTRUTURAÇÃO DOS RUMOS DA POLÍTICA CRIMINAL

O sistema punitivo se transformou de forma substancial durante o decorrer dos últimos três séculos, pois, durante este ínterim, as penas de suplício foram substituídas pela pena de prisão. A sucessão de uma arte de punir para a outra – do suplício à prisão – é apresentada quase que de forma linear nas cadeiras da graduação que se dedicam ao estudo da teoria da pena a partir de uma perspectiva histórica e, não raras vezes, sustenta a alegação de que a pena de prisão teria surgido com o propósito de humanizar o sistema punitivo anteriormente vigente. Porém, tal alegação não encontra respaldo na historiografia dos sistemas de punições e, tampouco, na experiência daqueles que efetivamente têm o mínimo de contato com o sistema prisional brasileiro.

Michel Foucault (2014), em *Vigiar e punir* – que, diga-se de passagem, muito provavelmente pode ser considerada a principal obra historiográfica do poder punitivo –, demonstra através de relatos da execução de penas de suplício que o sistema punitivo anterior efetivamente acarretava dor e sofrimento em níveis inimagináveis.¹ Porém, Michel Foucault (2014) igualmente demonstra que tal sistema punitivo foi substituído não porque os detentores de poder – que são os que tradicionalmente exercem o poder punitivo – compadeceram-se da dor e do sofrimento daqueles que eram submetidos às penas de suplício, mas porque tiveram medo de revoltas e de insurreições. Chegou-se a um estágio em que as atrocidades adjacentes às imposições das penas de suplícios eram tão infamantes que aqueles que as executavam eram vistos como criminosos e, por sua vez, aqueles que a elas eram submetidos eram vistos como vítimas. A multidão, portanto, passou a se identificar com aqueles que eram condenados às penas de suplício. Quem deveria ser visto como bom era visto como mau e quem deveria ser visto como mau era visto como bom, sendo que, com a inversão dos adjetivos que

¹ *Vigiar e punir* inicia-se com a descrição da execução da pena imposta a Damiens, que, em 02 de março de 1757, foi condenado pela prática do crime de parricídio e recebeu uma pena que foi executada em quatro etapas distintas, quais sejam: primeira, Damiens deveria “pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [onde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras”; segunda, deveria ocorrer a construção de um patíbulo na carroça que conduziria Damiens até a Praça de Greve e, em tal patíbulo, ele deveria ser “atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas”, sendo que a mão direita, de posse da faca supostamente utilizada no parricídio, deveria ser queimada com fogo de enxofre e, por sua vez, nas partes atenazadas deveria ser aplicado “chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofres derretidos conjuntamente”; terceira, as extremidades do corpo de Damiens deveriam ser amarradas a cavalos e, por conseguinte, puxadas e desmembradas; quarta, o corpo e os membros desmembrados de Damiens deveriam ser queimados e reduzidos à cinzas, as quais posteriormente seriam lançadas ao vento (Foucault, 2014, p. 09).

respectivamente deveriam qualificar o carrasco e o criminoso, surgiu o risco das revoltas e das insubordinações que impulsionou a transição entre ambos os sistemas de punições.

Por outro lado, qualquer um que tenha o mínimo de contato com o sistema prisional brasileiro prontamente constata que a pena de prisão é igualmente desumana e degradante, pois a pessoa condenada inserida em uma unidade prisional deveria ter apenas o direito à liberdade de locomoção restringido e, em contrapartida, tem inúmeros direitos fundamentais violados ou, ao menos, ameaçados. As pessoas presas são obrigadas a viver amontoadas com uma gama de outras pessoas presas e sem ter como satisfazer adequadamente suas necessidades mais básicas, tais como as necessidades de alimentação, de descanso, de higiene, de saúde e de segurança. Por falar em segurança, nunca é demais ressaltar que o cárcere ameaça aquele direito que é usualmente apontado como o direito fundamental mais básico, qual seja, o direito à vida, pois o cárcere é um espaço de exceção que opera à margem das normas que deveriam regulamentá-lo e de acordo com os mandos dos mais fortes, os quais têm discricionariedade para deliberar acerca da vida e da morte dos mais fracos. Portanto, a substituição de um sistema punitivo que declaradamente reconhecia que o seu objetivo era causar o máximo de dor e de sofrimento por outro que, embora não anuncie quais são os seus objetivos reais, igualmente causa bastante dor e sofrimento definitivamente não tornou a aplicação das penas um processo mais humano.

Não obstante, a pena de prisão colonizou o sistema de punição e, embora os resquícios do antigo sistema ainda se façam presentes no sistema atual, é incontroverso que a pena de prisão é a principal pena do sistema de punição contemporâneo, bem como que – excetuando alguns segmentos cada vez mais residuais da academia – quase ninguém consegue imaginar um sistema de punição dissociado da pena de prisão. Durante o decorrer destes aproximadamente três séculos de experiência prisional, descobriu-se que a pena de prisão poderia ser muito útil para preservar alguns determinados interesses, de modo que são dispensados laboriosos esforços para reforçar as teorias que legitimam a pena de prisão, construindo no ideário da sociedade e dos operadores do direito que não é possível conceber um sistema de punição dissociado da pena de prisão. As teorias da pena – sobretudo aquelas que defendem que a pena de prisão pode trazer algum bem para a pessoa presa e para a sociedade por promover a ressocialização – desempenham um papel primordial neste processo de solidificação do mito de que não é possível viver sem a pena de prisão e, no âmbito da execução penal propriamente dita, tais teorias são reavivadas através do poder disciplinar.

De acordo com Alessandro Baratta (1999), as funções desempenhadas pela pena de prisão são comumente analisadas a partir de dois enfoques distintos, no caso, a partir do enfoque ideológico ou idealista, bem como a partir do enfoque materialista ou político-econômico. O

enfoque ideológico ou idealista “é representado pelas teorias dos fins da pena”, as quais partem da premissa fundamental de que “a pena é uma resposta à criminalidade, um meio de luta contra ela” (Baratta, 1999, p. 191). Por outro lado, o enfoque materialista ou político-econômico parte da premissa de que o cárcere deve ser interpretado a partir da análise das funções que efetivamente cumpre, bem como que a individualização das funções efetivamente cumpridas deve “levar em conta os tipos determinados de sociedade em que o cárcere apareceu e se desenvolveu como instituição penal” (Baratta, 1999, p. 191). As teorias que legitimam a pena de prisão – no caso, as teorias que analisam a função da pena de prisão a partir do enfoque ideológico ou idealista – desempenham um papel primordial na subsistência do atual sistema punitivo e, conseqüentemente, a superação do atual sistema punitivo depende da refutação dos fundamentos de justificação apresentados pelas referidas teorias.

Luís Carlos Valois (2021, p. 94) afirma que “falar sobre as finalidades da pena, repetindo tudo que já se disse, cansa”. De fato, falar sobre as finalidades da pena se trata de um tema cansativo, porém, conforme igualmente pontua Valois (2021, p. 94), esse é um tema cansativo não apenas porque se repete tudo o que já foi anteriormente apresentado por diversas pessoas, mas, sobretudo, porque comumente se fala das finalidades da pena “para convencer, para legitimar o que é totalmente dissociado da realidade”. Portanto, se as finalidades da pena ainda são utilizadas para se justificar o injustificável, é preciso insistir nos debates acerca de tais finalidades, ainda que cansados ou, melhor dizendo, ainda que exaustos.

Assim, este capítulo analisará as funções desempenhadas pelo cárcere a partir de ambos os enfoques indicados por Alessandro Baratta (1999) com o objetivo de demonstrar que as funções apresentadas pelo enfoque ideológico não justificam a subsistência de um sistema punitivo fundamentado na pena de prisão, bem como que as funções apresentadas pelo enfoque materialista denunciam que o sistema punitivo fundamentado na pena de prisão apenas subsiste até então para salvaguardar os interesses daqueles poucos que detêm o poder e que não estão comprometidos com a construção de uma sociedade mais igualitária.

2.1 As funções ideológicas da pena de prisão

As discussões acerca das funções exercidas pela pena de prisão geram inúmeros e improfícuos debates, porém aqueles que justificam a pena de prisão a partir do enfoque ideológico comumente defendem que a referida modalidade de sanção desempenha algumas das funções indicadas por três teorias distintas, no caso, pelas teorias absolutas, relativas ou mistas. Para as teorias absolutas, a pena de prisão tem a função de retribuir o mal causado

(Bitencourt, 2011; 2021). Para as teorias relativas, a pena de prisão tem a função de prevenir a prática de crimes, sendo que, para tanto, poderá atuar através de quatro formas distintas, quais sejam (Bitencourt, 2011; 2021): i) reforçando a confiança na norma (prevenção geral positiva); ii) desestimulando o comportamento criminoso com a ameaça da imposição de uma pena, notadamente, da pena de prisão (prevenção geral negativa); iii) ressocializando a pessoa presa para torná-la apta para o convívio em sociedade (prevenção especial positiva); iv) neutralizando a pessoa presa, retirando-a do convívio em sociedade e enclausurando-a no cárcere (prevenção especial negativa). Para as teorias mistas, a pena de prisão simultaneamente conjuga ambas as funções indicadas pelas duas teorias supracitadas, no caso, a função a retribucionista – da teoria absoluta – e a função preventiva – da teoria relativa (Bitencourt, 2011; 2021). As funções sucintamente apresentadas “aparecem desde a antiguidade nas intenções de reis, legisladores ou reformadores” (Valois, 2021, p. 95), portanto, são anteriores à própria recepção da pena de prisão pelo poder punitivo.

Não obstante o vasto debate acerca das múltiplas funções oficialmente atribuídas à pena de prisão, Alessandro Baratta (1999, p. 168) afirma que as legislações penitenciárias comumente concedem primazia “a finalidade de reeducar ou reinserir o delinquente na sociedade”, bem como exemplifica mencionando que as legislações penitenciárias italiana e alemã de 1976 primaram pela correção da pessoa presa. A legislação penitenciária nacional igualmente confirma o que fora afirmado por Alessandro Baratta (1999), pois o ordenamento jurídico brasileiro – embora tenha adotado a teoria mista na medida em que o art. 59 do Código Penal (CP) estabelece que a pena deve ser fixada com a finalidade de promover a reprovação e a prevenção do crime (Brasil, 2024c) – também concede maior expressividade à função de ressocialização, pois o art. 1º da Lei de Execução Penal (LEP) prevê que o objetivo da execução penal é “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (Brasil, 2024b). Portanto, aqui, o foco também está na correção da pessoa presa.

A ressocialização é a principal função atribuída à pena de prisão e é o que comumente é mencionado para justificar o mal que se impõe quando coercitivamente se insere alguém no sistema prisional ou, ainda, quando se nega a alguém o direito de deixar o sistema prisional. Assim, considerando os limites do objeto deste trabalho e considerando, ainda, que a ressocialização é função da pena que ganha maior relevo na execução penal por justificar a imposição de comportamentos massificados e fundamentar decisões que cerceiam direitos, promover-se-á, agora, uma breve análise da trajetória que possibilitou a vinculação da pena de prisão ao ideal de ressocialização.

2.1.1 A vinculação da pena de prisão ao ideal de ressocialização

A antiguidade abrigou diversas civilizações, porém as principais informações acerca do exercício do poder punitivo em tal período provêm dos romanos, os quais não se preocuparam em desenvolver uma fundamentação específica para justificar o poder punitivo porque, para eles, o exercício do poder punitivo não precisava ser justificado na medida em que advinha do poder soberano de Deus (Valois, 2021). Na época, apenas alguns filósofos, poetas e literatos verdadeiramente se preocuparam com a questão, sendo que, a título de exemplificação, cita-se Aulo Gélío – para quem a punição deveria castigar e emendar – e Sêneca – para quem a punição deveria buscar, sobretudo, a emenda do condenado (Valois, 2021).

Não obstante, embora apenas alguns poucos teóricos dessa época tenham se preocupado com a fundamentação do poder de punir e embora a aplicação das penas buscasse castigar e desestimular a prática de novos comportamentos delituosos, a concepção de que a imposição de uma pena poderia acarretar a correção do delinquente já estava, ainda que em menor medida, presente na antiguidade, notadamente no ideário daqueles que deliberadamente optavam por impor penas distintas da pena de morte. A pena capital era efetivamente aplicada apenas com o objetivo de retribuir o mal causado e de dissuadir a prática da conduta sancionada, porém, para Luís Carlos Valois (2021, p. 32), quando a pena capital, que poderia ser imposta na maioria dos casos, não era aplicada, “quando se estipularam multas, trabalhos forçados ou qualquer outra pena que permitisse ao acusado permanecer vivo, o sentido dessa pena só poderia ser o da correção”. Dito de outro modo, caso não se acreditasse em sua reforma, o indivíduo não receberia uma outra pena distinta da pena capital. Portanto, antes que houvesse a necessidade de desenvolver uma fundamentação para justificar o poder de punir e antes que a prisão fosse alçada a principal pena do sistema de punição, a correção já estava atrelada à aplicação de algumas penas, notadamente à aplicação das penas alternativas à pena capital.

Não é possível encontrar muitos registros acerca das penas aplicadas pelos povos bárbaros, porque “a história aparenta ter um vácuo, como se do império romano tivéssemos seguido direto para as atrocidades da Inquisição e dos reis da Idade Média” (Valois (2021, p. 37). Não obstante, a ideia de correção igualmente pode ser encontrada, ainda que em menor medida, nas penas impostas pelos povos bárbaros. Na época, os acusados da prática de um crime eram julgados como culpados ou inocentes de acordo com o resultado das ordálias, que nada mais eram do que uma espécie de prova que contava com a participação de elementos da natureza e cujo resultado era visto como o julgamento divino. Conforme explica Luís Carlos Valois (2021, p. 36), “o exemplo mais comum de ordálio é a prova de fogo, em que o acusado

tinha que colocar a mão em um ferro quente ou na água fervente e, passados três dias, não havendo marca, seria declarado inocente”. Os povos bárbaros acreditavam que aqueles que, por exemplo, passavam pela prova de fogo – vale dizer, eram submetidos a torturas ou provas físicas – e não sofriam danos poderiam continuar integrando aquela comunidade, sendo que esta autorização para continuar integrando a sociedade apenas era concedida ao acusado porque ele “estaria purificado, restaurado ou, porque não, corrigido para seguir a vida” (Valois, 2021, p. 36). Portanto, também é possível identificar indícios do ideal de correção durante o período que se sucedeu desde a queda do Império Romano e as dominações bárbaras, acontecimentos estes que marcaram o fim e o início, respectivamente, das idades antiga e média.

Chega-se, enfim, ao período que intuitivamente se pensa quando se fala de idade média, isto é, o dos regimes absolutistas e inquisitoriais, os quais agregaram a sistemática punitiva dos períodos passados e, ainda, instituíram a prisão para fins de acautelamento. Ao se partir das inferências apresentadas por Luís Carlos Valois (2021) acerca da presença da correção nas penas aplicadas na antiguidade – quais sejam, que o ideal de correção estaria presente naqueles casos em que se aplicava outras penas distintas da pena capital, já que, se o indivíduo fosse considerado incorrigível, seria aplicada a pena capital –, é possível concluir que a correção também estava presente na idade média. Em tal período, as penas comumente aplicadas eram as penas capitais e as penas de suplício, sendo que ambas as penas eram igualmente executadas em praças públicas e visavam expor o condenado ao máximo de dor e de sofrimento e, conseqüentemente, detinham a função precípua de desestimular o comportamento delituoso nos demais membros da sociedade e de castigar o condenado pelo mal causado. Não obstante, as penas de suplício apenas paravam nas amputações de braços ou nas queimaduras de ferros, por exemplo, porque acreditava-se que aquele indivíduo poderia de alguma forma sair corrigido após a imposição daquela pena. De igual modo, as provas de fogo características dos povos bárbaros também se faziam residualmente presentes para simular clemência e supostamente perseguir a reforma, sendo que Luís Carlos Valois (2021) exemplifica relatando que um determinado indivíduo que participou da Cruzada Albigense foi reputado como herético e foi submetido a fogueira com a alegação de que o fogo iria expiar seus pecados caso se arrependesse e, em contrapartida, iria ser castigado caso não se arrependesse, sendo que, considerando que o fogo necessariamente acarretaria a morte do herético, é possível concluir que a expiação ou a condenação viriam na outra vida. Em tal período, a prisão ainda servia para acautelar os acusados e condenados para que os mesmos posteriormente viessem a ser submetidos a pena principal – de morte ou de suplícios –, de modo que “a prisão ganha ao menos no imaginário o caráter de local de meditação, para reflexão e arrependimento, nos

moldes dos monastérios, abrindo-se espaço para o nascimento da palavra penitenciária, como até hoje conhecemos” (Valois, 2021, p. 37). Portanto – seja porque os suplícios eram aplicados alternativamente à pena capital; seja porque as provas de fogo atestariam o arrependimento; seja porque a prisão supostamente impulsionava a reflexão enquanto acautelava para garantir a execução das penas principais que posteriormente seriam impostas –, o ideal de correção também se encontrava presente na idade média.

A pretensão de promover a reforma da pessoa presa esteve presente na história do sistema de punições, porém foi apenas posteriormente que veio a ser oficialmente incorporada ao discurso científico oficial e passou a justificar a imposição da pena de prisão. De acordo com Luís Carlos Valois (2021), a pretensão de se corrigir o indivíduo através da imposição da pena de prisão não pode ser encontrada nos escritos deixados pelos primeiros reformadores – John Howard preocupava-se em dar apoio material aos presos; Beccaria buscava a prevenção geral; e Jeremy Bentham, além da prevenção geral, importava-se com a retribuição do mal causado –, tampouco pode ser encontrada nas proposições apresentadas pelo primeiro positivista consagrado – Cesare Lombroso concebia o crime uma doença e o tratamento seria um remédio que ainda não se conhecia, mas diverso da prisão reeducativa.

Ainda de acordo com Luís Carlos Valois (2021, p. 67), foi Enrico Ferri – genro de Lombroso e igualmente positivista – que introduziu a correção ao discurso científico oficial, sendo que “o conceito de reeducação social estava fortemente presente em Ferri, em razão de sua concepção de que a função do direito penal era a defesa social”. Em razão do direito penal mirar a defesa da sociedade, as penas impostas deveriam reeducar para combater o crime que traz prejuízos para a sociedade, não para tornar a pessoa presa alguém melhor. Seria bom se a pessoa presa viesse a se tornar alguém melhor durante o decorrer deste processo, porém o objetivo principal era a defesa da sociedade. Ferri propunha uma série de reformas na legislação que, por sua natureza e sorte, deveriam promover alterações nos atores do processo penal, os quais, por sua vez, tornar-se-iam aptos para modificar a personalidade do indivíduo e cumprir com a missão de defender a sociedade (Valois, 2021, p. 68). Ferri “acreditava na reforma da realidade social por intermédio da legislação, não só corrigindo o infrator, mas modificando todo ambiente da sociedade que propicia a ocorrência do que ele denominava como praga, o crime” (Valois, 2021, p. 69). Por fim, para completar a tríade dos criminólogos positivistas, registra-se que Raffaele Garofalo enxergava a pena como um ato de pura vingança, de modo que também não contribuiu para com o processo de incorporação da correção no pseudodiscurso científico corretivo desenvolvido em favor da pena de prisão (Valois, 2021).

Portanto, se é que efetivamente é possível apontar um momento em que o ideal de correção do indivíduo foi incorporado às produções científicas que influenciaram o sistema penal ocidental, este momento teria sido com Enrico Ferri. Porém, frisa-se, neste período a pretensão de se corrigir o indivíduo através da imposição da pena de prisão já era um objetivo que estava presente em algumas experiências penitenciárias norte-americanas, sendo que “Alexis Tocqueville e Gustave de Beaumont, magistrados franceses, visitaram os Estados Unidos em 1831, portanto muito antes de a escola positivista pensar em usar o sistema penitenciário como forma de tratamento” (Valois, 2021, p. 74).

A Escola Correccionalista – que surgiu na Alemanha, em 1839, com a dissertação de Karl Röder, mas que ganhou propulsão na Espanha, com seguidores que cultuavam um correccionalismo de natureza eclética (Bitencourt, 2021) – igualmente forneceu contribuições significativas para a construção do ideal de ressocialização. Inclusive, Luís Carlos Valois (2021, p. 82) afirma que, “de todas as teorias do Século XIX, a correccionalista é a que mais se parece com os ideais de ressocialização presentes atualmente”, notadamente porque muitas das ideias que formaram a base do pensamento da referida escola ainda se encontram presentes nos dias de hoje – tais como “a defesa do isolamento celular, a busca do arrependimento do criminoso, a ideia de tratamento, a busca de mudança do ser humano pela educação em situação de cárcere, a pena como um remédio para o mal do crime”.

Karl Röder não elaborou uma teoria do que verdadeiramente era a pena, mas uma teoria do que deveria ser a pena para refutar as demais teorias que estavam em voga e, também, para convencer os juízes e legisladores de qual deveria ser a verdadeira função da pena para, a partir de então, humanizar o sistema de punição (Valois, 2021). Para Röder, “as teorias que admitiam a pena como sofrimento sustentavam os ainda remanescentes suplícios da Idade Média” e admitiam que o Estado praticava um mal aos cidadãos, de modo que a sua teoria correccionalista partia da premissa de que a pena tem a função de buscar o bem – qual seja, a correção –, bem como que, para conseguir atingir este bem, o Estado precisava parar de praticar o mal às pessoas presas (Valois, 2021, p. 81). Karl Röder sabia que a pena era um mal, porém entendia que o Estado não poderia continuar praticando um mal, assim defendeu que o Estado deveria agir com o intuito de praticar um bem, no caso, com o intuito de corrigir o delinquente (Valois, 2021). Portanto, “a ideia de correção do delinquente era um subterfúgio para se humanizar a prática punitiva de então” (Valois, 2021, p. 81). Röder, forneceu significativas contribuições teóricas para se ressignificar a pena de prisão, porquanto defendeu que a pena de prisão – que fazia o mal – deveria buscar fazer o bem.

Na Espanha, o movimento correcionalista abarcou uma multiplicidade de autores que apresentaram uma gama de propostas distintas com o intuito de promover a correção do indivíduo. Conforme destaca Luís Carlos Valois (2021, p. 83), “os autores considerados correcionalistas não têm muitas propostas em comum”, evidenciando que o conceito de readaptação pode ser manejado para abarcar inúmeras propostas. Rafael Salillas é classificado como correcionalista, porém era “o principal representante de Lombroso na Espanha”, demonstrando que a antropologia positivista igualmente se valeu do correcionalismo para perseguir seus fins (Valois, 2021). Dorado Monteiro ampliou e reformou a teoria correcionalista alemã, pois defendeu a “necessidade do estudo psíquico e antropológico do delinquente, atribuindo a ausência desta preocupação em Röder ao atraso da época em que este escrevia” (Valois, 2021, p. 84). Francisco Giner de los Rios traduziu a dissertação de Karl Röder, porém apresentava ressalvas em relação ao correcionalismo originário (Valois, 2021). Portanto, “embalado por sentimentos individuais de cada teórico, o correcionalismo acaba por ter somente uma característica comum, a crença na mudança do ser humano por intermédio da pena” (Valois, 2021, p. 85).

O correcionalismo é concebido como uma teoria fora de moda, sendo que muito provavelmente isso ocorre em virtude dos antiquados conceitos de moral e honra que defendia, os quais não podem ser impostos em um Estado Democrático de Direito (Valois, 2021). Não obstante, não é possível deixar de salientar que os correcionalistas verdadeiramente desejavam humanizar o sistema penal e, tampouco, que muitas das proposições apresentadas pela referida corrente atualmente integram as legislações penitenciárias. Sobre algumas dessas proposições que inclusive integram a prática penitenciária brasileira, veja:

A defesa do isolamento celular, a busca do arrependimento do criminoso, a ideia de tratamento, a busca da mudança do ser humano pela educação em situação de cárcere, a pena como um remédio para o mal do crime, são ideias que estão presentes até hoje e formaram a base do pensamento correcionalista. (Valois, 2021, p. 82).

Posteriormente, a Escola da Nova Defesa Social impulsionou e deu forças ao ideal de ressocialização, sendo que, embora tal escola igualmente comporte autores com pensamentos que até mesmo podem ser classificados como díspares, a interseção entre o pensamento deles é que se deveria promover a recuperação dos delinquentes em prol do benefício da sociedade. Para Luís Carlos Valois (2021, p. 95), “a doutrina jurídica que melhor explica o ideal ressocializador é a da que se denomina Escola da Nova Defesa Social”, pois, prossegue o autor, se a referida doutrina “não é responsável pela construção do fim ressocializador da pena, sem

dúvida a ela se pode atribuir a renovação de forças desse ideal”. Acerca do surgimento da Escola da Nova Defesa Social, Valois (2021, p. 95) explica que tal nome “foi dado para fazer contraste com a Escola Positivista de Lombroso, Ferri e Garofolo, porque [...] os italianos defendiam a aplicação da pena em nome da defesa social”. Os maiores expoentes da Escola da Nova Defesa Social são, respectivamente, Filippo Gramatica e Marc Ancel (Valois, 2021).

Filippo Gramatica defendia que a terminologia delinquente estigmatiza e deveria ser substituída por antissocial, bem como que a sociedade deveria corrigir o antissocial para que o mesmo pudesse retornar para o convívio em sociedade (Valois, 2021). O autor era considerado como radical por defender que o Estado deveria combater as condições que favoreciam o aparecimento da conduta antissocial – tais “como a pobreza, o aumento desenfreado da natalidade, venda descontrolada de bebidas alcoólicas etc” –, bem como que o combate a tais condições poderia conduzir à abolição da pena de prisão (Valois, 2021, p. 96). Para o autor, o termo antissocial igualmente abarcava comportamentos não criminosos e as pessoas que praticavam algum comportamento reputado como danoso para a sociedade igualmente ficavam à mercê das medidas de defesa social (Valois, 2021). Caso as proposições de Filippo Gramatica viessem a ser recepcionadas no dia de hoje, por exemplo, as pessoas que porventura não aceitassem tomar vacinas se sujeitariam às medidas de defesa social que, neste caso, seriam de natureza médicas, mas que em outros casos poderiam ser de natureza educacional, laboral, social etc. Portanto, embora supere a concepção de que apenas uma minoria anormal e patologizada deveria ser classificada como delinquente e que qualquer um pode adotar uma conduta antissocial, as propostas de Filippo Gramatica rechaçam “algumas garantias históricas, pois condicionam a concepção de antissociabilidade e o método de socialização a conceitos subjetivos” (Valois, 2021, p. 96).

Filippo Gramatica foi sucedido por Marc Ancel, o qual era um magistrado francês e foi o responsável por qualificar aquela vertente da corrente de defesa social como nova (Valois, 2021). Para convencer que as pessoas encarceradas – historicamente vistas como violadoras de um pacto social e, portanto, destituídas dos direitos decorrentes desse pacto coletivo – deveriam ser tratadas com dignidade, Marc Ancel, que verdadeiramente desejava humanizar o direito penal, defendeu que a humanização do tratamento destinado às pessoas presas levaria à ressocialização, a qual, por sua vez, seria benéfica para a sociedade. Portanto, o autor apresentou uma solução utilitarista para alcançar o objetivo de humanizar a execução das penas, pois afirmou que a humanização atenderá ao bem comum na medida em que promoveria a reintegração harmônica do indivíduo na sociedade (Valois, 2021). Para atingir o objetivo de humanizar e, por via reflexa, ressocializar, Marc Ancel defendia que o direito penal deveria

dialogar com outras áreas do conhecimento que se encarregariam de analisar a personalidade da pessoa presa, bem como acreditava que reformas legislativas poderiam promover a alteração social. Embora bem-intencionado, ao propor a interdisciplinaridade com outras áreas do conhecimento e ao apostar em reformas legislativas, Marc Ancel criou espaço “para o que depois Michel Foucault chamou de invasão das disciplinas na prisão”, bem como incorreu em um mesmo equívoco característico do pensamento da modernidade, qual seja, o “de acreditar em uma mudança social com base em reformas legais ou em reformas do sistema punitivo, erro que era a base da Escola Positivista” (Valois, 2021, p. 97).

A breve trajetória supracitada evidencia que o objetivo de promover a ressocialização da pessoa presa sempre esteve, ainda que em menor medida, atrelado ao exercício do poder punitivo. Após tal trajetória – cujo percurso se destaca as aplicações de penas alternativas às penas capitais na antiguidade e idade média; as experiências penitenciárias norte-americanas voltadas para a correção; e o desenvolvimento de trabalhos teóricos defendendo a correção com base nos mais distintos fundamentos –, a relação entre ressocialização e pena de prisão foi solidificada. As teorias aqui citadas certamente não foram as únicas que contribuíram com a vinculação da pena de prisão ao ideal de ressocialização, porém optou-se por citá-las porque são representativas dos primeiros movimentos significativos que foram realizados em tal sentido e que, conseqüentemente, possibilitaram que o ideal de ressocialização chegasse até as decisões judiciais hodiernas.

2.1.2 A insuficiência do enfoque ideológico capitaneado pelo ideal de ressocialização

As funções oficialmente atribuídas à pena de prisão “são funções filosoficamente construídas para dar alguma aparência de racionalidade à prática jurídica que adota a pena de prisão como sanção fundamental na sua estrutura” (Valois, 2021, p. 93) e não encontram qualquer respaldo na realidade.

As funções indicadas pelo enfoque ideológico ou idealista – notadamente, pela função ressocializadora da teoria da prevenção especial positiva – fundamentam a pena de prisão a partir do que ela deveria fazer, não a partir do que ela faz. A pena de prisão deveria ressocializar para que o indivíduo retornasse melhor para o convívio em sociedade, porém é pouco provável que alguém que porventura tenha tido seus direitos e garantias fundamentais sistematicamente violados durante um período considerável de tempo possa se tornar uma pessoa melhor para a sociedade. Portanto, esta forma de conceber a pena de prisão não parte de dados da realidade,

mas de supostas aspirações que, por conseguinte, são apresentadas para ditar os rumos de uma política criminal genocida.

A pena de prisão deveria corrigir o delinquente e, embora já tenha sido submetida a inúmeras reformas, é completamente incapaz de cumprir com tal propósito. Conforme denunciou Alessandro Baratta (1999, p. 183), “as inovações introduzidas na nova legislação penitenciária não parecem destinadas a mudar decisivamente a natureza das instituições carcerárias”, sobretudo porque “a introdução de modernas técnicas psicoterapêuticas e educativas e transformações parciais na estrutura organizativa do cárcere não mudaram, de modo decisivo, a natureza e as funções dos institutos de detenção, na nossa sociedade” (Baratta, 1999, p. 183). Ademais, nada pode ser feito para alterar este quadro, pois a vasta literatura produzida a partir de observação empírica evidencia que as instituições prisionais são “dominadas por fatores que [...] têm tornado vã toda tentativa de realizar tarefas de socialização e de reinserção através destas instituições” (Baratta, 1999, p. 183). Assim, “o insucesso que [...] acompanha todas as iniciativas de reformas e tentativas de fazer o sistema carcerário um sistema de reinserção, não pode ser interpretado como o casual e desafortunado desvio da realidade carcerária das funções a ela atribuídas pelo direito” (Baratta (1999, p. 188).

Foram dispensados laboriosos e, em alguns casos, sinceros esforços para se transformar o cárcere em algo bom, porém “a pena de prisão sempre foi e continua sendo pura exclusão e seu poder corretivo é o mesmo dos terrores da antiguidade e da Idade Média” (Valois, 2021, p. 50). A pena de prisão continua, portanto, sendo apenas um mal que desproporcionalmente se impõe em resposta a um outro mal anterior, no caso, à prática de um crime.

A prisão é um caos, e as teorias da pena – ao partirem de uma análise metafísica que, conseqüentemente, desconsidera qualquer dado sensível existente na realidade – justificam a prisão e, com isso, a manutenção desse estado caótico. No norte global, a ressocialização começou a entrar em declínio a partir da década de 70, porém isso não ocorreu no Brasil porque, aqui, as “decisões judiciais continuam a fundamentar um maior encarceramento com base no ideal ressocializador” (Valois, 2021, p. 99). Caso fosse dado às teorias da pena o valor que elas deveriam ter – qual seja, o valor meramente histórico de construção da legitimação de um novo sistema de punição que substituiu um sistema de punição anterior – não seria necessário investir maiores esforços para refutá-las, porém a ressocialização transcende a teoria e acarreta efeitos nefastos à prática penitenciária.

O mito criado com a finalidade de legitimar a pena de prisão gera efeitos nefastos na vida daqueles que são sancionados com uma pena privativa de liberdade, portanto tal mito precisa ser amplamente desmentido. A solução de qualquer problema pressupõe, antes de mais

nada, o reconhecimento de sua existência. Porém este estágio ainda não foi alcançado, pois a ressocialização não é concebida como um problema na medida em que continua fundamentando decisões que cerceiam o gozo de direitos adquiridos.

Diante deste cenário, serão analisadas, no tópico a seguir, as funções que verdadeiramente são desempenhadas pela pena de prisão, a fim de demonstrar que a pena de prisão não foi pautada pelo objetivo de promover a ressocialização da pessoa presa nem mesmo sequer nos primórdios de sua experiência.

2.2 As funções materialistas da pena de prisão

A pena de prisão, embora não tenha cumprido os compromissos que aparentemente lhe foram atribuídos pelo discurso oficial, não fracassou, pois, com maestria, cumpriu – e ainda cumpre – os objetivos que verdadeiramente justificaram sua ascensão como a principal pena do atual sistema de punições. O projeto técnico corretivo engendrado pela pena de prisão trata de um projeto bem-sucedido não porque corrige os indivíduos classificados como delinquentes, mas porque consegue apresentar uma justificativa boa para aquilo que é mau e, conseqüentemente, consegue sustentar um sistema punitivo cujo objetivo é promover o extermínio de uma parcela bem específica da sociedade.

Para fundamentar o alegado, serão analisadas, agora, as funções que legitimam a existência da pena de prisão de acordo com as perspectivas de Michel Foucault (2014), Alessandro Baratta (1999), Massimo Pavarini (2006; 2012a) e Juarez Cirino dos Santos (2008; 2019).

2.2.1 As funções não declaradas da pena de prisão em Michel Foucault

A análise das funções efetivamente desempenhadas pela pena de prisão se iniciará com a obra e com o autor que trouxe notoriedade à referida discussão, isto é, com *Vigiar e punir*, de Michel Foucault (2014).

Sabe-se que a referida obra e o referido autor não foram os primeiros a discorrer acerca da questão, pois *Punição e estrutura social*, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004), escrito ainda na década de 1930, já indicava que a pena de prisão não foi concebida para atingir às finalidades indicadas pelo discurso oficial. Porém, conforme ressalta Luís Carlos Valois (2021, p. 46), Michel Foucault se destaca em meios aos demais não apenas por ter promovido “uma análise material do fenômeno punitivo”, mas por ter deixado “feridas na soberba

racionalidade moderna, desvendando sentimentos negativos de hostilidade, intolerância e preconceito que estavam bem camuflados nos discursos oficiais autoritários”. Não obstante, para não se distanciar do seu objeto, este trabalho irá se ater à exposição da concepção material do delito apresentada pelo autor.

Segundo Michel Foucault (2014, p. 267), quando se parte das funções comumente atribuídas a lei, ao aparelho penal e à pena de prisão – notadamente, “que a lei se destine a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento dessa repressão” –, inevitavelmente se constata que a pena de prisão falha em atuar como o instrumento redutor de infrações penais. Porém, ainda segundo Michel Foucault, seria de se admirar que a pena de prisão se mantivesse em pleno vigor durante tanto tempo – quando da primeira edição de *Vigiar e punir* em 1975, já há aproximadamente 150 (cento e cinquenta) anos – se efetivamente fosse um fracasso, pois, em um cenário de efetivo fracasso, a pena de prisão já haveria de ter sido superada. A pena de prisão ainda não foi superada e, conseqüentemente, é possível concluir que o aparente fracasso, na realidade, é o que marca a operacionalidade da pena de prisão.

De acordo com Michel Foucault (2014), a prisão não foi superada e ainda é um sucesso porque não visa reprimir as ilegalidades, mas porque visa produzir a delinquência e promover o gerenciamento das ilegalidades. Michel Foucault (2014) identificou que as ilegalidades eventualmente selecionadas podem ser colocadas à serviço dos interesses daqueles que detêm o poder, de modo que o aparelho penal, sobretudo através da seleção realizada pela polícia e da segregação realizada pela pena de prisão, desempenharia a função de produzir e gerenciar uma ilegalidade que lhe fosse útil. Nas palavras do próprio autor:

Deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia’ geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O ‘fracasso’ da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí. (Foucault, 2014, p. 267).

As alterações sociais ocorridas quando da passagem do século XVIII para o século XIX impulsionaram uma reforma penal que trouxe consigo a necessidade de se promover o

gerenciamento das ilegalidades que porventura viessem a ser praticadas. Sob a égide do antigo regime existente até o século XVIII, as ilegalidades eram facilmente encontradas em qualquer camada social, sendo que tais ilegalidades mantinham uma com as outras uma relação de equilíbrio e, em alguns casos, até mesmo de certa cumplicidade. Para exemplificar, Michel Foucault (2014, p. 83) menciona que: “a recusa por parte dos camponeses em pagar certos foros estatais ou eclesiásticos não era obrigatoriamente malvista pelos proprietários de terras: a não aplicação pelos artesãos dos regulamentos de fábrica era muitas vezes encorajada pelos novos empresários”. Porém, o equilíbrio e a cumplicidade que anteriormente regiam as ilegalidades das mais distintas classes sociais não tinha mais espaço naquele novo regime, porque as reformas realizadas foram impulsionadas pela busca da igualdade – o que, no âmbito penal, supostamente deveria fazer com que todas as ilegalidades eventualmente praticadas fossem indistintamente reprimidas –, bem como porque o aparelho penal foi reorientado para proteger os interesses da classe burguesa que ascendera ao poder.

Sob a égide no novo regime que surgiu no final do século XVIII e no início do século XIX, a cumplicidade e a tolerância que no passado equilibraram as ilegalidades praticadas pelas mais diversas classes sociais desaparece. A crença de que todas as ilegalidades seriam indistintamente reprimidas e, ainda, a necessidade de se proteger a propriedade reformularam a forma através da qual se lidava com as ilegalidades que no passado eram praticadas. No novo regime, aqueles que compunham as classes sociais mais baixas e aqueles que politicamente se insurgiam contra a nova estrutura do poder foram eleitos bodes expiatórios cuja repressão traria a percepção de que todas as ilegalidades eram reprimidas. As ilegalidades que anteriormente eram praticadas por aqueles que compunham as classes sociais mais baixas passaram a ser duramente reprimidas, sendo que isso ocorreu sobretudo porque tais pessoas violavam aquilo que era mais caro aos novos detentores do poder, no caso, a propriedade. Da mesma forma, as antigas ilegalidades que porventura adquiriram uma roupagem política – tais como as antigas pilhagens de lojas que, por exemplo, promovia a revenda de mercadorias por um preço justo – passaram a ser duramente reprimidas, sendo que isso ocorreu porque tais pessoas insurgiram-se contra a ordem que constituía aquela nova estrutura social. De acordo com Michel Foucault (2014, p. 268), “essa dimensão política da ilegalidade se tornará ao mesmo tempo mais complexa e mais marcada nas relações entre o movimento operário e os partidos republicanos no século XIX, na passagem das lutas operárias (greves, conluíios proibidos, associações ilícitas à revolução política”.

É evidente que todas as camadas sociais continuaram a praticar ilegalidades, porém a repressão passou a recair especialmente sobre aqueles que pertenciam aos estratos sociais mais

baixos e que carregavam bandeiras políticas que confrontavam os interesses das classes abastadas que concentravam o poder. Com a seleção de um grupo específico de pessoas que dentre todos os outros praticavam ilegalidades – no caso, daqueles que ocupam os estratos sociais mais baixos; e daqueles que militam politicamente contra a nova estrutura do poder –, construiu-se a percepção de que a criminalidade era algo intrínseco de uma certa categoria de pessoas patologizadas.

Portanto, as ilegalidades que anteriormente podiam ser facilmente constatadas em todas as classes sociais, passaram a ser constatadas em apenas uma determinada classe social. A partir de então, difundiu-se a ideia de “que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões humanas introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social” (Foucault, 2014, p. 270). As ilegalidades daqueles que compunham as classes sociais mais baixas passaram a ser duramente reprimidas, sendo que a alteração do tratamento destinado às ilegalidades de tais pessoas as levaram ao cárcere e, por sua vez, o tratamento destinado a tais pessoas no cárcere as transformam em delinquentes. As pessoas selecionadas passam a carregar o estigma de delinquente, criando a distinção entre delinquência – praticadas por aqueles que infringem normas e efetivamente são selecionados – e ilegalidade – praticada por aqueles que infringem normas, mas permanecem imunes, às margens do poder punitivo.

A produção de tal delinquência não poderia ocorrer sem a interação de dois instrumentos, quais sejam, a polícia e a prisão. A polícia realizaria o primeiro filtro de seleção dos indivíduos que já vivem em condições de marginalização e, por sua vez, a prisão faria com que estes indivíduos selecionados vivenciassem toda sorte de situações abusivas que fariam com que definitivamente fossem reputados como delinquentes. Assim, “polícia e prisão formam um dispositivo geminado; sozinhas, elas realizam em todo o campo das ilegalidades a diferenciação, o isolamento e a utilização de uma delinquência” (Foucault, 2014, p. 276). A polícia seleciona e a prisão produz a delinquência, de modo que é possível se falar em “um conjunto cujos três termos (polícia-prisão-delinquência) se apoiam uns sobre os outros e formam um circuito que nunca é interrompido” (Foucault, 2014, p. 276).

Em Michel Foucault (2014), o sucesso da pena de prisão residiria precisamente nisso, vale dizer, em produzir os delinquentes que receberiam todos os holofotes e que, conseqüentemente, possibilitariam o gerenciamento das ilegalidades na medida em que os delinquentes artificialmente produzidos ofuscariam os demais indivíduos que praticavam ilegalidades, os quais conseguiriam permanecer às margens da intervenção penal. A prisão operaria como uma espécie de cortina de fumaça, que colocaria em evidência algumas

determinadas ilegalidades dos indivíduos delinquentes com o objetivo de encobrir uma série de outras ilegalidades. A prisão teria, portanto, a função de gerenciar as ilegalidades, pois evidencia determinadas ilegalidades com o intuito de encobrir outras determinadas ilegalidades. Nas palavras do próprio Michel Foucault (2014, p. 271):

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente ‘fracassar’, não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita.

Os holofotes ficariam voltados para a delinquência que é artificialmente produzida pelo aparelho estatal, de modo que se teria a falsa percepção de que o compromisso firmado quando da reforma ocorrida durante a passagem do século XVIII para o século XIX se é cumprido na medida em que todas as ilegalidades seriam indistintamente reprimidas. Porém os delinquentes – vale dizer, aqueles cujas ilegalidades são reprimidas e são inseridos no cárcere – nem de longe praticam as ilegalidades mais perniciosas e são apenas os representantes de ilegalidades que foram separadas e selecionadas. Eles atuariam, portanto, como bodes expiatórios que carregam em seus corpos todo o universo de ilegalidades praticados pela sociedade.

Diante deste cenário, Michel Foucault (2014, p. 272) afirma que “o atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade”.

Para Michel Foucault (2014), portanto, a pena de prisão não fracassou porque nunca teve a função de corrigir o delinquente e, na realidade, com maestria desempenha a função de produzir uma delinquência que seria útil ao aparelho penal na medida em que poderia ser gerenciada, isto é, poderia ser controlada, explorada e orientada para formas menos perigosas.

2.2.2 As funções não declaradas da pena de prisão em Alessandro Baratta

As críticas formuladas por Alessandro Baratta (1999) acerca das funções desenvolvidas pela pena de prisão partem da constatação de que o direito penal – enquanto um dos muitos ramos do direito constituídos pela classe burguesa – trata de um direito desigual e que seus respectivos mecanismos – sobretudo a pena de prisão – visam conservar a estrutura desigual da

sociedade, a fim de que o poder permaneça nas mãos daqueles mesmos indivíduos que já detêm o poder e que, conseqüentemente, apropriam-se dos instrumentos normativos para que possam criar as condições necessárias à permanência no poder. Portanto, para Alessandro Baratta (1999), o direito penal seria um direito desigual que teria a função precípua de conservar as desigualdades existentes na sociedade e, por sua vez, a pena de prisão seria o mecanismo que possibilitaria a concretização de tal intento.

De acordo com Alessandro Baratta (1999, p. 162), a ideologia da defesa social é a vertente que predominantemente orienta o direito penal e tal ideologia encontra-se alicerçada no mito da igualdade, o qual sustenta a crença de que o direito penal teria a função de proteger “igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais”, bem como que “todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos [...] do processo de criminalização”. Porém, Alessandro Baratta (1999) demonstra que o mito da igualdade pode ser refutado a partir da análise dos processos de criminalização – no caso, dos processos primário, secundário e terciário –, os quais acentuam o caráter desigual da sociedade e evidenciam que a criação, a aplicação e a execução das normas de natureza penal encontram-se igualmente voltadas para selecionar alguns determinados indivíduos e desvios bem específicos.

O primeiro processo de criminalização ocorre quando da edição das normas, sendo que a análise do conteúdo legislativo programático evidencia que o legislador criminaliza, sobretudo, os desvios que habitualmente são praticados pelos indivíduos que compõem as classes subalternas e, em contrapartida, criminaliza os desvios que habitualmente são praticados pelos indivíduos que compõem as classes abastadas de modo meramente simbólico (Baratta, 1999). Por sua vez, o segundo processo de criminalização ocorre quando da seleção e da aplicação da lei penal, sendo que a análise do perfil dos indivíduos que são selecionados pelas agências executivas e que posteriormente são sancionados com a imposição de uma pena privativa de liberdade evidencia que os que têm a maior chance de serem selecionados são aqueles indivíduos que pertencem às classes sociais mais baixas (Baratta, 1999). Por fim, o terceiro processo de criminalização ocorre quando da execução da pena de prisão imposta, sendo que o indivíduo que efetivamente é inserido no cárcere passa a vivenciar uma série de situações desumanas e degradantes que completarão o longo processo de estigmatização que muito provavelmente vivencia desde a tenra idade (Baratta, 1999).

Todas as formas de criminalização – primária, secundária e terciária – demonstram que o direito penal opera de maneira desigual, selecionando de forma específica certos indivíduos e desvios. Por conseqüência, as três formas de criminalização refutam as crenças que

fundamentam o próprio direito penal, notadamente porque evidenciam que: “o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais”; “a lei penal não é igual para todos”; e “o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminosos é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações penais” (Baratta, 1999, p. 162). Portanto, a igualdade, embora componha o lema das reformas ocorridas a partir do século XVIII, nunca pautou as relações regulamentadas pelo direito penal.

O direito penal cria, aplica e executa normas de forma seletiva, porém a referida atuação seletiva apenas pode ocorrer porque antes o direito penal desempenha as funções precípua de produzir e reproduzir as desigualdades que posteriormente serão objeto dos referidos processos de criminalização, bem como de produzir os indivíduos que figurarão como sujeitos passivos das referidas relações de desigualdade oriundas dos processos de criminalização. Ademais, tais funções precípua – quais sejam, de produção e reprodução das desigualdades e dos sujeitos passivos das relações de desigualdade – apenas podem ser eficazmente desenvolvidas em virtude da existência da pena de prisão.

De acordo com Alessandro Baratta (1999), o cárcere atua como o combustível que fornece a energia para os processos de produção e reprodução das desigualdades. Isso ocorre porque o cárcere impede que aqueles que ocupam os estratos sociais mais baixos ascendam na estrutura social e, ainda, porque a inserção de alguns no cárcere permite que outros permaneçam à margem da intervenção penal. O cárcere impede a ascensão social porque atribui ao indivíduo um dos estigmas mais negativos da sociedade, qual seja, o estigma de criminoso. A atribuição deste estigma negativo e a imposição de uma qualidade de vida que deteriorarão a personalidade da pessoa presa farão com que ela se destaque negativamente dos demais indivíduos da sociedade, de modo que o indivíduo estigmatizado como criminoso dificilmente conseguirá estabelecer as relações que precisaria estabelecer para ascender na estrutura social. O cárcere permite, ainda, que alguns sejam eleitos como bodes expiatórios para que outros possam permanecer imunes aos processos de criminalização. Quando as ilegalidades de alguns ficam sob holofotes, as ilegalidades de outros podem permanecer na penumbra e, portanto, impunes. Essa função simbólica atribuída por Alessandro Baratta ao cárcere – qual seja, a de punir alguns para que outros permaneçam impunes – já havia sido previamente identificada por Michel Foucault, porém é importante ressaltar que o pensamento de ambos os autores se distingue porque o gerenciamento das ilegalidades é para Michel Foucault (2014) a principal função da pena de prisão e, por outro lado, é para Alessandro Baratta (1999) apenas um dos efeitos provocados pelo cárcere e que contribuem para com o processo de produção e reprodução das desigualdades sociais.

De todo modo, retornando ao pensamento de Alessandro Baratta (199, p. 166), a produção e a reprodução das desigualdades sociais não seriam as funções mais importantes desempenhadas pelo cárcere, pois, para o jurista italiano, “ainda mais essencial parece a função realizada pelo cárcere, ao produzir, não só a relação de desigualdade, mas os próprios sujeitos passivos desta relação”. A sociedade é dinâmica e os sujeitos passivos das relações de desigualdade também mudam de acordo com os rumos indicados pela dinamicidade das relações de poder que regem a sociedade. A pena de prisão foi erigida a principal sanção do sistema de punição do norte global em meio a revolução industrial e, no referido modelo de sociedade, os sujeitos ativos e passivos das relações sociais eram aqueles que, respectivamente, eram detentores ou não detentores dos meios de produção.

Nesse contexto, a pena de prisão desempenharia o papel de disciplinar a massa indisciplinada de camponeses que foram expulsos do campo, a fim de que os mesmos pudessem servir de mão de obra para as indústrias. Alessandro Baratta (1999) alcançou a referida conclusão ao conjugar as teses desenvolvidas por Rusche e Kirchheimer (2004) – em *Punição e estrutura social* – e por Michel Foucault (2014) – em *Vigiar e punir* –, sendo que Rusche e Kirchheimer (2004) afirmaram que todo sistema de produção desenvolvia o sistema de punição necessário a preservação de suas respectivas relações de produção e, por sua vez, Michel Foucault (2014) afirmou que o cárcere auxiliava na construção de uma sociedade disciplinar. Rusche e Kirchheimer (2004) desconsideraram que o poder disciplinar é quem desempenharia a função de fazer com que os indivíduos selecionados pelo poder punitivo servisse à uma determinada relação de produção e, por sua vez, Michel Foucault (2014) desconsiderou que as relações de produção influenciavam diretamente na escolha daqueles que o poder punitivo elegeria para sofrer a intervenção do poder disciplinar, sendo que, para Alessandro Baratta (1999), a função inicialmente desempenhada pelo cárcere apenas poderia ser adequadamente compreendida a partir da união das proposições dos referidos autores. Ao conjugar a produção dos referidos autores, Alessandro Baratta (1999, p. 192) afirmou que o cárcere inicialmente desempenhava a função “de transformar as massas de camponeses que, expulsos do campo, deviam ser educados para a dura disciplina da fábrica”. Ao defender que o cárcere produzia os indivíduos que atuavam nas fábricas, Alessandro Baratta concede proeminência a ambos os fatores que foram isoladamente considerados de um lado por Rusche e Kirchheimer (2004) e de outro por Michel Foucault (2014), bem como atribuiu à pena de prisão a função de produzir o proletariado, o qual, no contexto de revolução industrial, era o sujeito passivo das relações de produção.

A relação existente entre o cárcere e a sociedade não mais pode ser explicada através da referida perspectiva. Conforme reconhecido pelo próprio Alessandro Baratta (1999, p. 193), “o cárcere não tem mais aquela função real de reeducação e de disciplina que possuía em sua origem”, bem como que “esta função educativa e disciplinar se reduz, portanto, agora, à pura ideologia”. Não obstante, o autor defendeu que a aludida matriz histórica continua a condicionar a existência do cárcere e que, na contemporaneidade, o cárcere ainda desempenharia a função de produzir os sujeitos passivos das relações de desigualdade, bem como que esses indivíduos são hoje selecionados nos setores mais marginalizados da sociedade. É o que se depreende dos seguintes ensinamentos deixados pelo autor:

Por isto, a função do cárcere na produção de indivíduos desiguais é, hoje, não menos importante. Atualmente o cárcere produz, recrutando-o principalmente das zonas mais depauperadas da sociedade, um setor de marginalizados sociais particularmente qualificado para a intervenção estigmatizante do sistema punitivo do Estado e para a realização daqueles processos que, ao nível da interação social e da opinião pública, são ativados pela pena, e contribuem para realizar o seu efeito marginalizador e atomizante. Este setor qualificado do ‘exército industrial de reserva’ cumpre não só funções específicas dentro da dinâmica do mercado de trabalho (pense-se na superexploração dos ex-condenados e no correspondente efeito de concorrência em relação aos outros trabalhadores), mas também fora daquela dinâmica: pense-se no emprego da população criminal nos mecanismos de circulação ilegal do capital, como peão na indústria do crime, no ciclo da droga etc. Pense-se, além disso, no recrutamento de esquadrões fascistas entre a população criminoso. (Baratta, 1999, p. 167).

Diante do exposto, constata-se que Alessandro Baratta (1999) entende que a pena de prisão exerce a função de conservar as desigualdades existentes em uma determinada estrutura social, sendo que tal função seria desempenhada através da produção dos indivíduos que devem figurar no polo passivo das relações de desigualdade e, ainda, através da própria produção das relações de desigualdade. A produção dos indivíduos ocorre quando aqueles que comumente figuram no polo passivo das relações de desigualdade são inseridos no cárcere e, por sua vez, a produção e reprodução das relações de desigualdade ocorre porque aqueles que são inseridos no cárcere não conseguem ascender na hierarquia social e, ao mesmo tempo, ofuscam as ilegalidades praticadas por aqueles que compõe as classes mais abastadas.

2.2.3 As funções não declaradas da pena de prisão em Massimo Pavarini

A estrutura organizacional da sociedade sofreu alterações significativas desde a segunda metade do século XX até as duas primeiras décadas transcorridas no século XXI. Massimo Pavarini – que nasceu em 03 de março de 1947 e faleceu em 28 de setembro de 2015 – passou

a vida investigando como tais alterações repercutiram no âmbito das funções desempenhadas pelo poder punitivo e, sobretudo, pela pena de prisão.

Ao se debruçar acerca das funções desempenhadas pela pena de prisão ao longo do tempo, o referido autor: inicialmente, ocupou-se da historiografia dos sistemas de punições à luz da experiência norte-americana e assinalou que a pena de prisão desempenhava a função de promover a inclusão daqueles que viviam de forma marginalizada, sendo que tal inclusão deveria ocorrer por meio da educação para realização do trabalho nas fábricas (Melossi; Pavarini, 2006); posteriormente, identificou que o poder punitivo igualmente agregou outros dispositivos alternativos à pena de prisão que supostamente deveriam promover a inclusão daqueles que viviam de forma marginalizada (Pavarini, 2012a); por fim, identificou que a pena de prisão passou a desempenhar a função de neutralizar e, em alguns casos, de exterminar aqueles que vivem de forma marginalizada e que representam algum tipo de risco para a sociedade (Pavarini, 2012a).

Tais constatações encontram-se concatenadas em duas obras fundamentais do autor, a saber: em *Cárcere e fábrica* (2006), que foi escrita em coautoria com Dario Melossi e dedica-se ao estudo da história e das primeiras funções atribuídas pelos autores a pena de prisão; e em *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança* (2012a), que se dedica ao estudo das funções que o autor atribuiu a pena de prisão após a queda das últimas democracias de bem-estar social e, portanto, na contemporaneidade.

Ao se debruçar acerca da historiografia do poder punitivo, Massimo Pavarini (2006) identificou que a prisão foi erigida à principal pena do sistema de punições norte-americano no mesmo período em que a exploração do trabalho passou a nortear as relações econômicas daquele Estado, bem como que as penitenciárias, na esteira do que ocorria fora dos muros dos presídios, tentaram monetizar o trabalho desenvolvido pelos indivíduos que eram inseridos em suas respectivas instituições.

O autor explica que, na América colonial, a pena de morte e os castigos corporais foram paulatinamente substituídos pelas *houses of correction* ou *workhouses*, sendo que tais instituições empregavam os presos que praticavam crimes de menor expressividade em trabalhos forçados remunerados (Melossi; Pavarini, 2006). O autor igualmente explica que, na América pós independência, as penitenciárias impuseram aos presos a modalidade de trabalho mais compatível com modelo carcerário que porventura viesse a ser adotado em suas respectivas instituições. O sistema pensilvânico promovia o isolamento e o silêncio absoluto durante o dia e a noite, de modo que os presos reclusos em tal sistema poderiam, quando muito, desenvolver pequenas atividades laborativas que não demandavam a existência de uma

infraestrutura elaborada em suas respectivas celas, tais como as atividades de artesanato e a fabricação de sapatos, cordas, escovas etc. Portanto, as penitenciárias que adotavam tal sistema comumente empregavam a força de trabalho através do sistema *public account*, o qual transforma a penitenciária em uma empresa na medida em que era a penitenciária que ficava incumbida de adquirir a matéria prima, organizar o processo produtivo e vender o produto pelo preço mais conveniente (Melossi; Pavarini, 2006). Por sua vez, o sistema auburniano relativizou o isolamento e o silêncio absoluto característicos do sistema anterior porque autorizava a realização de trabalhos coletivos durante o dia, de modo que os presos reclusos em tal sistema poderiam ser empregados em atividades laborativas mais complexas, tais como aquelas desenvolvidas em fábricas para a produção de bens em geral. Portanto, as penitenciárias que adotavam tal sistema comumente empregavam a força de trabalho através do sistema *contract system*, o qual delegava ao empresário a função de organizar a atividade produtiva dentro da unidade prisional (Melossi; Pavarini, 2006). Aqui, era “o empresário contratante – aquele que, contratualmente, paga ao Estado um preço determinado por cada jornada de trabalho e por cada preso empregado – que, por intermédio dos seus próprios empregados, dirige e supervisiona as atividades de trabalho nas oficinas da penitenciária” (Melossi; Pavarini, p. 196, 2006).

Porém, embora o poder punitivo tenha tentado monetizar o trabalho desenvolvido pelos indivíduos que eram inseridos em suas respectivas instituições penitenciárias, a pena de prisão nunca conseguiu produzir bens e serviços com valores econômicos atraentes para o mercado. A historiografia do sistema de punições norte-americano efetivamente demonstra que a pena de prisão surge porque a exploração do trabalho passou a nortear as relações econômicas, porém Massimo Pavarini (2006) constatou que os bens e serviços produzidos pelos presos nunca conseguiram competir com os bens e serviços produzidos pela sociedade livre e, com base em tal constatação, identificou que a função desempenhada pelo cárcere não era a de produzir bens e serviços com valores econômicos atraentes para o mercado, mas a de produzir os indivíduos que posteriormente seriam absorvidos no mercado de trabalho como proletários. As penitenciárias norte-americanas submeteram seus presos a uma infinidade de modelos que testavam sistemas distintos, sendo que o ponto comum é que a grande parte destes modelos igualmente visavam promover a correção através da disciplinarização para o trabalho (Melossi; Pavarini, 2006). Portanto, pouco importava se o indivíduo fosse compelido a permanecer em isolamento e em silêncio absolutos (*modelo filadélfico/pensilvânico*) ou, ainda, em isolamento parcial e em silêncio absoluto (*sistema auburniano*), porque tais sistemas igualmente almejavam promover a educação dos presos para que se tornassem úteis e posteriormente pudessem ser absorvidos para o trabalho (Melossi; Pavarini, 2006).

O objetivo imediato da pena de prisão seria a produção das pessoas que posteriormente seriam absorvidas pelo mercado de trabalho e que alcançariam o objetivo mediato de produzir riqueza, sendo que isso seria realizado com o escopo de conservar a ordem capitalista. A prisão, portanto, teria sido erigida a principal pena daquele sistema punitivo porque apenas ela poderia atender à principal necessidade daquele sistema econômico, que, no caso, era a produção de mão de obra para as fábricas. Nas palavras do próprio Massimo Pavarini (2006, p. 211):

[...] o cárcere perseguiu com sucesso, pelo menos na sua origem histórica, uma finalidade – se quisermos, ‘atípica’ – da produção (leia-se, transformação em outra coisa de maior utilidade): a transformação do criminoso em proletário. O objeto desta produção não foram tanto as mercadorias quanto os homens. Daí a dimensão real da ‘invenção penitenciária’: o ‘cárcere como máquina’ capaz de transformar – depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como lugar privilegiado da observação criminal) – o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em ‘sujeito mecânico’. Em síntese, uma função não apenas ideológica, mas também atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de proletários a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica.

A pena de prisão desempenharia a função precípua de “educar (ou reeducar) o criminoso (não proprietário) a ser proletário socialmente não perigoso, isto é, ser não-proprietário sem ameaçar a propriedade” (Melossi; Pavarini, 2006, p. 216). Não obstante, Massimo Pavarini (2006) igualmente pondera que o mercado de trabalho nem sempre demanda por mão de obra e que, em tais casos, o cárcere passaria a desempenhar a função de ser um instrumento da lei da oferta e da demanda, porquanto exterminaria os indivíduos que potencialmente poderiam ser absorvidos pelo mercado de trabalho como proletários no futuro. De acordo com essa perspectiva, se o mercado demanda por mão de obra, “o cárcere não apenas tende a limitar a sua capacidade destrutiva, como também a empregar utilmente a força de trabalho, reciclando-a depois de tê-la requalificado (leia-se, tê-la reeducado) no mercado livre” (Melossi; Pavarini, 2006, p. 212). Em contrapartida, “se, no mercado livre, a oferta de trabalho excede a demanda [...] o cárcere volta a ser um local de destruição da força de trabalho” (Melossi; Pavarini, 2006, p. 212). Assim, as funções desempenhadas pelo cárcere oscilariam de acordo com as necessidades do mercado, pois o cárcere seria produtivo e organizaria sua atuação a partir de finalidades essencialmente reeducativas quando o mercado demandasse por mão de obra e, em contrapartida, o cárcere seria destrutivo e organizaria sua atuação a partir de finalidades essencialmente terroristas quando o mercado não demandasse por mão de obra.

As referidas proposições foram apresentadas na obra *Cárcere e fábrica*, a qual trata de uma leitura crítica do controle social – notadamente, do controle social realizado através do controle penal – desenvolvido no âmbito das democracias de bem-estar social. Na referida obra,

Pavarini (2006) apresentou a tese de que a pena de prisão desenvolvia a função de promover o controle social através da inclusão dos socialmente excluídos, porém o próprio Pavarini (2012a) reconheceu, posteriormente, que a obra escrita na juventude em coautoria com Dario Melossi estava fundamentada em premissas inerentes ao próprio sistema correcionalista e que, ainda, não identificou as mudanças que à época já estavam em andamento na sociedade.

Em *Cárcere e fábrica*, Pavarini (2006) afirmou que aqueles que de alguma forma viviam à margem da sociedade seriam incluídos através do cárcere na medida em que seriam educados e desenvolveriam as características necessárias para que se tornassem proletários em tal instituição. Tal proposição encontra-se, portanto, fundamentada na principal premissa que sustenta o atual sistema de punição, no caso, na premissa de que a pena de prisão visa corrigir o delinquente para atender a alguma determinada finalidade.

É preciso considerar, ainda, que as críticas constantes em *Cárcere e fábrica* foram tecidas a partir do lema da inclusão identificado em democracias de bem-estar social, porém os poucos Estados que efetivamente vieram a implementar tal modelo – rol este em que o Brasil nunca esteve inserido – foram paulatinamente abandonando a referida organização política a partir do início da década de 70 do século XX. As críticas tecidas foram, portanto, realizadas a partir da análise de um modelo organizacional que se encontrava prestes a ser superado.

Ainda que tenha sido fundamentada em premissas inerentes ao correcionalismo e não tenha tido a sensibilidade para perceber as mudanças em andamento, *Cárcere e fábrica* é um marco da criminologia e pode ser considerada uma obra crítica por romper com a tradição filosófica-jurídica que vinculava o surgimento da pena de prisão a um processo evolutivo de humanização das penas, bem como por afirmar que a pena de prisão surgiu para atender a uma necessidade da modernidade, notadamente, à necessidade de produção e conservação da ordem política-econômica capitalista (Pavarini, 2012a).

Após a publicação de *Cárcere e fábrica*, sobreveio um período em que a função inclusiva atribuída ao cárcere perde expressividade e isso ocorreu porque, conforme denunciou o próprio Massimo Pavarini (2012a, p. 52), “a proposição de incluir socialmente por meio da educação à disciplina do salário, de projeto político reduz-se progressivamente à nostálgica retórica, à medida que o projeto realiza-se”. A partir da segunda metade do século XX, o poder punitivo igualmente passou a contar com outros instrumentos que supostamente deveriam promover a inclusão dos indivíduos reputados como desviantes. Em apertada síntese, Massimo Pavarini (2012a, p. 53) explica que, com a implementação de políticas típicas do Estado de bem-estar social, foram realizadas uma série de reformas penais que visavam promover o desencarceramento – tais como as penas substitutivas e medidas alternativas à pena de prisão –

, porquanto acreditava-se que “o objetivo da integração social do condenado não necessita[va] mais de práticas correcionais em cárcere, mas da direta tomada pelo encargo do desviante na *community*, no social”. A disciplina que incluiria o indivíduo não mais viria através do cárcere, mas através de prática sociais, de modo que a pena deveria prioritariamente ser cumprida em liberdade. Em tal período, deixou-se de apostar no caráter correcionalista da pena de prisão e investiu-se em medidas assistencialistas, as quais deveriam auxiliar no processo de inclusão dos marginalizados.

Posteriormente, já em *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*, Massimo Pavarini (2012a) identificou que a sociedade que surge após o declínio das poucas democracias de bem-estar social remanescentes não pode promover a inclusão da multiplicidade de marginalizados que anteriormente eram beneficiados com as políticas inclusivas. Nas palavras do autor, “o crescimento da ‘multidão’ dos excluídos – tanto do mercado de trabalho garantido, quanto do banquete assistencial oferecido por um sempre mais pobre capital social – torna, politicamente, sempre mais irrealista o projeto de uma ordem social por meio da inclusão” (Pavarini, 2012a, p. 53). Para além disso, também em *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*, Massimo Pavarini (2012a) identificou que a sociedade que surge após o declínio das poucas democracias de bem-estar social remanescentes trata de uma sociedade que vive com medo e que sempre demanda por mais segurança, de modo que aceita fazer quaisquer concessões – tais como negar direitos e garantias fundamentais às pessoas que são classificados como inimigos – para alimentar a ilusão de que estão mais seguros.

A sociedade contemporânea não mais deseja promover a inclusão de todos, sendo que, nesta nova dinâmica, o cárcere passou a desempenhar a função de conter a criminalidade, neutralizando e, em alguns casos, exterminando os excluídos que o Estado não deseja incluir e que, justamente por viverem à margem da sociedade, sem ter como prover suas necessidades mais básicas, ameaçam aquilo que aparentemente foi erigido ao direito de maior grau hierárquico entre todos os demais direitos, que, no caso, é o direito pela segurança. Nas palavras de Massimo Pavarini (2012a, p. 54):

Hoje se descobre – ou redescobre, porque em outras épocas o sistema penal já foi hegemônico por lógicas de tipo malthusianas, mesmo que confiantemente vividas como contingências econômicas destinadas a serem depressa superadas – que o cárcere pode ‘funcionar’ contra a criminalidade, acentuando os processos de exclusão social: o cárcere e o sistema penal no seu conjunto podem ser úteis no governo da criminalidade e da reincidência se e enquanto são postos em condição de seleção e, portanto, de neutralizar aqueles que o sistema social, de qualquer modo, não está em condição, ou considera não estar em condição de incluir. A finalidade da neutralização seletiva nasce no interior de uma cultura tecnocrática e administrativa da penalidade: esta interpreta a justiça penal como sistema que persegue objetivos de eficiência,

como, por exemplo, diferenciar a resposta por níveis de periculosidade e implementar estratégias de controle sobre os grupos sociais. A retórica que emerge é aquela do cálculo probabilístico e de distribuição estatística aplicadas no confronto das populações que criam problemas sociais.

Como resultado, a relação entre cárcere e fábrica (identificada quando do surgimento da pena de prisão) e a relação entre cárcere e sociedade (identificada quando nos Estados de bem-estar social) foram substituídos pela relação entre cárcere e guerra, visto que anteriormente o cárcere buscava promover a inclusão e que, posteriormente, o cárcere passou a neutralizar os excluídos, os quais são reputados como inimigos. Justamente em função disso, Massimo Pavarini (2012a, p. 55) denuncia que “o sistema penitenciário tem [...] sido mais semelhante a um campo de concentração do que uma fábrica”.

Para além disso, é importante salientar que esta guerra não é travada apenas dentro dos muros das penitenciárias, pois o poder punitivo igualmente passou a contar com outros artifícios – tais como os fornecidos pela política criminal atuarial – para perseguir os seus potenciais inimigos antes mesmo que possam ser selecionados pelo poder punitivo (Pavarini, 2012a). Atualmente, pouco importa saber quais são as causas do crime, pois a política criminal está orientada no sentido de gerir os riscos da criminalidade e, com base nas projeções da criminologia atuarial, declara-se guerra contra alguns desvios – tal como a guerra supostamente travada contra as drogas – e neutraliza-se seletivamente aqueles indivíduos que podem vir a praticar tais desvios – tais como os moradores de periferias em que se explora o tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas.

Atualmente, o poder punitivo não conta apenas com o cárcere, pois igualmente promove o gerenciamento da criminalidade através da antecipação de execuções, de modo que muitos daqueles que vivem em comunidades carentes e que futuramente poderiam vir a aderir à criminalidade são sumariamente executados durante ações policiais. Ou seja, promove-se a neutralização de grupos socialmente perigosos, privilegiando-se o Direito Penal do autor em detrimento do Direito Penal do fato. Portanto, de acordo com Massimo Pavarini (2012a), o sistema penal contemporâneo igualmente ataca e defende, pois extermina os inimigos em ações fora do cárcere ou neutraliza os inimigos inserindo-os no cárcere.

Os Estados Sociais buscavam promover a inclusão e, nesse contexto, a pena igualmente desempenhava a função de educar para incluir. Porém, no atual contexto globalizado, o Estado perdeu autonomia e a sociedade é regida por entidades que impõe suas respectivas vontades sobre as democracias nacionais e que buscam, sobretudo, angariar lucro em detrimento dos demais, de modo que a pena, acompanhando a lógica macro que rege a sociedade, igualmente

busca promover a exclusão. O projeto de inclusão pelo cárcere e pelas medidas alternativas ao cárcere foi abandonado, pois a política criminal contemporânea é norteadada pela concepção de que o criminoso deve ser exterminado. Portanto, a função de instrumento regulatório da oferta e da demanda da mão de obra proletária que excepcionalmente foi atribuída por Massimo Pavarini (2006) ao cárcere ainda quando do início da experiência da pena de prisão se tornou a regra na contemporaneidade. No entanto, a diferença é que o extermínio não mais seria realizado com o objetivo de atender às leis regulatórias da oferta e da demanda por mão de obra, mas de promover, apenas, o extermínio de determinados indivíduos cuja existência é, de acordo com o discurso propagado, perigosa para o restante da sociedade. O cárcere, portanto, passou a desempenhar a função de exterminar os indivíduos que supostamente representam algum tipo de risco para os demais.

2.2.4 As funções não declaradas da pena de prisão em Juarez Cirino dos Santos

Na década de 70 do século XX, o paradigma que até então norteava a criminologia se alterou-se porque a luta de classes foi introduzida nos debates, fazendo com que o foco das pesquisas se deslocasse da pessoa do criminoso para os mecanismos que fazem com que uma pessoa se transforme em criminosa e que, conseqüentemente, solidificam uma determinada estrutura social.

Juarez Cirino dos Santos foi o responsável por fazer com que algumas grandes obras criminológicas produzidas a partir da referida perspectiva atravessassem o norte e chegassem até o sul global, pois o autor: traduziu *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*, de Alessandro Baratta (1999); prefaciou a edição brasileira de *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)*, de Massimo Pavarini e Dario Melossi (2006); traduziu *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*, também de Massimo Pavarini (2012a). Para além disso, Juarez Cirino dos Santos foi um grande difusor da obra de Michel Foucault (2014), pois *Vigiar e punir: nascimento da prisão* é uma citação recorrente em suas pesquisas pessoais.

Juarez Cirino dos Santos foi particularmente influenciado pelas proposições dos referidos autores, de modo que, assim como eles, rejeita as funções atribuídas ao aparelho penal e à pena de prisão, bem como defende que o aparelho penal – sobretudo através da pena de prisão –, desempenha a função de conservar uma determinada estrutura de poder.

Em apertada síntese, as produções do autor partem do pressuposto de que a sociedade possui o sistema de punição necessário a manutenção de seus meios de produção, bem como

que a prisão foi erigida à principal pena do sistema de punição contemporâneo apenas porque atende às demandas da sociedade capitalista, notadamente porque simultaneamente assegura que alguns não ascendam na hierarquia social e que outros permaneçam à margem da intervenção penal (Santos, 2008).

Em *A criminologia radical*, Juarez Cirino dos Santos (2008) explica que o discurso oficial atribui ao aparelho penal a função de reprimir a criminalidade, bem como de controlar e reduzir o crime, sendo que a prisão deveria auxiliar o aparelho penal a alcançar os referidos objetivos. Tais escopos são designados por Santos (2008, p. 82) como objetivos ideológicos ou aparentes do aparelho penal. Não obstante, a pena de prisão não cumpre com os referidos escopos, pois “não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece a organização de criminosos” (Santos, 2008, p. 81).

A pena de prisão, embora notoriamente não reprima a criminalidade e, tampouco, controle ou reduza o crime, não foi superada até então porque sua função não é cumprir com o que lhe é designado pelos objetivos ideológicos, mas pelos objetivos reais. Nesses termos, em *A criminologia radical*, Juarez Cirino dos Santos (2008) igualmente explica que o aparelho penal, na realidade, desempenha a função de reproduzir a criminalidade e as relações sociais, sendo que a prisão auxilia o aparelho penal a alcançar os referidos objetivos porque quando se reproduz a criminalidade de alguns – no caso, das classes marginalizadas – automaticamente se impede que eles ascendam na hierarquia social e, ao mesmo tempo, garante que os que já ocupam o topo da hierarquia social permaneçam às margens da intervenção penal, estratificando as relações sociais. Os referidos escopos são designados por Santos (2008, p. 82) como objetivos reais ou ocultos do aparelho penal.

Para os críticos revisionistas, a pena de prisão trata de um instrumento do aparelho penal que visa conservar uma determinada estrutura social, sendo que, em *A criminologia radical*, Santos (2008) defende que a estrutura social a ser conservada seria, sobretudo, a pautada pela relação existente entre os detentores e os não detentores dos meios de produção. Justamente nesse sentido, veja o que afirma o próprio autor:

As práticas criminais e a administração diferencial da criminalidade se articulam em um quadro histórico de lutas sociais estruturadas no regime de propriedade privada e de exploração legal do trabalho, desde a multiplicação das máquinas e o desenvolvimento da tecnologia, a redução dos salários e a aceleração do ritmo de trabalho, até os movimentos pela limitação da jornada de trabalho, melhoria das condições de trabalho, aumentos salariais, direitos de organização, protestos contra a repressão policial etc. – ampliados com a expansão da produção e a concentração do controle privado da economia, multiplicando as oportunidades e as modalidades de crimes. (Santos, 2008, p. 82).

A referida relação de poder – travada entre os detentores e não detentores dos meios de produção – é uma relação típica da modernidade que se encontra presente na sociedade cada vez em menor medida. Com efeito, Juarez Cirino dos Santos (2019), em capítulo publicado na obra *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*, na esteira do pensamento do referido autor italiano, demonstra que não há trabalho e, tampouco, riqueza passível de distribuição para todos, de modo que passou a afirmar que, atualmente, a pena de prisão promove o extermínio de uma gama de marginalizados para que se possa conservar a atual estrutura social em que poucos desejam permanecer conservando o máximo de riqueza possível. A pena de prisão, portanto, teria passado a operar com a finalidade de garantir a concentração da riqueza de uma determinada parcela da população.

As traduções e lições de Juarez Cirino dos Santos (2008; 2019) difundiram no sul global a compreensão de que a pena de prisão desempenha a função de preservar uma determinada estrutura social e, a partir de tal premissa, a produção criminológica do sul global vem adaptando a produção criminológica do norte global às suas peculiaridades marginais. Há, no entanto, autores que contestam a aplicabilidade do que fora produzido no norte acerca da pena de prisão aqui, no sul global.

Luís Carlos Valois (2021, p. 50), por exemplo, afirma que os reformadores não influenciaram o sistema punitivo brasileiro, porque “os princípios iluministas tiveram que conviver com o massacre de nossa população indígena e com a escravização do negro” e, ainda, porque “nossa história é superposta de vários períodos ditatoriais, sendo todos os avanços atribuídos mais à imitação de legislações estrangeiras e às concessões dos regimes autoritários, do que à prática concreta e voluntária inerente ao debate político democrático”. Valois (2021, p. 42), afirma, ainda, que a vinculação que comumente se faz entre o surgimento da pena de prisão e a necessidade de mão de obra causa estranheza, porque “nossa pátria mãe Portugal tinha degredados e mão de obra escrava suficiente para suprir as necessidades de nossa colonização”, bem como porque “se nossas prisões já tiveram algum intento de formação para o trabalho isso só aconteceu depois de mais de trezentos anos”. Por fim, embora reconheça que as teorias que porventura defendem que a pena de prisão surgiu com o intuito de educar para o trabalho na fábrica são “condizente[s] com inúmeras teorias econômicas existentes”, Luís Carlos Valois (2021, p. 42) afirma que tais teorias partem da perspectiva da sociedade europeia industrializada e simplifica o processo de surgimento da pena de prisão.

As questões adjacentes às penas e, notadamente, à pena privativa de liberdade, são extremamente complexas e qualquer resposta simplista apresentada a tais questões certamente conduzirá a um grande equívoco. A prisão é uma instituição antiga que foi ressignificada com

o passar do tempo e de acordo com as peculiaridades do local em que operava, sendo que tal ressignificação ocorreu de modo distinto em cada local.

De todo modo, conforme também reconhecido por Valois (2021, p. 44-45), “desde a Idade Média, ou na história da humanidade inteira, independentemente da escassez ou abundância de trabalho, sempre houve um incômodo entre os detentores de poder contra os que não se incluíam na atividade econômica”, sendo que tal incômodo norteou, inclusive, os rumos concedidos ao sistema punitivo. Tal incômodo foi inicialmente identificado pelos teóricos do norte global e foram especialmente difundidos no sul global através da produção de Juarez Cirino dos Santos (2008; 2019). O referido autor, portanto, abriu o caminho porque possibilitou que outros tivessem contato e adaptassem o que fora produzido às peculiaridades do sul global.

2.3 A necessidade de superação do projeto técnico corretivo da pena de prisão e o papel do garantismo penal no processo de reestruturação dos rumos da política criminal

A pena de prisão começou a ganhar expressividade a partir do século XVIII e se transformou na principal modalidade de sanção do sistema de punição a partir do século XIX. As primeiras críticas formuladas em face da pena de prisão são praticamente concomitantes ao seu surgimento, pois “a crítica da prisão e de seus métodos aparece muito cedo, nesses mesmos anos de 1820-1845” (Foucault, 2014, p. 259). As críticas inicialmente formuladas são as mesmas críticas contemporaneamente formuladas e, embora os malefícios da pena de prisão tenham sido fervorosamente propagados do norte ao sul global, tais críticas não conseguiram coibir, por exemplo, o advento do fenômeno do encarceramento em massa em ambos os hemisférios considerados.

De acordo com Michel Foucault, as principais críticas que já eram formuladas quando do surgimento da pena de prisão e que ainda são repetidas na contemporaneidade são as seguintes: “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade” e, em contrapartida, as multiplica em quantidade e qualidade (Foucault, 2014, 259); a prisão induz a reincidência porque aquele que é inserido uma vez na prisão tem maiores chances de retornar à prisão após ser colocado em liberdade, portanto a prisão, “em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos (Foucault, 2014, 260); a prisão fabrica o delinquente porque lhe impõe um determinado tipo de existência incompatível com a vida em sociedade – o isolamento e a realização de trabalhos inúteis, por exemplo –, bem como porque lhe impõe limitações violentas e arbitrárias destinadas a ensinar o respeito pelas leis que afloram o sentimento de revolta e injustiça (Foucault, 2014); a prisão “favorece a organização de um meio

de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras” (Foucault, 2014, p. 261); o tratamento destinado ao egresso do sistema prisional conduz à reincidência porque as pessoas presas saem com a liberdade condicionada à observância de uma série de limitações cuja observância é estritamente acompanhada pela polícia (Foucault, 2014); e que “a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento” (Foucault, 2014, p. 263). Tais críticas, em síntese, indicam que a pena de prisão fomenta a criminalidade que supostamente deveria coibir.

Ainda de acordo com Michel Foucault (2014), a análise das críticas realizadas em face da pena de prisão comumente faz com que os críticos alcancem duas conclusões distintas, pois enquanto alguns constataam que a prisão não era corretiva porque a sua técnica correcional estava em um estado rudimentar, outros constataam que a prisão perde a força de punição por querer ser corretiva e que, na realidade, o rigor é que deve nortear a técnica penitenciária. Porém, embora os críticos tenham alcançado conclusões tão díspares, Michel Foucault (2014, p. 264) afirma que as críticas formuladas em face da pena de prisão caminharam sempre para um mesmo caminho, qual seja, para “a recondução dos princípios invariáveis da técnica penitenciária”.

A prisão é apresentada como o seu próprio remédio, pois sustenta-se que, para superar o seu suposto fracasso, é preciso resgatar os sete princípios e respectivas máximas que desde os primórdios da experiência prisional orientam a técnica penitenciária. Tais princípios – que justamente por fazerem parte da tradição penitenciária igualmente foram em alguma medida recepcionados pela legislação penitenciária brasileira – são os seguintes: i) princípio da correção, do qual extrai-se a máxima de que “a detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo” (2014, p. 264);² ii) princípio da classificação, através do qual se extrai a máxima de que “os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação” (2014, p. 264);³ iii) princípio da modulação das penas, através do qual se extrai a máxima de que “as penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas” (2014, p.

² O princípio da correção é recepcionado no art. 1º, da LEP, o qual preceitua que “a execução penal tem por objetivo [...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (Brasil, 2024b).

³ O princípio da classificação é recepcionado no art. 84, da LEP, o qual prevê que os presos provisórios devem permanecer separados dos presos definitivos, bem como que os presos definitivos devem ficar separados de acordo com a gravidade do delito (Brasil, 2024b).

265);⁴ iv) princípio do trabalho como obrigação e como direito, através do qual se extrai a máxima de que “o trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos” (2014, p. 265);⁵ v) princípio da educação penitenciária, através do qual se extrai a máxima de que “a educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento” (2014, p. 265);⁶ vi) princípio do controle técnico da detenção, através do qual se extrai a máxima de que “o regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos” (2014, P. 265);⁷ vii) princípio das instituições anexas, através do qual se extrai a máxima de que “o encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento” (2014, p. 266).⁸

Tais princípios seculares ainda se encontram presentes nas propostas de reformas da pena de prisão contemporaneamente apresentadas. De tempos em tempos, os críticos se valem desses mesmos princípios para indicar reformas para, por conseguinte, constatar que os referidos princípios não foram verdadeiramente implementados nas propostas indicadas para, por fim, se valer novamente destes mesmos princípios para indicar novas reformas. As críticas formuladas e implementadas não conseguiram alterar os rumos da dinâmica prisional porque trilham um mesmo caminho simultâneo que envolve: a identificação do fracasso da pena de prisão; a identificação e a implementação de reformas voltadas para readequar a prisão aos princípios orientadores das boas condições carcerárias; e a identificação de novo fracasso da pena de prisão. Segundo Michel Foucault (2014, p. 266), a prisão, o seu fracasso e as reformas destinadas a supostamente aprimorar a prisão não devem ser concebidos como uma sequência de três tempos sucessivos, mas como um sistema simultâneo de quatro tempos que compreende:

⁴ O princípio da modulação das penas é recepcionado no art. 112, da LEP, porquanto o referido dispositivo prevê que o conteúdo da pena é variado na medida em que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso”, bem como que a referida progressão está condicionada a implementação dos requisitos objetivos vinculados ao tempo e aos requisitos subjetivos vinculados ao bom comportamento (Brasil, 2024b).

⁵ O princípio do trabalho como obrigação e como direito encontra-se recepcionado, respectivamente, nos arts. 39, V, e 41, II, da LEP (Brasil, 2024b).

⁶ O princípio da educação penitenciária é recepcionado nos arts. 18, LEP – o qual preceitua que o ensino de 1º grau é obrigatório – e no art. 18-A, LEP – o qual preceitua que “o ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização” (Brasil, 2024b).

⁷ O princípio do controle técnico da detenção é recepcionado nos arts. 6º e 7º, da LEP, os quais preceituam que uma Comissão Técnica de Classificação – composta por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social – elaborará o programa de individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório (Brasil, 2024b).

⁸ O princípio das instituições anexas é recepcionado no art. 10, parágrafo púnico, da LEP, o qual preceitua que o Estado tem o dever de assistir o egresso (Brasil, 2024b).

[...] o suplemento disciplinar da prisão – elemento de sobrepoder; a produção de uma objetividade, de uma técnica, de uma ‘racionalidade’ penitenciária – elemento do saber conexo; a recondução de fato, se não a acentuação de uma criminalidade que a prisão deveria destruir – elemento de eficácia inversa; enfim, a repetição de uma reforma que é isomorfa, apenas de sua ‘idealidade’, ao funcionamento disciplinar da prisão – elemento de desdobramento utópico.

Os caminhos até então trilhados a partir da constatação das críticas formuladas em face da pena de prisão não alcançaram os resultados supostamente esperados, porque não promoveram a ressocialização da pessoa presa, não contiveram a criminalidade ou o número de pessoas encarceradas e não tornaram o cárcere um local mais digno e humano. Os rumos da política criminal, portanto, precisam ser urgentemente recalculados com a finalidade de interromper o genocídio que é praticado em desfavor da classe de pessoas que habitualmente são selecionadas pelo poder punitivo. Diante desse cenário, Luigi Ferrajoli (2016) indica que há apenas um único caminho que deve ser trilhado, sendo que tal caminho – cujo percurso é detalhado pelo jurista em *Direito e razão* e em *Jurisdicción y ejecución penal* – consiste na limitação do poder punitivo através do garantismo penal com a finalidade de promover a redução progressiva e a posterior superação da própria pena de prisão.

Em *Direito e razão*, Luigi Ferrajoli (2002) apresenta a teoria do garantismo penal, a qual trata de uma teoria neopositivista de matiz constitucionalista que visa proteger os direitos fundamentais dos indivíduos em face do arbítrio estatal e, ao mesmo tempo, limitar a violência na sociedade. A busca pela contenção da violência na sociedade – que pode se manifestar através do crime; das instituições empenhadas na prestação de serviços públicos; e dos aparatos repressivos – gera uma aparente tensão na busca pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, porém ambos os escopos se encontram interligados uma vez que a limitação da violência praticada em face do indivíduo igualmente limitará a violência que este indivíduo, após ter seus respectivos direitos fundamentais sistematicamente violados, posteriormente praticará em face da sociedade quando porventura for colocado em liberdade. O foco do garantismo está na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e tal fato pode ser comprovado a partir da ênfase atribuída a esse objetivo pelo autor italiano ao apresentar a definição do que deve ser compreendido como garantismo. Nesse sentido, veja como Ferrajoli (2002, p. 271) define o garantismo:

‘Garantismo’, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É

precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário. (Ferrajoli, 2002, p. 271).

A proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos é o principal escopo perseguido pela teoria do garantismo e tal escopo teria o condão de, simultaneamente, promover a limitação da violência na sociedade. O garantismo apresenta-se, portanto, “como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo” (Carvalho, 2003, p. 81).

Em *Direito e razão*, Luigi Ferrajoli (2002, p. 603) já tecia duras críticas aos rumos que eram tomados pela política criminal, pois afirmou que as até então recentes alterações incorporadas no ordenamento jurídico italiano tentavam impor um comportamento processual ao acusado e disciplinar ao condenado que minavam pela raiz a função garantista da jurisdição penal, bem como defendeu que o resgate da função garantista da jurisdição penal passava pela efetiva implementação dos instrumentos de limitação do poder de punir concatenados em dez axiomas,⁹ os quais promoveriam intervenções em todos os ramos e institutos do direito que porventura repercutam no âmbito de liberdade do indivíduo.

À guisa de exemplificação, registra-se que os instrumentos de limitação do garantismo exigiriam a redefinição dos bens que, de fato, são merecedores da proteção penal, sendo que tal redefinição necessariamente traria alterações substanciais ao uso da pena de prisão na medida em que: em primeiro lugar, promoveria a “despenalização de todos os delitos [...] punidos com penas pecuniárias ou que possam ser alvo de sanções substitutivas”; em segundo lugar, reduziria as possibilidades detentivas legais com “a abolição da pena perpétua, a fixação do máximo da pena de detenção legalmente prevista para qualquer crime a não mais que 10 anos, e a transformação em penas legalmente previstas das atuais medidas alternativas” (Ferrajoli, 2002, p. 603).

As propostas apresentadas pelo garantismo com a finalidade de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos e limitar o poder punitivo igualmente limitam a utilização da própria pena de prisão. Porém, os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos não

⁹ Tais axiomas serão devidamente explorados no Capítulo 6, de modo que, aqui, cabe apenas a menção de que os axiomas que fundamentam o sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) são os seguintes: *Nulla poena sine crimine*: não há pena sem crime (A1); *Nullum crimen sine lege*: não há crime sem lei (A2); *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: não há lei penal sem necessidade (A3); *Nulla necessitas sine injuria*: não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico (A4); *Nulla injuria sine acione*: não há ofensa ao bem jurídico sem ação (A5); *Nulla actio sine culpa*: não há ação sem culpa (A6); *Nulla culpa sine judicio*: não há culpa sem processo (A7); *Nulla judicium sine accusatione*: não há processo sem acusação (A8); *Nulla accusatio sine probatione*: não há acusação sem prova (A9); *Nulla probatio sine defensione*: não há prova sem ampla defesa (A10).

podem ser integralmente garantidos no âmbito do cárcere. Consequentemente, é igualmente necessário avançar no sentido de encontrar outras respostas para o fenômeno do crime, vale dizer, é preciso avançar no sentido de desvincular o fenômeno da criminalidade da pena privativa de liberdade.

Em *Jurisdicción y ejecución penal*, Luigi Ferrajoli (2016) afirma que o cárcere representa uma contradição institucional porque, embora seja um espaço instituído pelo direito, não garante a preservação dos direitos das pessoas presas. Em síntese, a ideia desenvolvida é que o cárcere institui uma zona livre do direito porque os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que porventura são inseridos em tais espaços são sistematicamente violados e que, conseqüentemente, o cárcere é naturalmente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a finalidade educativa de pena, os quais, respectivamente, fundamentariam a ordem jurídica e o sistema punitivo dos Estados Democráticos contemporâneos. Nas palavras do próprio Ferrajoli (2016, p. 07, tradução nossa):

A prisão, em suma, sob múltiplos aspectos, equivale a uma contradição institucional. É uma instituição criada pela lei, na qual deve se desenvolver o próprio governo das pessoas. É um lugar confiado ao controle total do Estado, mas cujo interior não é regido por controles nem regras, predominando sobretudo a lei do mais forte: a força pública dos agentes penitenciários e a força privada dos presos mais prepotentes e organizados. É uma instituição pública destinada à custódia dos cidadãos, mas que não consegue garantir os direitos fundamentais mais elementares, começando pelo direito à vida. Gera uma vida completamente artificial, produzida pelo direito, mas que, em seu interior, de fato, reproduz o estado de natureza, sem regras e sem direito, onde sobrevive o *homo homini lupus* e onde a máxima segurança externa é acompanhada pela máxima insegurança interna.¹⁰

A incorporação dos dez axiomas sistematizados por Luigi Ferrajoli (2002) para proteger o indivíduo da arbitrariedade estatal pode minorar as arbitrariedades que ocorrem no cárcere, porém não conseguirão superar completamente as ilegalidades que são praticadas em tal espaço porque a violação dos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas se trata de uma característica intrínseca do cárcere. Isso pode, inclusive, ser comprovado de forma empírica, pois Luigi Ferrajoli (2016, p. 06, tradução nossa) afirma que a experiência das prisões italianas e, generaliza o autor, de todas as prisões do mundo indicam “que o encarceramento está

¹⁰ La cárcel, en suma, bajo múltiples aspectos, equivale a una contradicción institucional. Es una institución creada por la ley en la cual debe desenvolverse el propio gobierno de las personas. Es un lugar confiado al control total del Estado, pero en cuyo interior no rigen controles ni reglas sino sobre todo la ley del más fuerte: la ley de la fuerza pública de los agentes penitenciarios y la fuerza privada de los presos más prepotentes y organizados. Es una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos pero que no logra garantizar los derechos fundamentales más elementales, empezando por el derecho a la vida. Genera una vida completamente artificial, producida por el derecho pero que en su interior, de hecho, reproduce el Estado de naturaleza, sin reglas y sin derecho, donde sobrevive el *homo homini lupus* y donde a la máxima seguridad externa le acompaña la máxima inseguridad interna.

inevitavelmente em contraste com todos os princípios – de legalidade, de igualdade e de respeito à dignidade da pessoa – sobre os quais se fundamenta o Estado de Direito”.¹¹

Para Luigi Ferrajoli (2016), não é possível superar o direito penal e a pena porque em suas respectivas ausências o conflito seria respondido pela lei do mais forte, porém é perfeitamente possível superar o direito penal fundamentado na pena de prisão, pois outras penas muito menos aflitivas podem ocupar o cargo de principal pena do sistema de punição. Assim, defende Luigi Ferrajoli (2016, p. 8, tradução nossa), a política liberal precisa ter coragem para “assumir como perspectiva de longo prazo a progressiva superação da prisão e, enquanto isso, desvincular a prisão de seu atual papel de pena principal e paradigmática”.¹² Após a limitação da utilização da pena de prisão, o sistema punitivo, portanto, precisa ser desvinculado da própria pena de prisão.

O garantismo penal é imprescindível para o processo de reestruturação dos rumos da política criminal, notadamente porque fornece o arcabouço teórico necessário para que se possa limitar o poder punitivo e, também, limitar o emprego da própria prisão. As proposições apresentadas pelo garantismo penal possuem a capacidade para reduzir o tamanho da pena privativa de liberdade até o estágio em que o sistema punitivo possa finalmente se desvincular completamente de tal sanção. Porém, considerando que nunca conseguirá compatibilizar completamente a execução da pena privativa de liberdade com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo encarcerado, o garantismo penal constitui apenas uma etapa no processo de superação da própria prisão e, concomitantemente à limitação do poder punitivo e da utilização da prisão, os esforços precisam ser direcionados no sentido de diminuir as desigualdades que acentuam a possibilidade de seleção, bem como no sentido de encontrar respostas mais eficazes para lidar com o fenômeno da criminalidade.

¹¹ Que la reclusión carcelaria está inevitablemente en contraste con todos los principios – de legalidad, de igualdad y de respeto de la dignidad de la persona – sobre los cuales se funda el Estado de derecho.

¹² Asumir como prospectiva a largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual rol de pena principal y paradigmática.

3 DO SURGIMENTO DO PODER DISCIPLINAR EM MICHEL FOUCAULT AOS NUANCES ADQUIRIDOS NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

O poder não é mais um atributo que se concentra em um único indivíduo que representa uma determinada estrutura política – tal como se concentrava na figura do rei, na época das monarquias absolutistas –, pois hoje igualmente se encontra difundido nas instituições que compõem uma determinada estrutura política e, ainda, nas interações mantidas dentro e fora dos espaços institucionais. O poder não mais se manifesta apenas e tão somente através do controle sobre a vida e a morte de pessoas individualmente consideradas – tal como igualmente ocorria na época das monarquias absolutistas –, pois as dinâmicas da modernidade e da contemporaneidade indicaram novos escopos que, para que pudessem ser alcançados, fizeram com que o poder se manifestasse através de outros mecanismos distintos. Com o advento da modernidade e da contemporaneidade, surgiram outros poderes que desenvolveram metodologias próprias para que pudessem promover, por exemplo, o controle dos corpos, dos processos biológicos e dos processos massificados de morte. Não obstante a diversidade dos poderes atualmente existentes, este trabalho dedica-se, sobretudo, às manifestações do poder disciplinar, o qual teve seus contornos inicialmente apresentados por Michel Foucault (2014).

Em *Vigiar e punir*, Michel Foucault (2014), identificou que, a partir do século XVIII, o poder paulatinamente descentralizou-se através de uma série de instituições e que, também, passou a se ocupar do controle dos corpos que eram inseridos nestas instituições com o objetivo de transformá-los em corpos dóceis e úteis. Ou seja, tal poder atuaria apenas sobre os corpos dos indivíduos que são inseridos em determinadas instituições para fazer com que ocorresse a internalização de determinados comportamentos. Na ocasião, Michel Foucault (2014, p. 167) identificou o surgimento de um poder que denominou de poder disciplinar, sendo que tal poder foi definido pelo autor como “um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor”.

É possível falar em surgimento de um novo poder – no caso, do poder disciplinar – não porque as disciplinas anteriormente não existiam e passaram a existir a partir do século XVIII, mas porque as disciplinas passaram a ser aplicadas por instituições com o escopo bem definido de realizar intervenções nos corpos daqueles que a elas eram submetidos e, ainda, porque a aplicação das disciplinas seguia uma metodologia própria. As disciplinas – aqui entendidas como aqueles mecanismos que, respectivamente, inibem e impulsionam determinados tipos de comportamentos em pessoas individualmente consideradas – estão presentes desde as organizações mais rudimentares da sociedade (Foucault, 2014). Não obstante, as disciplinas

constituíram um mecanismo de poder e começaram a ganhar proeminência apenas a partir do século XVIII, quando o poder paulatinamente foi descentralizado e repartido através de instituições que se valeram das disciplinas para otimizar as intervenções realizadas sobre os corpos dos indivíduos que eram submetidos aos domínios de tais instituições (Foucault, 2014).

O poder disciplinar não atua indistintamente em todas as pessoas que se encontram submetidas a uma mesma ordem jurídica considerada, mas apenas nas pessoas que estão inseridas em determinadas instituições, as quais podem ter ou não vinculação direta com uma determinada estrutura governamental. O poder disciplinar se manifesta em algumas determinadas instituições com a finalidade de instituir a ordem dentro de um micro espaço de convivência, bem como de fazer com que os indivíduos que se encontram inseridos dentro de um micro espaço de convivência venham a internalizar um comportamento que será útil à instituição em que estão inseridos.

O poder disciplinar trata, portanto, de um poder que atua sobre as pessoas individualmente consideradas que se encontram inseridas em algumas instituições com o objetivo de fazer com que elas internalizem um determinado tipo de comportamento que contribuirá com a ordem e com os outros escopos perseguidos pela instituição. O poder disciplinar se manifesta, por exemplo, nos exércitos, nos presídios e nas escolas, porém enquanto nos exércitos e nos presídios o poder disciplinar necessariamente encontra-se vinculado à estrutura governamental, nas escolas tal relação é contingencial. Para este trabalho, importa as manifestações do poder disciplinar no âmbito das prisões, sobretudo no âmbito das prisões brasileiras.

Atualmente, o poder disciplinar desenvolvido no âmbito das instituições prisionais brasileiras é regulamentado pelas normas previstas na Lei nº 7.210, de 1984 – a Lei de Execução Penal, também denominada LEP – e nas legislações residualmente editadas pelos entes federados para complementar a referida legislação. Ademais, Douglas Maranhão (2023, p. 57-58) define o poder disciplinar desenvolvido no âmbito das instituições prisionais brasileiras do seguinte modo:

[...] delimita-se o poder disciplinar exercido dentro dos estabelecimentos prisionais como aquele responsável por regular a relação existente entre os presos e a ordem e a disciplina impostas a eles enquanto submetidos ao cárcere. Ou seja, concebe-se o poder disciplinar dentro do sistema penitenciário como a faculdade que tem a administração pública de investigar e punir as condutas consideradas ilícitas cometidas por aqueles que estão sob a égide do poder Estatal.

Entretanto, o poder disciplinar não pode ser entendido apenas como aquele que regulamenta as relações no interior do sistema prisional e que, durante tal regulamentação, sanciona os indivíduos que descumprem as normas impostas. Fuente y Saldunha (2012) explicam que a atuação do poder disciplinar é orientada por dois escopos, pois, além de ter o objetivo de promover a segurança, a ordem e a harmonização da convivência no âmbito do estabelecimento prisional, igualmente possui o objetivo de promover a ressocialização da pessoa presa. Portanto, além de garantir a manutenção da ordem, o poder disciplinar também deveria promover a ressocialização.

A disciplina exercida no âmbito da execução penal brasileira igualmente deveria atender a ambos os escopos mencionados por Fuente y Saldunha (2012). Conforme depreende-se da análise conjugada dos arts. 1º e 44 da LEP, a execução penal deve estar integralmente voltada para “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” e, para alcançar tal intento, o poder disciplinar deve atuar sobre os corpos das pessoas presas para fazer com que colaborem com a ordem, obedeçam às determinações de autoridades ou agentes e desempenhem o trabalho que lhes fora designado (Brasil, 2024b). A partir das premissas apresentadas nos referidos dispositivos, constata-se que, na execução penal brasileira, o poder disciplinar também busca incutir na pessoa presa um determinado comportamento que é conveniente para a administração prisional e que supostamente colabore com o fim último da execução penal, que, no caso, é a ressocialização da pessoa presa.

Justamente em função disso, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018) defende que o poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal brasileira persegue ao mesmo escopo perseguido pelo poder disciplinar apresentado por Michel Foucault (2014), porquanto ambos os poderes igualmente visariam a fabricação de corpos dóceis e úteis. Nesses termos, veja o que defende Roig (2018, p. 201):

Retornando à definição de disciplina trazida pela LEP (colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho), podemos afirmar que a mesma apenas corrobora ao acerto de Foucault ao identificá-la como técnica de poder própria do quadriculamento disciplinar, uma espécie de tecnologia de fabricação de indivíduos úteis.

As semelhanças existentes entre o poder disciplinar de Michel Foucault (2014) e o poder disciplinar previsto ao menos no conteúdo programático da execução penal não podem ser ignoradas, sendo que tais semelhanças podem ser evidenciadas a partir da constatação de que os mecanismos disciplinares apontados por Michel Foucault (2014) como responsáveis pelo sucesso do poder disciplinar também se encontram presentes no cotidiano da execução penal.

Segundo Michel Foucault (2014, p. 167), “o sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação em um procedimento que lhe é específico, o exame”. Aqui, é necessário fazer a ressalva de que Michel Foucault (2014) fez a referida afirmação quando apresentava os dispositivos que integravam o poder disciplinar como um todo e que, conseqüentemente, tal afirmação não pode ser utilizada para sustentar que o poder disciplinar obteve êxito no âmbito das instituições penitenciárias. O poder disciplinar pode até ter obtido êxito em algumas instituições bem pontuais, tais como nas instituições militares e congêneres, porém o próprio Michel Foucault (2014) assinalou que o poder disciplinar não obteve êxito na prisão.¹³ De todo modo, retornando aos dispositivos que supostamente garantiriam o sucesso do poder disciplinar, os mecanismos indicados por Michel Foucault para perseguir os escopos perseguidos pelo poder disciplinar de promover a fabricação de corpos dóceis e úteis – quais sejam, o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame – também se encontram presentes na execução penal brasileira.

Os dispositivos tecnológicos atualizaram a vigilância que possibilitam a seleção de condutas passíveis de sanção; as faltas graves impõem a sanção normalizadora; e o exame criminológico examina a pessoa presa. Portanto, a tríade do poder disciplinar de Michel Foucault (2014) sobreviveu a todas as críticas formuladas e, no âmbito da execução penal brasileira, prolongam o tempo do indivíduo no cárcere pelo tempo necessário ao seu extermínio e, ainda, fortalecem o mito da ressocialização.

Sabe-se que o poder se manifesta conforme os escopos perseguidos por uma determinada estrutura de poder, sendo que cada escopo perseguido demandará uma atuação distinta. O poder disciplinar não é o único poder empregado para condicionar o comportamento na sociedade e, considerando que o cárcere nada mais é do que o retrato da sociedade em que está inserido visto a partir de uma lupa, tampouco nas unidades prisionais. A execução penal não é regida única e exclusivamente por técnicas disciplinares, pois outras estruturas de poder

¹³ Os reformadores apresentaram diversas alternativas para substituir as penas de suplício e, todavia, apenas a pena de prisão foi eleita como a principal pena do novo sistema de punição. Porém, segundo Michel Foucault, a partir de pouco mais de um século da pena de prisão – que, começou a se institucionalizar a partir da segunda metade do século XVIII e início do século XIX – “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil” (Foucault, 2014, p. 224). Ademais, o próprio autor reconhece a ineficácia do poder disciplinar desenvolvidos no âmbito da prisão, porquanto constatou que as taxas de aprisionamento guardam relação intrínseca com as taxas de reincidência. Nas palavras de Michel Foucault, “a detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, têm-se mais chance de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos” (Foucault, 2014, p. 260). O autor constata, portanto, que o poder disciplinar desenvolvido no âmbito das prisões não obteve sucesso em produzir corpos dóceis e úteis.

emergiram. Atualmente, os mecanismos que caracterizam estruturas de poder, que em um primeiro momento parecem díspares, se complementam.

Hoje, na sociedade e na execução penal, é plenamente possível vislumbrar a atuação concomitante do poder disciplinar – que manifesta-se através do controle de corpos com o objetivo de torná-los úteis e dóceis (Foucault, 2014) –, bem como de outros poderes, tais como do poder biopolítico – que manifesta-se através do gerenciamento dos processos biológicos (Foucault, 2010) – e do poder necropolítico – que manifesta-se através da “capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer” (Mbembe, 2014, p. 05).

Achille Mbembe (2020) identificou que os métodos do exercício do poder não são excludentes, pois, após analisar as nuances da ocupação na Palestina, afirmou que a ocupação contemporânea é resultado do encadeamento de múltiplos poderes. Nas palavras do autor:

Como ilustra o caso palestino, a ocupação colonial contemporânea é um encadeamento de vários poderes: disciplinar, biopolítico e necropolítico. A combinação dos três possibilita ao poder colônia a dominação absoluta sobre os habitantes do território ocupado. O ‘estado de sítio’ em si é uma instituição militar. Ele permite uma modalidade de crime que não faz distinção entre inimigo interno e o externo. Populações inteiras são alvo do soberano. As vilas e cidades sitiadas são cercadas e isoladas do mundo. A vida cotidiana é militarizada. É outorgada liberdade aos comandantes militares locais para usar seus próprios critérios sobre quando e em quem atirar. O deslocamento entre células territoriais requer autorizações formais. Instituições civis locais são sistematicamente destruídas. A população sitiada é privada de suas fontes de renda. Às execuções a céu aberto somam-se a matanças invisíveis. (Mbembe, 2014, p. 49).

No universo prisional, é igualmente possível identificar as manifestações de todos os aludidos poderes. O poder disciplinar legitima a existência da prisão na medida em que esta modalidade de pena é amplamente aceita porque promete promover a ressocialização do delinquente e, por sua vez, a ressocialização do delinquente supostamente deveria ser alcançada através do poder disciplinar. Concomitantemente, o poder disciplinar também abre espaços para a atuação da biopolítica e da necropolítica.

Nesse sentido, tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 6194/2013, o qual acrescenta uma hipótese legal de remição no art. 126 da LEP ao prever que os condenados de crimes contra a dignidade sexual também poderão remir um dia de sua pena para cada cinco dias em que estiverem em tratamento com fármacos que inibam a libido (Leite, 2013). O referido PL demonstra que a execução penal se preocupa com o controle dos processos biológicos das pessoas presas. Para além disso, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 reconheceu que o sistema carcerário brasileiro vive um estado de coisas inconstitucional e, desde então, nada de efetivo foi feito para se alterar este quadro

(Brasil, 2015). Tal fato evidencia que as unidades prisionais brasileiras constituem espaços de exceção em que ocorre o gerenciamento de processos massificados de morte.

As três formas de manifestação de poder mencionadas – disciplinar, biopolítico e necropolítico – igualmente manifestam-se no âmbito do universo prisional. Ademais, técnicas típicas da sociedade de controle identificada por Gilles Deleuze (2010) igualmente são utilizadas pelo poder punitivo para, sobretudo, controlar os que excepcionalmente deixam ou cárcere ou, ainda, os pequenos delinquentes que recebem penas substitutivas.

Conforme destaca o autor, a passagem da sociedade disciplinar para a sociedade do controle operou alterações nas prisões, sendo que “a busca de penas ‘substitutivas’, ao menos para a pequena delinquência, e a utilização de coleiras eletrônicas que obrigam o condenado a ficar em casa em certas horas” são algumas dessas alterações (Deleuze, 2010, p. 229). O referido poder igualmente atua no âmbito da execução penal, pois, conforme destaca Klélia Canabrava Aleixo (2012, p.73), “a coexistência entre os modelos disciplinar, biopolítico e de controle é, pois, característica das sociedades ocidentais contemporâneas que têm altas e ascendentes taxas de encarceramento aliadas a mecanismos de vigilância a céu aberto”.

Não obstante, ao menos no discurso programático oficial, o poder disciplinar possui proeminência sobre os demais poderes que igualmente atuam no âmbito da execução penal porque é ele que legitima a pena de prisão, bem como porque é ele que supostamente deveria garantir que as pessoas presas adotassem um determinado comportamento ordenado dentro do universo prisional e que, quando da extinção de suas respectivas penas, levassem este determinado comportamento ordenado para fora do universo prisional. Com efeito, este trabalho se ocupará, sobretudo, do poder que legitima a existência da pena de prisão e que, ao mesmo tempo, escancara as portas das prisões para que os outros poderes igualmente atuem no âmbito das prisões, sendo que este poder é o poder disciplinar.

3.1 A vigilância hierárquica

O primeiro mecanismo apresentado por Michel Foucault (2014) como responsável pela eficácia do poder disciplinar seria a vigilância hierárquica. Segundo o autor, esta modalidade de vigilância é caracterizada não por ser exercida de forma exaustiva por um único e determinado indivíduo, mas por ser exercida através de uma estrutura piramidal em que todos os indivíduos que se encontram inseridos na instituição vigiam-se reciprocamente, em maior ou menor medida (Foucault, 2014). O vértice desta estrutura piramidal é comumente ocupado por um sujeito em específico, porém a vigilância é igualmente exercida por seus subordinados

e demais agentes inseridos na instituição, sendo que todos eles – quem está no vértice, nas faces laterais ou na base da pirâmide – seriam reciprocamente vigiados uns pelos outros. Nas palavras do próprio Michel Foucault (2014, p. 173-174):

[...] se é verdade que a vigilância repousa sobre indivíduos, seu funcionamento é de uma rede de relações de alto a baixo, mas também até um certo ponto de baixo para cima e lateralmente; essa rede ‘sustenta’ o conjunto, e o perpassa de efeitos de poder que se apoiam uns sobre os outros: fiscais perpetuamente fiscalizados. O poder na vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um ‘chefe’, é o aparelho inteiro que produz ‘poder’ e distribui os indivíduos nesse campo permanente e contínuo. O que permite ao poder disciplinar ser absolutamente indiscreto, pois está em toda parte e sempre alerta, pois em princípio não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar; e absolutamente ‘discreto’, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio. A disciplina faz ‘funcionar’ um poder relacional que se autossustenta por seus próprios mecanismos e substitui o brilho das manifestações pelo jogo ininterrupto dos olhares calculados.

Segundo Michel Foucault (2014), a vigilância no âmbito do poder disciplinar seria plenamente exercida através de uma estrutura arquitetônica similar ao panóptico, que, embora tenha sido concebida por Jeremy Bentham (2020) com a finalidade de criar a penitenciária ideal, poderia ser implementada em qualquer outro aparelho disciplinar. Isso, inclusive, era o que defendia o próprio Jeremy Bentham (2020), pois ele acreditava que o seu projeto arquitetônico poderia satisfatoriamente ser implementado em qualquer espaço destinado a manter pessoas em inspeção, independentemente do fato de tais espaços terem sido instalados para atender aos propósitos mais díspares. Nas próprias palavras de Jeremy Bentham (2020, p. 19-20):

Para dizer tudo em uma palavra, ver-se-á que ele é aplicável, penso eu, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes, ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas.

Cláudio Brandão, (2020, p. 11) explica que “a formação do vocábulo panóptico traduz seu sentido arquitetural: ver (óptico) tudo (pan)”. Como o próprio nome já diz, do panóptico tudo pode ser visto. Com efeito, esta estrutura arquitetônica seria ideal para abrigar os aparelhos disciplinares e instituir a vigilância hierárquica porque o panóptico foi concebido para imprimir no indivíduo a sensação de que se está sendo vigiado sem saber se efetivamente se é vigiado,

bem como porque possibilita que todos sejam reciprocamente vigiados. Em linhas gerais, Jeremy Bentham (2020, p. 20-21) indica que esta estrutura arquitetônica possui as seguintes características:

O edifício é circular.

Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser, de celas.

Essas celas são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por partições, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior.

O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de alojamento do inspetor.

Será conveniente, na maioria dos casos, se não em todos, ter-se uma área ou um espaço vazio em toda volta, entre esse centro e essa circunferência. Você pode chamá-lo, se quiser, de área intermediária ou anular. Cerca do equivalente da largura de uma cela será suficiente para uma passagem que vai do exterior do edifício ao alojamento.

Cada cela tem, na circunferência que dá para o exterior, uma janela, suficientemente larga não apenas para iluminar a cela, mas para, através dela, permitir luz suficiente para a parte correspondente do alojamento.

Ou seja: o panóptico de Jeremy Bentham (2020) trata de uma edificação composta por dois elementos principais, que, no caso, são uma torre no centro e uma construção em anel na periferia. A torre central “é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel” e, por sua vez, “a construção periférica é dividida em celas” (Foucault, 2014, p. 194). A torre central abrigaria o vigia que observaria aquele que se encontra dentro da cela. A cela abrigaria um “louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar”, pois, conforme mencionado, o panóptico pode ser implementado em qualquer aparelho disciplinar (Foucault, 2014, p. 194).

O panóptico imprimiria a sensação de que se está sendo vigiado sem saber se, de fato, se é vigiado porque, nesta estrutura arquitetônica, o detento sempre verá a torre central do vigia, porém não poderá ver se o vigia efetivamente encontra-se na torre central, tampouco se o vigia que porventura se encontra na torre central efetivamente o vigia ou se, em contrapartida, está entretido com outros presos ou com outras atividades. Para evitar que o detento pudesse ver o vigia e que, a partir deste dado, efetivamente soubesse se era ou não vigiado, “previu Bentham, não só persianas nas janelas da sala central de vigia, mas, por dentro, separações que a cortam em ângulo reto e, para passar de um quarto a outro, não portas, mas biombos” (Foucault, 2014, p. 195). Tais mecanismos impossibilitaram que a presença do vigia fosse minimamente percebida pelos detentos e, conseqüentemente, imprimiria a sensação de que se é ininterruptamente vigiado.

A ausência de conhecimento acerca da efetiva presença do vigia deveria instituir uma situação de paranoia que introjetaria nos detentos a sensação de que eles eram o tempo inteiro vigiados e que, por via reflexa, condicionaria o comportamento destes detentos. A partir da estrutura arquitetônica do panóptico, portanto, o poder se desincumbiria da obrigação de ter que manter alguém que efetivamente promovesse a vigilância de forma ininterrupta e, ao mesmo tempo, introjetaria a sensação de vigilância contínua que supostamente deveria fazer com que os detentos se comportassem da maneira esperada. A proposta é coerente, pois, afinal, os indivíduos comumente modulam seus respectivos comportamentos de acordo com o ambiente, sendo que o fato do indivíduo estar na intimidade do lar e, por outro lado, estar em um local público em que sabidamente é observado são fatores determinantes para a modulação de seu comportamento.

Porém, não é apenas porque o vigia não pode ser visto pelos detentos que ele não seja igualmente vigiado. O panóptico foi idealizado para fazer com que todos sejam reciprocamente vigiados e o vigia não é imune à vigilância. O vigia ou, com as devidas alterações, o diretor de um determinado estabelecimento prisional pode até vir a ocupar uma posição privilegiada na medida em que da torre central pode espionar os detentos e todos os demais que porventura integrem esta determinada estrutura, tais como policiais penais, médicos, assistentes, psicólogos etc. Não obstante, quem vigia é igualmente vigiado, pois “um inspetor que surja sem avisar no centro do panóptico julgará como uma única olhadela, e sem que se possa esconder nada dele, como funciona todo o estabelecimento” (Foucault, 2014, p. 198).

Ademais, o vigia não é vigiado apenas pelas pessoas que trabalham na prisão, pois “o panóptico é, antes de tudo, uma escola de virtudes, onde personagens odiosas encenam diariamente o drama da punição”, sendo que toda encenação é realizada com a finalidade de ser vista por terceiros e com a encenação da punição não poderia ser diferente (Machado, 1991, p. 94). As portas das prisões são abertas ao público externo – através de inspeções; visitas universitárias; visitas de familiares – e, embora o público externo acredite ter um motivo que justifique a visita à prisão, tais visitas são pontualmente permitidas pelo poder disciplinar para, por exemplo, fins de instrução de potenciais criminosos. Ocorre que “essa circulação intensa e constante de pessoas [...] faz aumentar para o prisioneiro o risco de ser surpreendido, ampliando assim a eficácia do dispositivo e submetendo ainda o arbítrio do vigia ao controle público” (Machado, 1991, p. 94). Portanto, em tais visitas, o vigia, assim como o prisioneiro, é igualmente vigiado pelo público externo.

3.1.1 A vigilância hierárquica na execução penal brasileira

Para Michel Foucault (2014), o panóptico seria a estrutura arquitetônica que viabilizaria o desenvolvimento do poder disciplinar, sobretudo porque possibilitaria a implementação da vigilância hierárquica. No entanto, este projeto arquitetônico possui um alto custo de implementação e Esteca (2017), ao promover a análise dos projetos arquitetônicos dos estabelecimentos de segurança máxima do Brasil, identificou que, no contexto nacional, prioriza-se a construção de edificações mais simplificadas, capazes de comportar o maior número possível de indivíduos, ou seja, construções mais funcionais. No mesmo sentido, Kiko Goifman (1999, p. 68) constatou que “um projeto arquitetônico de prisão, pauta-se pela funcionalidade, pois o bem-estar de infratores não é representado socialmente como algo relevante”.

Buscando atender a critérios unicamente utilitaristas, “a centralidade panóptica ou radial cedeu lugar a uma fragmentação da edificação em múltiplos núcleos e a necessária articulação de suas partes”, porquanto esta estrutura comporta o maior número de indivíduos com o menor custo possível (Esteca, 2017, p. 41). Porém, não é apenas porque o panóptico não se encontra presente nos projetos arquitetônicos das unidades prisionais brasileiras que o ideal de vigilância hierárquica também não se encontra. O panóptico foi idealizado com o propósito de imprimir no indivíduo a sensação de que se está sendo vigiado e tal sensação ainda é impressa nos indivíduos que são inseridos nas unidades prisionais brasileiras, porém através de outros mecanismos.

Segundo Kiko Goifman (1999, p. 67), “formas articuladas do vigiar complementam-se na prisão, compreendendo tanto as que envolvem contato físico direto na relação com o guarda como as práticas de delação entre a população carcerária”. Em ambas as formas de vigilância – as que envolvem os guardas e os presos e, por outro lado, as que envolvem apenas os presos – articula-se um esquema de vigilância recíproca entre os sujeitos envolvidos. No contato direto, todos os sujeitos se expõem, porém enquanto os presos são “objetos da situação concreta de vigilância”, os guardas são “testados, colocados em cheque” (Goifman, 1999, 68).

Através da relação física e direta do guarda com o preso, operam-se as buscas, apreensões e gerais, sendo que o emprego de tais mecanismos muitas das vezes não busca apreender algo ilícito, mas apenas reforçar a percepção de que as pessoas presas não possuem autonomia sobre seus respectivos corpos e poucos bens, reforçando, assim, o poder disciplinar. As buscas, apreensões e gerais não visam a apreensão de objetos ilícitos porque qualquer investida realizada no âmbito de uma unidade prisional inevitavelmente promove a apreensão

de objetos ilícitos. Nesses termos e conforme destaca Kiko Goifman (1999, p. 67), “em um ambiente do qual a violência faz parte, qualquer diretor de prisão sabe [...] que todo preso tem uma arma”.

Na dinâmica da relação mantida entre guardas e presos, os guardas têm o dever de vigiar, porém os guardas são simultaneamente vigiados pelos presos porque o exercício da vigilância comporta um grau expressivo de discricionariedade e a forma como os guardas lidarão com os objetos ilegais porventura encontrados será essencial para construir a reputação dos guardas. Isso ocorre porque, “em um lugar onde ‘tudo vira arma’ [...] ou ‘onde é mais fácil conseguir droga’ [...], onde as práticas ilegais são incontáveis, os agentes institucionais têm ao seu lado o direito de olhar’, a possibilidade de, em um dado momento, deixar de lado a ‘vista grossa’ e organizar buscas destinadas, de fato, a encontrar” (Goifman, 1999, 67-68). A maneira com que cada guarda lida com a discricionariedade que é adjacente ao exercício de sua função será analisada e considerada pelos presos, completando-se a vigilância recíproca que é operada entre guardas e presos.

Os presos também vigiam-se reciprocamente e, embora a *caguetagem*¹⁴ seja duramente reprimida até mesmo com a morte, a delação é uma prática usual que habitualmente é obtida de forma violenta e motivada pelo “medo de ser delatado por práticas proibidas na prisão”, bem como na “necessidade da aceleração do tempo na prisão” (Goifman, 1999, p. 68). A vigilância exercida reciprocamente pelos próprios presos é ainda maior nas Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), as quais são geridas por associações que não possuem fins lucrativos e que são, sobretudo, geridas pelos próprios presos. O art. 22, das Regras Mínimas Para o Tratamento do Preso no Brasil estabelece que “nenhum preso deverá desempenhar função ou tarefa disciplinar no estabelecimento prisional” (Brasil, 1995). Não obstante, as APAC contam com um número bem reduzido ou, em alguns casos, com nenhum policial penal, de modo que os presos agregam as funções de vigilância que no sistema prisional comum são exercidas pelos guardas. As APAC violam expressamente uma determinação contida no regramento penitenciário brasileiro e a análise das consequências de tal violação revela que atribuir ao preso a função disciplinar é extremamente prejudicial à dinâmica penitenciária.

De acordo com Zamba (2023), o Conselho de Sinceridade e Solidariedade (CSS) é quem sobretudo exerce a vigilância hierárquica no âmbito das APAC, sendo que o CSS nada mais é do que um comitê de apaqueanos formada em cada um dos regimes prisionais porventura

¹⁴ Caguetagem é o “ato ou efeito de denunciar alguém como culpado de alguma coisa” (Caguetagem, 2023).

existentes na unidade que tem a obrigação de organizar as atividades que devem ser desempenhadas pelos recuperandos, bem como de zelar pela disciplina. A partir das entrevistas informais realizada na APAC de Viana, situada no Maranhão, Zamba (2023, p. 06) constatou que o CSS tenta controlar o teor das conversas travadas na unidade – sobretudo daquelas travadas pelos recém-chegados porque os mesmos têm o hábito de conversar sobre crimes e fugas –, de modo o CSS “chama o irmão para conversar” quando “surgiam conversas sobre coisas ruins na APAC”.

Zamba (2023) igualmente identificou que a vigilância constante e hierarquizada transcende os muros da APAC, pois aqueles que se encontram em gozo de saídas temporárias também devem observar todas as normas da APAC mesmo quando estão em contato com o meio externo, de modo que funcionários são destacados para aferir se o apaqueano em gozo de saída temporária está cumprindo com as normas que regulamentam o funcionamento da unidade. É o que relata Zamba (2023, p. 08-09):

A vigilância nas APAC, além de constante e hierarquizada, transcende os muros. Os apaqueanos do regime semiaberto, com mais de um sexto de pena cumprida, recebem o direito de gozarem de saídas temporárias (art. 122 da Lei de Execuções Penais). São cinco períodos no ano em que o apaqueano fica em sua casa durante sete dias. Entretanto, apesar de não estar na APAC durante aqueles dias, ele deve cumprir o regulamento da instituição. O termo de compromisso do regime semiaberto da APAC impede o consumo de álcool e entorpecentes (art. 2º, X). Nas saídas temporárias também se proíbe frequentar bares, lanchonetes e prostíbulos, ou locais suspeitos de má reputação. Determina-se ainda o respeito aos horários fixados pelo juiz quando autoriza a saída temporária.

Anderson afirmou existir um funcionário destinado a verificar se o apaqueano gozou da saída temporária de modo adequado – a ‘sindicância’.

No atendimento da Defensoria realizado na APAC de Viana, o apaqueano L.G. pediu assistência jurídica em uma questão disciplinar. Seu problema era o cometimento de uma falta grave. Ele havia saído à noite, durante a saída temporária. Esperou a ‘sindicância’ passar e saiu logo depois. O golpe não foi perfeito. No local em que foi à noite, para a sua surpresa, encontrou com um funcionário da APAC (informação verbal).

Algumas APAC realizam exame toxicológico, como a APAC de Arcos, Minas Gerais. Entrevistei o defensor público da cidade, Bruno Lima, que revelou sua atuação no Processo nº 57220-94.2017.8.13.0042, no qual um apaqueano gozou a saída temporária. Quando retornou, realizou o exame toxicológico. Antes do resultado ser revelado, o apaqueano fugiu. O exame constatou o uso de cocaína.

Lado outro, a complexidade das unidades prisionais impede que a vigilância seja exclusivamente exercida de forma direta – no caso, através do contato físico entre guardas e presos, bem como entre os próprios presos – e, conseqüentemente, a vigilância também atua de forma indireta, através de dispositivos tecnológicos. Arlindo Machado (1991, p. 95) destaca que, “na prática, é inviável exercer uma vigilância direta sobre instituições sociais, dada a magnitude estatística dos observados” e, conseqüentemente, concluiu afirmando que “a fantasia

orwelliana de uma sociedade centralizada pela autoridade de um Big Brother torna-se inverossímil, largamente ultrapassada pelo modelo benthamiano de sociedade, baseado numa coerção imaginária”.

Em função da complexidade existente nas unidades prisionais, a vigilância transcendeu o contato direto entre os indivíduos e agregou equipamentos que possibilitam o exercício da vigilância de forma indireta. Exemplos de dispositivos que são utilizados dentro das unidades prisionais e que possibilitam o exercício indireto da vigilância por parte dos guardas são as câmeras de vigilâncias, os detectores de metais, o *body scan* e, até mesmo, a prática de ilegalmente analisar o conteúdo dos aparelhos telefônicos que são indevidamente introduzidos nas prisões. Por sua vez, outro dispositivo de controle e que, todavia, é utilizado para exercer o controle dos presos fora das unidades prisionais são os equipamentos de monitoramento eletrônico.

Os instrumentos supracitados encontram-se presentes nas unidades prisionais brasileiras e auxiliam no exercício da vigilância. Porém, há um instrumento que possui proeminência em relação aos demais na medida em que consegue imprimir a mesma sensação que deveria ser impressa através do panóptico, sendo que este instrumento é a câmera de vigilância.

Segundo Kiko Goifman (1999, p. 70), “o custo das tecnologias de imagem eletrônica já está bastante reduzido” e, conseqüentemente, tais dispositivos encontram-se cada vez mais presentes nas unidades prisionais, sobretudo nas áreas comuns. As câmeras de vigilância funcionam por intermédio dos mesmos mecanismos que estruturavam o panóptico, pois viabilizam o exercício de uma vigilância unilateral e geram a sensação de que se é vigiado, mesmo que, na prática, isso não ocorra. Sobre os referidos pontos característicos do panóptico e que também se encontram presentes nas câmeras de vigilância, veja:

É preciso deixar claro em que aspectos se verifica a incorporação do princípio panóptico na utilização das câmeras. O primeiro fundamento é o da visão unilateral. Os presos, ainda que vejam a câmera, desconhecem quem está por trás dela, controlando monitores que jogam as imagens sem parar. Obedece-se a um dos princípios centrais do panóptico, que é a ‘desindividualização e despersonalização do poder’. Outro fato é a sensação de estar sendo vigiado. As câmeras utilizadas com esse fim não emitem nenhum sinal que evidencie se estão ou não ligadas. Se estão com defeito, desligadas por economia de energia, pouco importa, elas continuam ali, apontando sua lente objetiva para todos os presos e os espaços. (Goifman, 1999, p. 70).

As câmeras de vigilância correspondem ao que antes correspondia o panóptico porque elas, a um só tempo, viabilizam a vigilância unilateral e, ainda, imprimem a sensação de que se é vigiado. Assim como o panóptico poderia ser operado de forma unilateral por apenas um

indivíduo que ficasse na torre de vigia, as câmeras de vigilância podem ser operadas de forma unilateral por apenas um indivíduo que fica na sala de gravações. Assim como no panóptico o preso não sabia se efetivamente era vigiado, nas unidades prisionais monitoradas por câmeras de vigilância o preso também não sabe se efetivamente é vigiado. Ademais, “a maior virtude do circuito não é catalogar falhas dos internos, visto que as acusações de funcionários e a ‘caguetagem’ são suficientes para incriminar os já criminosos”, mas a maior virtude é que “o circuito fechado e a presença de câmeras funcionam como eficientes vigilantes introjetados” (Goifman, 1999, p. 72).

As câmeras de segurança conseguem imprimir a percepção de que o indivíduo é vigiado e, por via reflexa, condicionam o comportamento. Os guardas também não ficam imunes, pois igualmente são ou, ao menos, podem ser vigiados através das câmeras de vigilância. Justamente em função disso, Kiko Goifman (1999, p. 70) conclui afirmando que “a experiência de síntese de espaço e tempo na perspectiva da economia de vigilância parece ser a renovação do princípio panóptico através da utilização das câmeras de vídeo”.

A vigilância e, sobretudo, a vigilância hierarquizada que é característica do poder disciplinar de Michel Foucault (2014) também se encontra presente no poder disciplinar desenvolvido nas unidades prisionais brasileiras. Aqui, no ápice da pirâmide está situado o responsável pela administração da unidade prisional, no caso, o diretor do presídio; no meio da pirâmide, estão situados os policiais penais e demais servidores que prestam serviços na unidade prisional; e, na base da pirâmide, estão situados os presos, sendo que todos os agentes envolvidos promovem uma vigilância recíproca.

Tal vigilância recíproca é exercida através do contato direto entre os sujeitos, porém a complexidade das unidades prisionais fez com que dispositivos tecnológicos, tais como as câmeras de vigilâncias, os detectores de metais, o *body scan* e as análises ilegais do conteúdo de aparelhos telefônicos apreendidos fossem agregados ao controle. Porém, são as câmeras de segurança que conseguem introduzir a essência do panóptico nas unidades prisionais, porque viabilizam o exercício da vigilância unilateral e imprimem a sensação de que se é constantemente vigiado.

3.2 A sanção normalizadora

Michel Foucault (2014) indica que o segundo instrumento responsável pela eficácia do poder disciplinar seria a sanção normalizadora, que integra um sistema duplo de gratificações e de sanções. Aqueles que respeitam ou desrespeitam as normas administrativas da instituição

em que se encontram inseridos são, respectivamente, condecorados com gratificações ou penalizados com sanções (Foucault, 2014).

Tal sistema duplo – de gratificações e sanções – classifica os indivíduos dicotomicamente entre bons e maus para estimulá-los a apresentar o comportamento que é esperado pelo aparelho disciplinar. Os que foram classificados como maus devem se esforçar para alcançar o *status* de bons e, por sua vez, os classificados como bons devem se esforçar para evitar o estigma de maus. Obviamente, o que se espera é que os indivíduos adotem o comportamento esperado não apenas em razão do estigma propriamente dito, mas para alcançar ou evitar as sanções que são inerentes ao estigma.

Para possibilitar a imposição de uma sanção normalizadora, o poder disciplinar estipula qual é o comportamento esperado e qual é o comportamento proibido, bem como institui um sistema para apurar e impor sanções aos que não atuam em conformidade com as normas disciplinares (Foucault, 2014).

O poder disciplinar ocupa-se da criação de um rol exaustivo de condutas impositivas e proibidas que não têm qualquer importância para o poder disciplinar e que, contraditoriamente, são punidas com as mais diversas sanções. Tal rol impõe ou proíbe a prática de comportamentos que normalmente são indiferentes e permanecem à margem dos demais sistemas de castigo. Sobre a inexpressividade das condutas que são sancionadas pelo poder disciplinar, veja o que afirma Michel Foucault (2014, p. 175):

Na oficina, na escola, no exército, funciona como repressora toda uma micropenalidade do tempo (atrasos, ausências, interrupções das tarefas), da atividade (desatenção, negligência, falta de zelo), da maneira de ser (grosseria, desobediência), dos discursos (tagarelice, insolência), do corpo (atitudes ‘incorretas’, gestos não conformes, sujeira), da sexualidade (imodéstia, indecência). Ao mesmo tempo é utilizada, a título de punição, toda uma série de processos sutis, que vão do castigo físico leve a privações ligeiras e a pequenas humilhações. Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e de dar uma função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar: levando ao extremo, que tudo possa servir para punir a mínima coisa; que cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora.

O poder disciplinar promove a criação de um rol de condutas – normalmente, condutas inexpressivas – que devem ser observadas por aqueles que se encontram inseridos na instituição em que o poder disciplinar atua –, bem como promove a criação de um sistema para realizar o julgamento destas infrações no âmbito da própria instituição disciplinar (Foucault, 2014). Tal sistema deveria operar como uma forma reduzida de tribunal, cujo poder de julgamento necessariamente se concentraria nas mãos daqueles que ocupam os cargos mais altos daquela instituição (Foucault, 2014).

Após o julgamento da conduta, ocorre a aplicação de uma sanção, que tem como objetivo fazer com que os infratores compreendam a falta cometida e que pode ser materializada por meio de uma gama variada de punições. Justamente nesse sentido, Michel Foucault menciona que, na escola cristã idealizada por São João Batista de La Salle, as crianças deveriam ser sancionadas com tudo quanto pudesse lhes humilhar ou confundir, de modo que a punição imposta poderia se materializar através de “uma certa frieza, uma certa indiferença, uma pergunta, uma humilhação, uma destituição, de posto” (La Salle *apud* Foucault, 2014, p. 175). Não obstante, as sanções aplicadas têm a natureza corretiva, de modo que “ao lado das punições copiadas ao modelo judiciário (multas, açoites, masmorra), os sistemas disciplinares privilegiam as punições que são da ordem do exercício – aprendizado intensificado, multiplicado, muitas vezes repetido” (Foucault, 2014, p. 176).

3.2.1 A sanção normalizadora na execução penal brasileira

Os elementos que compõem a sanção normalizadora de Michel Foucault (2014) também se encontram presentes na execução penal brasileira. O poder disciplinar que atua no âmbito na execução penal brasileira supostamente visa fazer com que a pessoa presa colabore com a ordem, obedeça às determinações e desempenhe o trabalho designado. Assim, o poder disciplinar igualmente instituiu um sistema duplo de gratificações e sanções para premiar ou penalizar aqueles cujas condutas estejam, respectivamente, alinhadas ou desalinhadas com os referidos escopos.

Os indivíduos inseridos nas unidades prisionais brasileiras igualmente são apresentados a uma gama de normas que almejam regulamentar até mesmo as manifestações mais espontâneas de seu comportamento, sendo que aqueles que observam tais normas são recompensados e, em contrapartida, aqueles que não observam tais normas são sancionados de acordo com a gravidade da conduta violadora da norma.

Os que apresentam o comportamento esperado, são premiados com recompensas, as quais são materializadas através da concessão de elogios ou de regalias (Brasil, 2024b).¹⁵ Os que não apresentam o comportamento esperado têm suas condutas incursionadas em alguma das múltiplas faltas disciplinares, as quais são classificadas em leves, médias ou graves. As

¹⁵ Art. 55, LEP: As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho (Brasil, 2024b); Art. 56, LEP: São recompensas: I - o elogio; II - a concessão de regalias (Brasil, 2024b);

faltas graves são especificadas pela própria LEP¹⁶ e, por sua vez, as faltas leves e médias são especificadas por legislações editadas pelos próprios entes federados. Portanto, os presos que porventura apresentem um bom ou um mau comportamento são, respectivamente, recompensados ou sancionados, sendo que as recompensas ensejam a concessão de elogios ou de regalias e que, por sua vez, as sanções serão moduladas de acordo com a suposta gravidade da falta praticada.

As faltas disciplinares porventura praticadas no âmbito da execução penal serão apuradas e julgadas através de um sistema reduzido de tribunal. No Estado de Minas Gerais, as normas penitenciárias previstas na LEP são regulamentadas pelo Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP) e, de acordo com o disposto no art. 99 do referido regulamento, tal sistema reduzido de tribunal é designado de Conselho Disciplinar, o qual é composto de, no mínimo, seis membros, a saber: um Presidente, que em regra será o Diretor Geral da Unidade Prisional e excepcionalmente poderá ser algum dos Diretores Setoriais; um Secretário, que poderá ser qualquer servidor qualificado para o exercício da função; um Defensor, que poderá ser um representante da Defensoria Pública, Advogado ou Analista da instituição; três membros votantes, sendo que um deles deverá ser representante da equipe de segurança e dois deles devem ser ligados a Diretoria de Atendimento (Minas Gerais, 2016). O Conselho Disciplinar promove o julgamento e, quando ocorre o reconhecimento da falta comunicada, ocorrerá a imposição de uma sanção que em um primeiro momento terá natureza administrativa e que, todavia, ultrapassará a esfera administrativa caso ocorra o reconhecimento de uma falta de natureza grave.

A depender da gravidade da infração disciplinar cometida, o indivíduo pode ser administrativamente sancionado, nos termos do art. 53 da LEP e do art. 651 do ReNP com “advertência verbal”, “repreensão”; “suspensão ou restrição de direitos”; “isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo”; e “inclusão no regime disciplinar diferenciado” (Brasil, 2024b; Minas Gerais, 2016). Porém, em se tratando de infração disciplinar de natureza grave, a sanção imposta necessariamente ultrapassará a esfera administrativa e repercutirá no próprio processo execução penal, porquanto impedirá o usufruto ou promoverá a revogação de direitos adquiridos que aumentarão o tempo do indivíduo no cárcere.

¹⁶ Art. 49, LEP: As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções (Brasil, 2024b).

3.2.2 *Condutas sancionadas na execução penal brasileira*

O art. 49, da LEP prevê que as faltas de natureza leves e médias serão especificadas pela legislação local (Brasil, 2024b). No Estado de Minas Gerais, as faltas leves e médias encontram-se previstas, respectivamente, nos arts. 640 e 641, do ReNP (Minas Gerais, 2016).¹⁷

Por sua vez, o art. 50 da LEP (Brasil, 2024b) estabelece que o indivíduo condenado à pena privativa de liberdade comete falta grave quando: i) incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; ii) fugir; iii) possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; iv) provocar acidente de trabalho; v) descumprir, no regime aberto, as condições impostas; vi) inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da LEP; vii) tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; viii) recusar

¹⁷ Art. 640, ReNP: São consideradas faltas disciplinares leves as seguintes:

- I - utilizar bem material, ferramenta ou utensílio da Unidade Prisional sem a devida autorização;
- II - transitar pelas dependências da Unidade Prisional desobedecendo às normas estabelecidas;
- III - retirar a atenção de outros presos, propositadamente, durante estudo ou quaisquer outras atividades;
- IV - descuidar da higiene pessoal;
- V - estar indevidamente trajado; e
- VI - estender, lavar ou secar roupa em local não permitido (Minas Gerais, 2016).

Art. 641, ReNP: São consideradas faltas disciplinares médias as seguintes:

- I - praticar ato constitutivo de crime culposo ou contravenção penal;
- II - descumprir as normas do Sistema Prisional ou as normas internas da Unidade Prisional, devidamente homologadas pela Subsecretaria de Administração Prisional, desde que tenha sido dado prévio conhecimento ao preso;
- III - impedir, retardar, deixar de praticar ou praticar indevidamente qualquer procedimento;
- IV - receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da Unidade Prisional, objetos ou instrumentos que, embora inofensivos, assemelhem-se em aparência a objetos ou instrumentos que possam ofender a integridade física de outrem ou atentar contra a segurança da Unidade Prisional;
- V - utilizar meios escusos para envio de correspondência;
- VI - manter comunicação proibida, quando no cumprimento de sanção disciplinar;
- VII - fabricar, portar, possuir, ingerir ou fornecer bebida alcoólica ou qualquer tipo de substâncias entorpecentes que não configure drogas ilícitas;
- VIII - utilizar medicamento não prescrito ou, quando prescrito, de forma indevida;
- IX - ter consigo, guardar ou entregar qualquer quantia em dinheiro;
- X - comercializar, dentro da Unidade Prisional, qualquer tipo de material ou objeto;
- XI - entregar ou receber objeto de qualquer natureza sem a devida autorização;
- XII - trocar, entrar ou permanecer em outra cela sem autorização;
- XIII - simular doença ou estado de precariedade física para obter algum tipo de vantagem;
- XIV - reter ou permitir a permanência de visita além do horário fixado;
- XV - descuidar da higiene das dependências da Unidade Prisional ou jogar no pátio, no corredor, na cela ou no alojamento objetos ou substâncias de qualquer natureza;
- XVI - descumprir, em regime semiaberto, bem como no gozo de benefício de trabalho externo e saída temporária, as condições prescritas e as normas impostas;
- XVII - desobedecer à prescrição médica ou recusar o tratamento necessário quando houver risco de morte, perigo de contágio ou qualquer risco à saúde dos demais presos e servidores da Unidade Prisional, desde que não constitua crime doloso;
- XVIII - Deixar de usar o uniforme; e
- XIX - Nos casos de monitoração eletrônica, descumprir as instruções contidas no documento de acolhida no ato da admissão (Minas Gerais, 2016).

submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. Já o art. 52 da LEP (Brasil, 2024b), estabelece que a prática de fato previsto como crime doloso igualmente constitui falta grave. Portanto, a LEP prevê, ao todo, nove hipóteses de falta grave, as quais – com exceção da recusa em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético que apenas passou a configurar falta grave a partir da vigência da Lei nº 13.964/2019 – são integralmente reproduzidas pelo art. 642, do ReNP (Brasil, 2019a; Minas Gerais, 2016).

No âmbito da execução penal brasileira, a sanção normalizadora litiga em torno das faltas de natureza leve, média e grave. Conforme destaca Douglas Maranhão (2023, p. 84), as “faltas médias e leves permitem o distanciamento de um bom comportamento carcerário a depender do que for entendido durante a análise do requisito subjetivo para a concessão de algum benefício”. Assim, a depender do que se considera como bom comportamento, as faltas de natureza leves e médias podem ou não prejudicar o processo de execução penal.

Por outro lado, as faltas de natureza grave necessariamente ultrapassarão a esfera administrativa e prejudicarão o processo de execução penal ensejando: a revogação da autorização para o trabalho externo (art. 37, parágrafo único, LEP; Brasil, 2024b); a revogação de requisitos mais benéficos para a progressão de regime de mulheres (art. 112, §4º, LEP; Brasil, 2024b); a interrupção do prazo para a progressão de regime: (art. 112, §6º, LEP; Brasil, 2024b); a regressão com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, sendo que tal regressão poderá ocorrer em saltos (art. 118, I, LEP; Brasil, 2024b); a revogação da saída temporária (art. 125, I, LEP; Brasil, 2024b); a revogação de até 1/3 do tempo remido (art. 127, LEP; Brasil, 2024b); a revogação da monitoração eletrônica (art. 146-D, LEP; Brasil, 2024b); e a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade (art. 181, §1º, ‘d’, LEP; Brasil, 2024b).

O reconhecimento de uma falta grave é sensorialmente percebido pelos presos com a negativa de concessão ou a revogação de direitos adquiridos que inevitavelmente acarretam o acréscimo do tempo do indivíduo no cárcere. O reconhecimento de uma falta grave é extremamente nocivo para o processo de execução em andamento e, conforme demonstrar-se-á de forma pormenorizada a seguir, as dinâmicas adjacentes a tal reconhecimento não observam as máximas instituídas pelos princípios e institutos criados pelo direito penal com a finalidade de limitar o poder punitivo.

3.2.2.1 Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina

A primeira falta de natureza grave encontra-se prevista no art. 50, I, da LEP, o qual preceitua que comete falta grave aquele que “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina” (Brasil, 2024b). Portanto, aquele que porventura incite ou participe de ato destinado a subverter a ordem ou a disciplina comete falta de natureza grave. No caso, a incitação ou a participação não pode ser irrefletida, pois o agente deve estar imbuído pelo propósito de promover a subversão da ordem ou da disciplina.

A redação do dispositivo é alicerçada em dois elementos que, quando analisados a partir da teoria do crime, podem ser classificados como valorativos, sendo que tais elementos são assim classificados porque “não podem ser percebidos somente pelos órgãos do sentido, mas sim compreendidos a partir da atribuição de um signo ao que está descrito no tipo” (Brandão, 2019, p. 130). No caso, os elementos valorativos previstos no dispositivo são a ordem e a disciplina, pois a definição do que deve ser entendido como ordem e a definição do que deve ser entendido como disciplina dependerá da realização de um juízo de valor que variará conforme a análise de cada intérprete. Em função da subjetividade inerente à interpretação dos termos ordem e disciplina, as críticas dirigidas ao dispositivo giram em torno da imprecisão e da conseqüente amplitude semântica que pode ser atribuída a ambos os elementos.

Nesses termos, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 221) afirma que o “dispositivo padece de clara indeterminação conceitual jurídica”, sobretudo porque “enquanto a definição de ordem é definida conforme os interesses e necessidades da gestão prisional, o discurso da disciplina é alheio ao da lei e da regra enquanto efeito da vontade soberana”. Diante da indeterminação do que configura um ato de subversão da ordem ou da disciplina, uma gama distinta de condutas é considerada para fins de reconhecimento de tal hipótese de falta grave.

Justamente nesse sentido, Andrei Zenkner Schmid (2002), há mais de duas décadas, promoveu uma incursão na execução penal do Rio Grande do Sul e, na ocasião, constatou que uma gama extremamente díspar de condutas era igualmente utilizada para configurar a falta grave prevista no art. 50, I, da LEP.

Na ocasião, Schmid (2002) constatou que indivíduos que fizeram greve de fome com a finalidade de protestar contra o indeferimento de requerimentos e a morosidade do poder judiciário foram incursionados no art. 50, I, da LEP. Porém, a realização de greve de fome não poderia configurar tal hipótese de falta grave porque o único lesado em tais situações é o próprio indivíduo, de modo que “se, durante o período em que se colocar voluntariamente nessas

situações, não vier ele a causar qualquer ofensa concreta a terceiros, não se pode afirmar que tal conduta seja, por si só, falta grave” (Schmid, 2002, p. 38).

Na ocasião, Schmid (2002) igualmente constatou que um outro indivíduo que recusou a cortar o cabelo foi incursionado no art. 50, I, da LEP. Porém, a recusa de cortar o cabelo não poderia configurar tal hipótese de falta grave porque deve ser garantido ao preso o direito de preservar a sua autonomia, ainda que a administração alegue que o corte é necessário para evitar o ingresso de objetos indevidos dentro do sistema prisional ou para garantir a higiene do estabelecimento prisional. Conforme destaca Schmidt (2002), obrigar alguém a cortar o cabelo com base em tais argumentos faria com que todas as mulheres necessariamente tivessem seus respectivos cabelos cortados e, como se não bastasse, faria com que outras cavidades corpóreas através das quais se pode introduzir substâncias entorpecentes ilícitas e armas tivessem que ser suturadas, tal como ocorria com a sutura do ânus na época da Santa Inquisição.

Por fim, Schmid (2002) constatou que um outro indivíduo que se apresentou no presídio com sinais de embriaguez foi incursionado no art. 50, I, da LEP. Porém, “se o Estado não proíbe o consumo de bebidas alcoólicas no meio social, não pode esse mesmo Estado [...] reprimir a conduta daquele que ingere tal substância” (Schmid, 2002, p. 116).

Este mesmo fenômeno identificado por Schmid na execução gaúcha há mais de duas décadas pode igualmente ser identificado na execução mineira. Ao se fazer uma pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), por exemplo, é possível encontrar julgados discutindo se condutas extremamente díspares – tais como estender lençóis no pátio (Minas Gerais, AgExPe nº 1.0024.17.026301-6/001, 2023a); e a recusa em abaixar o volume do televisor (Minas Gerais, AgExPe nº 1.0693.17.003164-7/002, 2023b) – configurariam ou não tal hipótese de falta grave. No âmbito da execução penal mineira, as referidas condutas – de estender um lençol em um local inadequado e a recusa de abaixar a televisão – são condutas que poderiam, quando muito, configurar, respectivamente, faltas de natureza leve e média, pois o art. 640, VI, do ReNP prevê que a conduta de “estender [...] roupa em local não permitido” configura falta de natureza leve e, por sua vez, o art. 641, II, do ReNP prevê que o descumprimento de normas internas da Unidade Prisional configura falta de natureza média, sendo que os horários de utilização dos aparelhos televisores devem ser regulamentadas por normas internas da Unidade Prisional e, caso não sejam, não podem configurar qualquer hipótese de falta disciplinar (Minas Gerais, 2016).

Nem mesmo os Tribunais Superiores conseguem pacificar as reiteradas controvérsias que surgem acerca desta hipótese de falta grave. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou no sentido de que o mero envolvimento em luta corporal não tem o condão de abalar

a ordem e a disciplina e não caracteriza falta grave quando versa sobre um episódio único e isolado (Brasil, HC 51.102/RS, 2006). Na contramão de tal entendimento, o TJMG entendeu que a luta corporal envolvendo apenas duas apenadas e motivada por desavenças acerca da limpeza de cela partilhada por ambas teria violado a ordem e a disciplina, configurando esta hipótese de falta grave (Minas Gerais, AgExPe nº 1.0000.21.253122-2/001, 2022).

Inúmeros fatos que não têm o condão de abalar a ordem e a disciplina são indistintamente sancionados. Conforme conclui Schmidt (2002, p. 115), “a amplitude da expressão ‘subverter a ordem ou a disciplina’ é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via da argumentação, ser considerado falta grave”. Como resultado, já conforme destacado por Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 222), “a punição passa a depender exclusivamente do arbítrio da autoridade penitenciária, pois a ela compete interpretar quais fatos desestabilizam ou não a ordem e disciplina carcerárias, em manifesta insegurança jurídica”.

O princípio da legalidade é o que fundamenta a dogmática penal contemporânea, sendo que dentro do rol das máximas que decorrem diretamente de tal princípio está, também, a máxima do *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. De tal máxima surge a exigência da taxatividade, a qual “tem por escopo evitar que o princípio da legalidade fique esvaziado em face de leis penais que não definem a matéria da proibição, delimitando e individualizando a conduta proibida” (Brandão, 2014, p. 151). Tal máxima impõe ao legislador a obrigação de criar tipos penais os mais precisos possíveis, sendo que tal obrigação também deveria nortear a criação de condutas que configuram faltas graves na medida em que tais condutas igualmente restringem a liberdade do indivíduo.

Por outro lado, é igualmente importante considerar que os estabelecimentos prisionais configuram espaços de exceção incompatíveis com a ordem e a disciplina, de modo que a pessoa presa, por ser compulsoriamente inserida em um ambiente caótico, não pode ser sancionada caso venha a responder a este caos com a prática de atos desordenados ou indisciplinados. Os corpos tendem a permanecer em repouso ou em movimento, a menos que este estado venha a ser modificado com a imposição de uma força externa. Transplantando a lei da inércia da ciência natural para a ciência social, sobretudo para o universo prisional, extrai-se que a pessoa presa continuará a apresentar um comportamento incompatível com a ordem e a disciplina porque o meio em que está inserida atua sobre o seu corpo com forças incompatíveis com a ordem e a disciplina, sendo que este estado apenas poderá ser alterado caso o meio em que está inserida passe a atuar sobre o seu corpo com uma força distinta.

A definição da falta grave prevista no art. 50, I, da LEP viola as orientações emanadas pelo princípio da legalidade, notadamente a orientação de que as condutas eventualmente tipificadas devem ser precisas para evitar que o manejo argumentativo seja utilizado para diminuir o âmbito de liberdade do agente. Ademais, possibilita que as pessoas presas sejam punidas justamente por agirem em conformidade com o meio desordenado e indisciplinado em que são compulsoriamente inseridas.

Portanto – por não definir com precisão qual é a conduta passível de punição e conceder discricionariedade ao intérprete; por sancionar o indivíduo que se comporta de acordo com o meio em que está inserido –, a conduta de “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”, prevista no art. 50, I, da LEP (Brasil, 2024b), não se encontra em consonância com os filtros desenvolvidos com a finalidade de limitar o poder punitivo.

3.2.2.2 Fugir

A segunda falta de natureza grave encontra-se prevista no art. 50, II, da LEP, o qual preceitua que comete falta grave aquele que fugir (Brasil, 2024b). O referido dispositivo poderia, quando muito, sancionar apenas a fuga propriamente dita que porventura viesse a ser praticada sem violência ou grave ameaça, pois a fuga praticada com violência contra a pessoa configura o crime previsto no art. 352, do CP (Brasil, 2024c)¹⁸ e, por sua vez, a prática de crime doloso configura uma outra hipótese de falta grave, no caso, a hipótese de falta grave prevista no art. 52, da LEP (Brasil, 2024b).¹⁹

Rodrigo Duque Estrada (2018, p. 226) explica que a fuga propriamente dita “consiste na evasão, sem a pretensão de retorno e interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente”, bem como ressalta que a fuga não pode ser confundida com o atraso ou com o retorno espontâneo. O atraso é “o retorno intempestivo, ao estabelecimento, do preso beneficiado com alguns dos direitos da execução (saída temporária, autorização de saída, trabalho extramuros etc.), sem a ocorrência de maiores implicações e dentro de um prazo razoável” (Roig, 2018, p. 225). Por sua vez, o retorno espontâneo “é o regresso voluntário do preso ao estabelecimento, após expressivo decurso de tempo” (Roig, 2018, p. 225). Embora a fuga não possa ser

¹⁸ Art. 352, CP: Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência (Brasil, 2024c).

¹⁹ Art. 52, LEP: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave [...] (Brasil, 2024b).

confundida com o atraso ou com o retorno espontâneo, ambas as hipóteses normalmente são consideradas para fins de reconhecimento desta modalidade de falta grave.

Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018), em aplicação analógica do previsto nos arts. 16 e 65, III, “b”, do Código Penal (Brasil, 2024c) – que, respectivamente, preveem uma causa de diminuição de pena em virtude do arrependimento posterior²⁰ e uma atenuante genérica reconhecida em favor daquele que evita ou minora as consequências do crime ou repara os danos causados²¹ –, o atraso e o retorno espontâneo não podem ensejar o reconhecimento de falta grave e, podem configurar infrações disciplinares mais brandas quando normativamente previstas ou, na ausência de previsão normativa, ensejar o reconhecimento da atipicidade da conduta. Porém, o autor reconhece que este entendimento não é uníssono, conforme depreende-se do seguinte trecho a seguir transcrito:

Sobre esta questão, há por um lado posição de que o fato de haver retornado ao presídio, espontaneamente, não desconstitui a falta grave cometida pelo sentenciado, afigurando-se irrelevante tal iniciativa (HC 37236/SP, 5ª T.j. 6-12-2004). Há, por outro lado, pronunciamentos judiciais no sentido de que ‘a circunstância de não ter se apresentado, no horário aprazado, com retorno espontâneo no dia seguinte da sua evasão, não caracteriza a falta como sendo grave, a tal ponto de ensejar todos os efeitos negativos previstos na LEP’ (TJ/RJ, Agravo em Execução 0041720-25.2012.8.19.0000, 8ª C. Crim., j. 21-11-2012) e de que ‘o retorno espontâneo do foragido três dias após não permite o reconhecimento da falta grave, principalmente quando ausentes consequências do ato indisciplinar’ (STJ, REsp 1052342/RS, 5ª T., j. 18-8-2009).

Parecem acertados esses pronunciamentos, sobretudo quando o atraso no retorno não é significativo. Nesses casos, deve ser realizada a analogia aos arts. 16 e 65, III, b, do Código Penal. [...] Ambos os dispositivos conferem tratamento penal mais brando ao agente que voluntariamente repara ou minora as consequências de seu ato. Não se mostra razoável permitir tal benefício em âmbito penal e refutá-lo em sede penitenciária. (Roig, 2018, 225-226).

Por outro lado, Salo de Carvalho (2003) defende que nem mesmo a modalidade de fuga propriamente dita mais grave – no caso, a praticada mediante violência contra a pessoa tipificada no art. 352, do CP (Brasil, 2024c) – deveria ser considerada como crime, de modo que a modalidade de fuga menos gravosa – no caso, a praticada sem violência ou grave ameaça prevista como falta grave no art. 50, II, LEP (2024b) – igualmente não poderia trazer quaisquer implicações para a pessoa presa. Salo de Carvalho (2003, p. 257), concebe “as fugas, rebeliões e motins como uma das poucas ações possíveis, no universo prisional, para manifestação e

²⁰ Art. 16, CP: Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços (Brasil, 2024c).

²¹ Art. 65, CP: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III - ter o agente: [...] b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (Brasil, 2024c).

publicização das reivindicações em virtude da obstaculização fomentada pelos mecanismos de (re)produção do poder” e, conseqüentemente, classifica “tais atos como formas de exercício de direitos”. Justamente em função disso, o autor defende que as condutas praticadas durante o exercício do direito de resistência devem ser justificadas como uma causa supralegal de exclusão da ilicitude. Nas palavras do próprio Salo de Carvalho (2003, p. 255-256):

Em harmonia com os caminhos sugeridos pela teoria crítica do direito, entende-se que a forma de justificar as condutas da massa carcerária contra a situação de violência constante a que estão submetidas é a exclusão da ilicitude do ato em face da recepção do direito de resistência como causa supralegal.

Portanto, para Salo de Carvalho (2003), as fugas integram um rol bem reduzido de condutas passíveis de serem praticadas no universo prisional com a finalidade de externar as reivindicações das pessoas presas e não podem ser sancionadas porque o direito de resistência configuraria uma causa supralegal de exclusão da ilicitude.

É preciso considerar, ainda, que análise dos julgamentos prolatados pelo TJMG revelam três dados que igualmente afastam a pretensão de legitimação desta modalidade de falta grave, quais sejam: primeiro, esta modalidade de falta grave é comumente reconhecida em desfavor daqueles que têm algum tipo de contato com o meio externo e, conseqüentemente, reintroduz de forma totalitária no ambiente carcerário aquele indivíduo que já estava retomando a sua vida em liberdade e, muitas das vezes, sem sequer considerar as justificativas apresentadas para violar as restrições impostas; segundo, situações controversas – tais como o fato do indivíduo ser encontrado em uma cela distinta de sua cela – são apresentadas para configurar esta modalidade de falta grave; terceiro, as pessoas presas que efetivamente estavam inseridos em um estabelecimento prisional e que são acusadas da prática desta modalidade de falta grave geralmente não conseguem consumir a sua fuga e são rapidamente encontradas, porém, como o art. 49, parágrafo único, da LEP não faz qualquer distinção acerca das faltas consumadas ou tentadas (Brasil, 2024b), tais pessoas são indistintamente sancionadas como se a fuga houvesse sido consumada.

Tais conclusões foram alcançadas a partir da análise de 36 (trinta e seis) espelhos de acórdãos que atenderam aos critérios de pesquisa indicados pelos termos “falta grave” e “fugir” no site do TJMG,²² sendo que, dentre os espelhos de acórdãos encontrados: 19 (dezenove) analisavam se indivíduos que tinham algum tipo de contato com o meio externo – em gozo de direitos do semiaberto ou, até mesmo, do regime aberto ou do livramento condicional –

²² Os Acórdãos que foram selecionados através dos parâmetros de pesquisa empregados encontram-se listados no Anexo I (Minas Gerais, 2024a).

deveriam ser apenados com a falta grave prevista no art. 50, I, da LEP (Brasil, 2024b); 14 (quatorze) analisavam se indivíduos que efetivamente estavam presos deveriam ser apenados com a falta grave prevista no art. 50, I, da LEP (Brasil, 2024b), sendo que nestes acórdãos é possível encontrar situações altamente contestáveis que configuram a falta grave – tais como as trocas de celas – e tentativas que, em analogia ao *iter criminis*, ficaram restritas à fase da preparação; 03 (três) versavam sobre matérias alheias a problemática ora em questão ou que cuja redação não permitia a correta individualização do caso.

O referido cenário igualmente pode ser encontrado no âmbito da execução penal carioca. Juliana Sanches Ramos (2023, p. 108) analisou uma série de comunicações de faltas graves com as quais teve contato quando atuava na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e, durante o período pesquisado, não localizou qualquer comunicação “que configurasse fuga propriamente dita de dentro da unidade prisional para a rua”. Ademais, Juliana Sanches Ramos (2023, p. 108) identificou que os comunicados noticiaram, sobretudo, dois tipos de comunicações, quais sejam: “a) preso que estava fora do local devido em atitude suspeita de possível tentativa de fuga; e b) evasão durante o gozo do benefício de VPL”, isto é, em visita periódica ao lar, nomenclatura dada a praxis penitenciária carioca ao instituto de saída temporária.

Em razão da fuga ser reconhecida sobretudo em desfavor daqueles que têm algum tipo de contato com o meio externo, é possível concluir que esta modalidade de falta grave é um mecanismo que corrobora com a política de extermínio da pessoa presa, pois, através dela, aqueles poucos indivíduos que conseguem sair do cárcere antes de estarem completamente deteriorados ou mortos são novamente cooptados pelo sistema prisional. O cárcere não foi concebido para ressocializar, mas para exterminar ou deteriorar aqueles que lá ingressam. Do cárcere nunca se sai uma pessoa melhor, mas apenas morto ou completamente deteriorado. Portanto, se alguém porventura consegue sair antes de estar morto ou deteriorado, o sistema prisional prontamente encontra mecanismos para garantir que esta pessoa possa ser reintroduzida no cárcere para que o escopo possa ser efetivamente alcançado.

Assim – considerando que o fugir não poderia ser considerado crime e que, por via reflexa, igualmente não poderia ser considerado uma infração administrativa; considerando, ainda, que a previsão do fugir como hipótese de falta grave corrobora com a política de extermínio da pessoa presa – constata-se que a falta prevista no art. 50, II, da LEP (Brasil, 2024b) igualmente não se encontra em consonância com os filtros desenvolvidos com a finalidade de limitar o poder punitivo.

3.3.2.3 Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem

A terceira infração administrativa de natureza grave encontra-se prevista no art. 50, III, da LEP, o qual preceitua que comete falta grave aquele que “possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem” (Brasil, 2024b).

A redação do referido dispositivo também se encontra estruturada em um elemento cuja constatação depende da realização de um juízo de valor por parte do intérprete, sendo que este elemento é o termo instrumento. O dispositivo, portanto, viola o princípio da legalidade – notadamente da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* –, pois sua redação não é taxativa e concede discricionariedade ao intérprete que efetua o juízo de subsunção da norma ao caso concreto. Diante deste cenário, as principais críticas tecidas em face da falta grave prevista no art. 50, III, da LEP (Brasil, 2024b) igualmente giram em torno da imprecisão e da consequente amplitude semântica que pode ser atribuída ao termo instrumento potencialmente capaz de ofender a integridade física de outrem.

Os elementos valorativos concedem discricionariedade a quem vai julgar e obstaculizam o exercício do contraditório e da ampla defesa, porque aquele que irá julgar interpretará tais termos de acordo com suas próprias convicções e, conseqüentemente, a interpretação realizada dificilmente poderá ser afastada.

Especificamente sobre a falta grave prevista no art. 50, III, da LEP (Brasil, 2024b), Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 230) assevera que o termo instrumento “permite infundáveis interpretações, sejam ampliativas ou restritivas, dando margem a decisões totalmente antagônicas em face da apreensão de objetos da mesma natureza”. Conseqüentemente, prossegue o autor, “o caráter lícito ou ilícito de determinado instrumento [...] oscilará substancialmente segundo a autoridade julgadora e [...] dependerá exclusivamente de um juízo utilitário de oportunidade, punindo-se ‘quando necessário’ ou absolvendo-se ‘quando conveniente’ ” (Roig, 2018. p. 230).

Alguns objetos, que em um primeiro momento não foram desenvolvidos para aumentar a potencialidade lesiva de alguém sobre outro alguém, podem ser subsumidos na definição de instrumento com idoneidade para ofender a integridade física de outro alguém. Nesse sentido: uma escova de dente de madeira pode ter a sua ponta afinada até se tornar pontiaguda e apta a perfurar alguém; isqueiros podem servir de suporte para objetos pontiagudos e facilitar o manejo de tais objetos como se uma faca fossem; um pedaço do cano que se solta pode virar um porrete; uma camisa pode ser utilizada como um instrumento de enforcamento. Em um ambiente marcado pela violência, absolutamente qualquer objeto tem potencialidade para virar

uma arma e, conseqüentemente, qualquer objeto pode justificar o reconhecimento desta modalidade de falta grave.

Outra crítica que precisa ser tecida, é que o art. 50, III, da LEP (Brasil, 2024b) pune a simples posse do instrumento que é capaz de ofender a integridade física de outrem, de modo que não é preciso comprovar que o instrumento seria efetivamente utilizado para ofender a integridade física de alguém. Em função disso, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 230) defende que a “falta disciplinar [...] carece de objetividade por fundar-se em mera suspeita de que o instrumento possa vir a ser utilizado para lesionar outrem, mesmo que não haja a devida comprovação neste sentido”.

O dispositivo pune atos preparatórios que não causaram qualquer ofensa a um bem juridicamente tutelado pelo direito penal e que, tampouco, trouxeram qualquer abalo à abstrata ordem ou disciplina da unidade prisional. Sabe-se que o direito penal, em algumas ocasiões, efetivamente opta por criminalizar determinadas condutas de forma antecipada por presumir que elas, por si só, já colocam em perigo um bem jurídico passível de proteção no âmbito penal. É o caso, por exemplo, do crime de posse de arma de fogo de uso permitido e proibido, previstos, respectivamente, nos arts. 12 e 16, da Lei nº 10.826/03 (Brasil, 2019b). Porém, tal prática não pode automaticamente ser transplantada para a execução penal porque, conforme mencionado, as pessoas presas não são comumente encontradas sob a posse de armas de fogo, mas de objetos que, em um primeiro momento, não possuem a capacidade de ofender a integridade de outrem.

Por fim, registra-se que os instrumentos com habilidade para ofender a integridade física de outrem são produzidos ou ingressam na unidade com a conivência de policiais penais e, até mesmo, de diretores das unidades prisionais. Parte de tais instrumentos são produzidos pelos presos a partir de materiais existentes na própria unidade, sendo que o preso apenas poderá ter acesso a estes materiais caso os policiais penais ou diretores concedam o acesso a estes objetos ou, ao menos, sejam negligentes ao desenvolver os mecanismos necessários para vedar o acesso a tais objetos. Outra parte de tais instrumentos ingressam na unidade através de terceiros – que trabalham na própria unidade ou que tenham algum tipo de relação com a pessoa presa, tais como amigos e familiares –, sendo que, em todo caso, a entrada de tais instrumentos igualmente apenas se dará caso os policiais penais ou diretores permitam ou, ao menos, sejam negligentes para com o desempenho de suas funções. De todo modo, independentemente de o instrumento ter sido produzido ou ingressado posteriormente na unidade, o encontro de qualquer instrumento considerado para subsidiar o reconhecimento de uma falta grave em face do

apenado igualmente deveria ser utilizado para apurar a responsabilidade administrativa e penal dos agentes públicos envolvidos, o que não ocorre.

A falta grave prevista no art. 50, III, da LEP (Brasil, 2024b) – no caso, “possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem” – viola as orientações emanadas pelo princípio da legalidade, bem como possibilita que a pessoa presa seja eleita como bode expiatório para carregar a culpa das práticas corruptas existentes nos estabelecimentos prisionais. Portanto – quer seja por violar taxatividade, quer seja por fomentar a práticas de corrupções existentes nas unidades prisionais –, a conduta prevista no art. 50, III, da LEP (Brasil, 2024b) permanece à margem dos instrumentos de limitação do poder punitivo.

3.2.2.4 Provocar acidente de trabalho

A quarta infração administrativa de natureza grave encontra-se prevista no art. 50, IV, da LEP, o qual preceitua que comete falta grave aquele que “provocar acidente de trabalho” (Brasil, 2024b).

O dispositivo não esclarece se a conduta que provoca o acidente de trabalho deve ser cometida com dolo ou culpa, porém Andrei Zenkner Schmidt (2007, p. 256) assinala que “um ‘acidente’ de trabalho, pela simples acepção semântica da palavra, dá a entender um dano involuntário causado pelo preso”. Porém, um dano culposo não pode ser utilizado para configurar uma falta grave em função de dois motivos distintos, sendo que o primeiro motivo advém dos instrumentos de limitação do próprio direito penal e que, por sua vez, o segundo motivo advém da interpretação dos próprios dispositivos que definem as faltas graves praticadas no âmbito da execução penal.

Sobre o primeiro motivo, registra-se que o dano culposo não é punido na esfera do Direito Penal e – considerando que o poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal deve ser limitado pelos mesmos princípios limitadores do próprio Direito Penal na medida em que igualmente repercute no âmbito da liberdade do indivíduo – o dano culposo igualmente não poderia ser sancionado na esfera disciplinar.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 231) parte de pressupostos distintos, porém alcança a mesma conclusão por defender que “diante da omissão legal e por força do princípio favor rei, a Lei de Execução Penal deve seguir fielmente o modelo trazido pelo Código Penal, [pois] ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (art. 18, CP)”.

Já sobre o segundo motivo, registra-se que o art. 52 da LEP (Brasil, 2024b) afirma que apenas a prática de um crime doloso pode acarretar a falta grave, de modo que o dano culposo não pode ser considerado para configurar uma falta grave ainda que venha a ofender outros bens jurídicos mais expressivos, tal como ocorre quando o dano culposo acarreta uma lesão corporal ou, até mesmo, a morte.

Diante das limitações advindas do direito penal – no caso, que o crime culposo não se presume e deve ser expressamente previsto –, bem como das limitações advindas da interpretação dos dispositivos que definem as faltas graves na execução penal – no caso, que apenas crimes dolosos poderiam ensejar o reconhecimento de uma falta grave –, constata-se que o dano culposo não pode ser punido no âmbito disciplinar e, conforme destaca Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 232), apenas poderia ser sancionado no âmbito civil:

[...] a provocação culposa do sinistro não pode representar nada além do que um ilícito civil, cuja punição limita-se à reparação patrimonial dos danos causados, tendo em vista que não se pune penalmente (nem se deve punir disciplinarmente) o dano culposo. Ainda que o acidente culposo provoque lesão corporal ou morte, tal conduta não pode configurar falta grave, por força do princípio da legalidade, considerando que a primeira parte do art. 52 da LEP indica como falta grave apenas a prática de fato previsto como crime doloso, não culposo.

Aquele que causa um determinado acidente de trabalho poderia ser sancionado apenas se viesse a agir com dolo, porém, conforme assinalado por Andrei Zenkner Schmidt (2007), a redação do dispositivo utiliza o termo acidente, sendo que tal termo remete a algo involuntário e é incompatível com a noção de dolo. Caso desejasse sancionar as condutas que dolosamente violam bens jurídicos durante a execução de um trabalho porventura designado, o legislador deveria ter suprimido a palavra acidente do dispositivo, o que até então não ocorreu.

A redação da falta grave prevista no art. 50, IV, da LEP (Brasil, 2024b) não deixa dúvidas de que o acidente de trabalho que se pretende sancionar é aquele decorrente de culpa. Ou seja, deve ser resultante de uma conduta que não observou o dever objetivo de cuidado — portanto, negligente, imprudente ou imperita — e que acarretou um dano cujo resultado lesivo era previsível. No entanto, considerando que condutas culposas não podem ser sancionadas no âmbito da execução penal, constata-se que a hipótese prevista no art. 50, IV, da LEP (Brasil, 2024b) – no caso, a hipótese de “provocar acidente de trabalho” – igualmente não possui legitimidade para configurar uma falta de natureza grave.

3.2.2.5 Descumprir, no regime aberto, as condições impostas

A quinta infração administrativa de natureza grave encontra-se prevista no art. 50, V, da LEP, o qual preceitua que comete falta grave aquele que “descumprir, no regime aberto, as condições impostas” (Brasil, 2024b).

O julgador possui discricionariedade para impor as condições do regime aberto, porém o art. 115 da LEP apresenta um rol genérico de condições que necessariamente serão impostas, sendo que neste rol estão incluídas as obrigações de: permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado (Brasil, 2024b).

Nos aparelhos disciplinares analisados por Michel Foucault (2014, p. 139), a vigilância era exercida em um espaço fechado, sendo que, a partir de tal análise, o autor concluiu que “a disciplina às vezes exige a cerca, a especificação de um local heterogêneo a todos os outros e fechado em si mesmo”. Porém, a imposição das obrigações previstas no art. 115 da LEP (Brasil, 2024b) estende a vigilância que deveria ser exercida apenas em um espaço fechado para além dos muros da prisão, demonstrando que o Estado cria mecanismos para perpetuar o controle dos corpos daqueles indivíduos que porventura conseguem sair dos muros de suas respectivas unidades prisionais. Essa hipótese de falta grave, portanto, promove a interação dos mecanismos típicos do poder disciplinar de Michel Foucault (2014) e do controle de Gilles Deleuze (2010).

Quando o indivíduo ainda se encontra cumprindo pena e tem contatos pontuais com o meio externo, esse controle ocorre por meio da imposição de uma série de obrigações que supostamente têm o objetivo de certificar que ele foi ressocializado e está pronto para ser colocado em liberdade. Quando o indivíduo finalmente encerra o cumprimento de sua pena, esse controle ocorre por meio de programas sociais, como o Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional (PrEsp), que, com o pretexto de prestar assistência, conseguem mapear as atividades desenvolvidas pelos egressos. Tanto por meio da imposição de obrigações, quanto por meio do fomento de programas sociais similares ao PrEsp, o Estado visa manter a vigilância e o controle dos corpos daqueles que foram selecionados pelo sistema penal.

As obrigações previstas no art. 115 da LEP (2024b) têm o objetivo de perpetuar o controle dos corpos daqueles indivíduos selecionados pelo sistema penal e, além de intervir na esfera de autonomia privada daqueles que deveriam voltar a gerenciar suas respectivas vidas, tratam de obrigações que muito provavelmente serão violadas. Quem que após passar anos

recluso em uma unidade prisional conseguirá mecanicamente ir e retornar para o trabalho sem se desviar para qualquer outro lugar? Quem que após passar anos recluso em uma unidade prisional conseguirá continuar recluso em uma Casa de Albergado ou em seu próprio domicílio sem, por exemplo, sair para visitar amigos e familiares que há algum tempo não vê? As obrigações impostas não são razoáveis nem mesmo para aqueles que nunca foram cerceados de suas respectivas liberdades.

Para além disso, é preciso salientar que a fiscalização do cumprimento de tais obrigações é comumente designada aos policiais militares, os quais possuem uma relação intrínseca de rivalidade com os indivíduos que são selecionados pelo poder punitivo.

Conforme explica Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 138), “as agências militarizadas são integradas por pessoas recrutadas dos segmentos carentes da população, isto é, dos mesmos setores nos quais se produzem [...] a criminalização”. Não obstante, os policiais são vistos pelas demais pessoas que compõem esses segmentos carentes da população com desconfiança, pois eles são submetidos a práticas corruptas quando ingressam nas instituições militares e, conseqüentemente, o estereótipo popular enxerga o policial militar como um “indivíduo vivo, esperto e corrupto” (Zaffaroni, 1991). Assim, “é muito fácil que o policial rivalize com os indivíduos criminalizados, notadamente porque os policiais vêm do mesmo contexto social que os criminalizados, mas, em contrapartida, não são melhores aceitos pelos membros desta mesma comunidade” (Almeida; Rodrigues; Aleixo, 2022, p. 77). Diante deste cenário, “o policial adota um posicionamento no sentido de tentar superar o indivíduo criminalizado, o que contribuiu para com o assentamento da rivalidade e, conseqüentemente, com a propagação da violência” (Almeida; Rodrigues; Aleixo, 2022, p. 77).

Em função desta simbiótica relação de rivalidade existente entre os agentes de segurança pública e os indivíduos criminalizados, policiais, não raras vezes, montam campana na frente da residência das pessoas que se encontram no regime semiaberto ou aberto com o intuito de esperar que eles descumpram alguma das obrigações que a eles foram impostas e que certamente em algum momento serão descumpridas.

A fiscalização é ainda mais acentuada quando é exercida por funcionários das APAC. Conforme anteriormente mencionado no tópico destinado a analisar a vigilância hierárquica realizada no âmbito da execução penal brasileira, os recuperandos das APAC igualmente devem observar as normas previstas no regimento interno da associação quando têm algum tipo de contato com meio externo, tal como, por exemplo, quando estão em gozo de saída temporária. As normas da APAC são extremamente rigorosas e, para exemplificar, Zamba (2023) menciona que o recuperando é compelido a assinar um termo de compromisso através do qual se

compromete a não ingerir bebidas alcoólicas ou fazer uso de drogas quando é inserido no regime semiaberto. Com efeito, os funcionários da APAC – que, diga-se de passagem, conseguem efetuar uma fiscalização mais eficiente da que é efetuada pelos policiais militares porque possuem uma quantidade menor de indivíduos para monitorar – vão até as respectivas residências dos recuperandos que encontram-se em gozo de saída temporária e conseguem constatar se os mesmos efetivamente estão respeitando os horários de recolhimento e, ainda, se estão respeitando as normas específicas da APAC, tais como a proibição de ingerir bebidas alcoólicas ou fazer uso de drogas.

Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018), a pessoa presa não pode ser sancionada com o reconhecimento de uma falta grave caso pratique alguma falta fora das dependências do estabelecimento prisional, sendo que o referido raciocínio é realizado a partir da análise de eventuais violações praticadas por pessoas em cumprimento de pena no regime aberto. Por via de regra, o cumprimento da pena daquele que se encontra em regime aberto deve ocorrer na casa de albergado, porém não há casas de albergado suficientes nos estados da federação e, conseqüentemente, o indivíduo que se encontra cumprindo pena em regime aberto acaba permanecendo em recolhimento domiciliar. De todo modo, Roig (2018, p. 233) defende que “a prática de fato definido como crime doloso durante o período em que o condenado não esteja no interior da Casa de Albergado não constitui falta grave, pois nesse caso o indivíduo não está inserido no sistema penitenciário, não estando [...] submetido à disciplina prisional”. De igual modo, Roig (2018) também sustenta que o indivíduo que se encontra fora da casa de albergado pode usar o aparelho celular justamente por não estar submetido à disciplina prisional (Roig, 2018). A prática de crime doloso ou de qualquer outra conduta prevista como falta grave que não guarde ligação direta com as condições impostas no regime aberto igualmente não pode ensejar o reconhecimento da falta grave (Roig, 2018). Tal posicionamento é isolado e não encontra eco no âmbito da jurisprudência, todavia é o mais acertado e deveria nortear a análise de quaisquer violações praticadas fora das dependências de unidades prisionais.

O Estado impõe aos indivíduos que voltam a ter algum tipo de contato com o meio externo obrigações que não serão cumpridas e a falta grave ora em comento vale-se dos eventuais descumprimentos para reintroduzir o indivíduo de forma totalitária no cárcere. A homologação judicial da falta grave prevista no art. 50, V, da LEP (Brasil, 2024b) – de “descumprir no regime aberto as condições impostas” –, revoga o direito adquirido de ter contato com o meio externo e reintroduz no interior do cárcere aquele que vinha tendo contatos pontuais com a sociedade em geral, acarretando efeitos extremamente nocivos a ele.

Assim, considerando que a conduta prevista no art 50, V, da LEP (Brasil, 2024b) apenas corrobora com o fomento da política de extermínio ou deterioração da pessoa presa, a conduta de “descumprir no regime aberto as condições impostas” igualmente não possui legitimidade para configurar uma falta grave.

3.2.2.6 Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da LEP

A sexta infração administrativa de natureza grave encontra-se prevista no art. 50, VI, da LEP, o qual preceitua que comete falta grave aquele que não observar o dever de “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se”, bem como o dever de “execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”, sendo que tais deveres estão, respectivamente, previstos no art. 39, incisos II e V, da LEP (Brasil, 2024b).

O dispositivo institui um dever geral de obediência e, ainda, possui uma amplitude semântica que permite fazer com que faltas de natureza leve e média sejam escalonadas e sancionadas como se faltas de natureza grave fossem.

A previsão de um dever geral de obediência é comumente encontrada no ordenamento jurídico de regimes totalitários. Nesses termos, Christiano Fragoso (2014, p. 215) explica que, após o incêndio do *Reichstag* – o qual “muitos dizem que [...] teria sido armado por membros da força de segurança do próprio partido nazista para impressionar a opinião pública [...] e para permitir repressão política contra os comunistas –, os nazistas editaram um decreto que afastava diversos direitos fundamentais, bem como que “criava um crime de desobediência, para quem resistisse a cumprir ou violasse os decretos editados com base nessa lei”.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 234) também entende que “a ideia de um suposto dever geral de obediência é atentatório à Democracia e ao Republicanismo” e, conseqüentemente, afirma que “não é lícito sustentar um intangível dever de obediência, sem o estabelecimento de claras premissas sobre quais condutas seriam consideradas desobedientes ou desrespeitosas para com terceiro”. Assim, conclui o autor, “o dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se é uma determinação vaga e de fácil manipulação punitiva, que se assemelha ao art. 79 do regulamento carcerário fascista da Itália de 1931, o qual estabelece, entre outros, o dever de pronta e respeitosa obediência” (Roig, 2018, p. 198).

A imprecisão do que efetivamente pode vir a ser considerado como um ato de desobediência possui efeitos nefastos no âmbito do processo de execução, porquanto a prática demonstra que a sua redação genérica é comumente utilizada e manejada para sancionar faltas

menos gravosas – de natureza média ou leve – como se faltas grave fossem. Roig (2018, p. 234) adverte que, com a instituição de um dever geral de obediência, “a amplitude sancionatória da autoridade seria ilimitada, pois todas as faltas médias ou leves representariam no fundo faltas graves, considerando que estariam sendo desobedecidas as ordens de não praticá-las” (Roig, 2018, p. 234). Tal prática – a utilização de uma cláusula geral de obediência para sancionar faltas leves e médias como se graves fossem – pode ser encontrada na execução penal mineira.

Nesse sentido, o art. 640, V, do ReNP estabelece que o fato do indivíduo estar indevidamente trajado configura falta de natureza leve, sendo que, no sistema prisional mineiro, as faltas de natureza leve são inicialmente punidas com advertência verbal e repreensão (Minas Gerais, 2016). Não obstante, ao analisar a conduta de um indivíduo que supostamente estaria indevidamente trajado por estar enrolado apenas em uma toalha, o TJMG reconheceu que ele teria desobedecido a ordem que recebera de um policial penal para se vestir (Minas Gerais, AgExPe nº 1.0686.20.440001-0/001, 2023b). Com base em tal argumentação, o TJMG manteve a Decisão prolatada pelo juiz da execução que reconheceu esta hipótese de falta grave e o Agravante foi penalizado com a regressão de regime e a revogação do tempo de pena remido (Minas Gerais, AgExPe nº 1.0686.20.440001-0/001, 2023). Portanto, por instituir um dever geral de obediência e possuir uma redação genérica, a hipótese de falta grave prevista no art. 50, VI, da LEP (Brasil, 2024b) permite que condutas que inicialmente poderiam ser subsumidas em faltas leves e médias sejam sancionadas como se falta grave fossem.

É preciso destacar, ainda, que o desrespeito praticado entre detentos é comumente subsumido nesta falta grave (Roig, 2028), porém tal prática viola o princípio da legalidade na medida que em que o dever de “urbanidade e respeito no trato com os demais condenados” não está previsto no art. 39, incisos II e V da LEP (Brasil, 2024b) – vale dizer, nos incisos que segundo o art. 50, VI, da LEP (Brasil, 2024b) instituem os deveres cuja inobservância configura falta grave –, mas no art. 39, III, da LEP (Brasil, 2024b). Portanto, “o ato de desrespeito praticado em relação a companheiros de cárcere não é taxativamente previsto como falta grave” e, conseqüentemente, nem mesmo a redação genérica do dispositivo poderia ser manejada para comportar tal interpretação (Roig, 2018, p. 235).

É preciso destacar, por fim, que o universo prisional também é regido por algumas normas costumeiras, bem como que a inobservância de tais normas costumeiras pode, através do manejo argumentativo, ser subsumida na cláusula geral de desobediência prevista no art. 50, V, da LEP (Brasil, 2024b). Aquele que se encontra recluso em uma unidade que não regulamenta a forma de trânsito no interior do estabelecimento pode ser sancionado, por exemplo, por desobedecer a ordem de um policial penal que lhe determine andar com a cabeça

abaixada e as mãos para trás. Não obstante, o princípio da legalidade – através da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* – veda a criação de “faltas disciplinares, penas ou sanções disciplinares pelos costumes” (Roig, 2018, p. 50) e, conseqüentemente, a inobservância de práticas costumeiras não poderiam ensejar o reconhecimento desta hipótese de falta grave.

Por outro lado, o art. 50, VI, c/c art. 39, V, da LEP igualmente estabelece que a inexecução “do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas” configura hipótese de falta grave, demonstrando que a concepção de que o cárcere deveria preparar o indivíduo para o trabalho também encontra-se presente na legislação penitenciária brasileira (Brasil, 2024b). Ocorre que este segundo bloco de obrigações constante no dispositivo igualmente não poderia configurar uma hipótese de falta grave, sobretudo porque é inconstitucional e, em certa medida, autoriza a prática de um crime.

O dispositivo é inconstitucional porque o art. 5º, XLVII, “c”, da Constituição Federal (CF) estabelece que não haverá penas de trabalhos forçados (Brasil, 2024a) e, para além disso, autoriza a prática de um crime porque o art. 149, CP prevê que o crime de redução à condição análoga à de escravo se configura quando alguém submete outro alguém a trabalhos forçados ou em condições degradantes (Brasil, 2024c). Violando uma garantia constitucional, o dispositivo impõe a realização de trabalhos forçados ao prever que a inexecução de algum trabalho eventualmente designado poderá prolongar desarrazadamente o tempo do indivíduo no cárcere. Ademais, o dispositivo autoriza a prática de um crime ao impor a realização de trabalhos forçados e, não raras vezes, degradantes. Portanto, embora a LEP estabeleça que a execução do trabalho trate de um dever, a não realização dos trabalhos designados igualmente não poderia configurar uma hipótese de falta grave.

Os deveres de obediência e respeito previstos no art. 39, incisos II e V da LEP, “são instituídos em normas lacunosas e manipuláveis, fragilizando o princípio da legalidade” (Roig, 2018, p. 233). Por outro lado, a imposição da execução de tarefas é inconstitucional por impor trabalhos forçados e, em última análise, é criminosa por reduzir a pessoa presa a uma condição análoga à de escravo. Portanto, a hipótese de falta grave prevista no art. 50, VI, da LEP (Brasil, 2024b) encontra-se completamente dissociada dos instrumentos desenvolvidos com o objetivo de limitar o poder punitivo.

3.2.2.7 Portar, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo

A sétima infração administrativa de natureza grave encontra-se prevista no art. 50, VII, da LEP, o qual preceitua que comete falta grave aquele que “tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo” (Brasil, 2024b). O dispositivo aparentemente visa coibir o uso de aparelhos de comunicação, porém a pretensão anunciada pelo dispositivo é falsa e, ainda que fosse verdadeira, nunca poderia ser atingida.

A pretensão anunciada pelo dispositivo – qual seja, a de promover a segurança coibindo a utilização de aparelhos telefônicos que possibilitariam a comunicação realizada pelos detentos – é falsa porque o Estado não promove a instalação de dispositivos com idoneidade para interromper a comunicação em suas respectivas unidades prisionais, bem como porque o poder punitivo não pratica qualquer medida efetiva em desfavor dos terceiros que efetivamente fazem com que os aparelhos de comunicação cheguem até as mãos das pessoas presas.

A comunicação realizada ilegalmente pelos presos nos presídios poderia ser coibida com a instalação de bloqueadores de sinais de telefone, porém muito provavelmente tais bloqueadores não são instalados porque os aparelhos telefônicos movimentam voluptuosos valores dentro das prisões, bem como porque prestam um serviço ao próprio poder punitivo na medida em que a apreensão e a monitoração de aparelhos telefônicos, quer sejam realizadas de forma legal ou ilegal, possibilita a identificação de novas condutas passíveis de seleção por parte do poder punitivo. O Estado não possui o interesse de coibir o ingresso de celulares e congêneres em suas unidades prisionais, pois, caso efetivamente quisesse, instalaria bloqueadores de sinais de telefones em todas as suas respectivas unidades prisionais.

Ademais, muitos são os procedimentos administrativos instaurados com a finalidade de apurar a falta grave prevista no art. 50, VII, da LEP (Brasil, 2024b), porém quase nenhuma ação penal é instaurada com a finalidade de apurar os crimes previstos no art. 319-A²³ ou 349-A,²⁴ do CP (Brasil, 2024c), os quais, respectivamente, tipificam os crime de prevaricação praticado pelo diretor ou pelo agente público que deixam de cumprir com o dever de vedar ao preso o

²³ Art. 319-A, CP: Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano (Brasil, 2024c).

²⁴ Art. 349-A, CP. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano (Brasil, 2024c).

acesso a aparelho telefônico ou similares, bem como do terceiro que concorre para com o ingresso de aparelho telefônico ou similares nas unidades prisionais.²⁵ Para além disso, a análise do HC 619.776/DF (Brasil, 2021) evidencia que uma mesma conduta tem tratamento distinto no âmbito administrativo e no âmbito da penal, pois o simples porte de um chip já é suficiente para configurar a hipótese de falta grave ora em comento e, em contrapartida, não configura o crime tipificado para sancionar o terceiro que concorre para com o ingresso de aparelho telefônico ou similares nas unidades prisionais. A apreensão de chips não é considerada para fins de tipificação da conduta prevista no art. 349-A, CP (Brasil, 2024c), logo, por coerência, a apreensão de chips igualmente não poderia ser considerada para fins de reconhecimento da falta prevista no art. 50, VII, LEP (Brasil, 2024c).

O poder punitivo não tem o interesse genuíno de coibir o ingresso de celulares e congêneres em suas unidades prisionais, pois, caso tivesse, concentraria sua atuação também na identificação e responsabilização daqueles que facilitam a entrada desses dispositivos. Os aparelhos telefônicos não ingressariam nas unidades prisionais sem a existência de uma rede integrada por terceiros – como diretores, policiais penais e particulares – que igualmente colaboram para essa prática. Portanto, a coibição do uso de aparelhos telefônicos pressupõe a responsabilização desses agentes.

O poder punitivo não adota as medidas que deveria adotar para verdadeiramente coibir o uso de aparelho celular em suas respectivas unidades prisionais e Giamberardino (2019) indica que, na realidade, esta hipótese de falta grave não atua para coibir a comunicação, mas como uma ferramenta de gestão da ordem interna, muitas vezes em prejuízo da apuração da verdade e do devido processo legal. A partir da análise dos processos administrativos da Casa de Custódia de Curitiba, aos quais teve acesso durante a atuação como defensor público, Giamberardino (2019) observa que essa modalidade de falta grave facilita o gerenciamento de ilegalidades. Isso ocorre porque, em muitos casos, a pessoa que assume a posse do aparelho telefônico não é seu verdadeiro proprietário, mas alguém que busca, por exemplo, proteger outros presos que estão prestes a progredir de regime, evitar represálias de colegas de cela e da administração ou, ainda, obter benefícios financeiros ou favores (Giamberardino, 2019). Assim, na esteira do que fora identificado por Michel Foucault (2014), Giamberardino (2019) indica que a execução penal lança luz sobre a suposta ilegalidade de um indivíduo que será

²⁵ Em pesquisa de jurisprudência realizada no site do TJMG em 02/03/2024, foram localizados, respectivamente, 418 e 119 espelhos de acórdãos com a inserção dos parâmetros de consulta “Art. 319-A, CP” e “Art. 349-A, CP”, bem como foram localizados 1.515 espelhos de acórdão com a inserção dos parâmetros de consulta “falta grave” e “celular” (Minas Gerais, 2024b; Minas Gerais, 2024c; Minas Gerais, 2024d).

responsabilizado para possibilitar que outros indivíduos permaneçam à margem do poder disciplinar. Portanto, embora justificada por razões de segurança, esta hipótese de falta grave transforma-se em um instrumento de gestão de ilegalidades, priorizando a manutenção da ordem interna em detrimento da justiça e dos direitos dos presos.

Noutro giro, a pretensão anunciada pelo dispositivo – qual seja, a de coibir a utilização de aparelhos telefônicos e impedir a comunicação realizada pelos detentos – é inatingível, pois os muros das prisões não são suficientes para reerguer as fronteiras de espaço e tempo que foram quebradas com as mudanças sociais que começaram a ocorrer a partir do final do século XX.

Segundo Cláudio Brandão (2020), as mudanças engendradas a partir do século XX reconfiguraram as fronteiras do espaço e do tempo, eliminando as antigas limitações existentes nas interações sociais e indicando novos rumos, de modo que qualquer tentativa de dissociar os presídios desta nova dinâmica social é inócua. Tais mudanças foram impulsionadas pelas inovações tecnológicas – sobretudo pelo desenvolvimento da internet –, bem como repercutiram em todos os âmbitos das interações sociais (Brandão, 2020). A comunicação não exige mais o contato pessoal na medida em que possibilita o contato entre pessoas que se encontram em lados opostos do globo e, tampouco, exige o desembolso de um custo elevado na medida em que ocorre através de qualquer celular que tenha acesso a internet. As inovações tecnológicas eliminaram as fronteiras de espaço e de tempo que impossibilitavam a realização de um contato dinâmico entre pessoas que se encontravam em lados opostos do globo, de modo que hoje, por exemplo, a bolsa de Tóquio encontra-se completamente integrada com as demais bolsas ocidentais. Países que antes viviam isolados em virtude da distância geográfica e do fuso horário foram plenamente integrados com o restante do mundo e, da mesma forma, as unidades prisionais que inicialmente foram idealizadas para possibilitar o isolamento igualmente encontram-se plenamente integradas com o restante da sociedade.

A referida dinâmica aprofundou a crise que já era vivenciada pela prisão na medida em que a instituição passou a conviver com o antagonismo existente entre a sua ideologia, a sua arquitetura e a dinâmica social contemporânea. Isso é o que explica Cláudio Brandão (2020, p. 13):

[...] a pena de privação de liberdade foi concebida através da mentalidade do pensamento liberal do século dezoito, foi desenvolvida materialmente através das instituições penitenciárias e seus sistemas do século dezenove e se confrontou com a característica de supressão de espaços e velocidade das interações sociais do século vinte. A convergência do antagonismo desses três séculos implementou no século vinte e [um] uma aporia, um problema no qual é impossível uma solução.

As primeiras prisões idealizadas para fins de execução da pena de prisão primavam pelo isolamento, sobretudo porque partia-se da premissa que o isolamento faria com que o indivíduo fosse obrigado a haver consigo mesmo e que, durante este processo, tomaria consciência de seus atos. Porém, o isolamento foi paulatinamente preterido, porque a implementação deste projeto é altamente custosa, bem como porque é incompatível com as dinâmicas da modernidade e da contemporaneidade.

Inicialmente, o aumento no número de encarcerados demonstrou que é inviável sustentar prisões que contassem com unidades celulares individuais, de modo que os presos passaram a ser realocados em salas comuns e, conseqüentemente, a ter contato uns com os outros. Por conseguinte, as inovações tecnológicas demonstraram que não há qualquer ambiente que possa permanecer distanciado do restante do globo e, conseqüentemente, os presos passaram a ter contato com o meio externo. Há, portanto, uma incompatibilidade insuperável entre o isolamento que caracterizou os primeiros sistemas penitenciários organizados – tais como os sistemas pensilvânico e auburniano – e as prisões vivenciadas na contemporaneidade, demonstrando que a pretensão de isolar a pessoa presa através da ameaça da imposição de uma sanção disciplinar que repercutirá no processo de execução de sua pena privativa de liberdade nunca obterá êxito.

A comunicação faz parte da sociedade e, por via reflexa, também faz parte do cotidiano da prisão. Assim, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar sobre as mais distintas questões acerca de peculiaridades envolvendo o uso de aparelhos de comunicação.

Nesses termos, “discute-se [...] se é necessária a realização de exame pericial para comprovar a funcionalidade do aparelho apreendido ou de seus componentes”, sendo que as decisões têm seguido a orientação de que “a simples posse do aparelho ou de seus complementos já seria suficiente para configurar a falta” (Roig, 2018, p. 236). Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 326) rechaça tal entendimento e se manifesta no sentido de que a perícia é indispensável porque o dispositivo exige “que o aparelho permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”. Portanto, a capacidade de se comunicar necessariamente precisaria ser comprovada através da realização de uma perícia.

Discute-se, ainda, “se constitui falta grave a apreensão de chips, baterias, placas e carregadores de telefones celulares, desacompanhados dos respectivos aparelhos”, sendo que as Tribunais Superiores já se manifestaram no sentido de que a “posse de qualquer artefato viabilizador de tal comunicação faz incidir a norma do inciso VII do art. 50 da LEP” (Roig, 2018, p. 236). Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 237-238) igualmente rechaça tal entendimento e, por considerar que o art. 50, VII, da LEP não menciona que os acessórios

configuram tal hipótese de falta grave, defende que, “em nome do princípio da legalidade, seria disciplinarmente atípica a posse, utilização ou fornecimento de chips, baterias ou carregadores, quando desacompanhados do respectivo aparelho”.

Para evitar que aparelhos inaptos para a comunicação e que artefatos que isoladamente não possibilitam a comunicação sejam considerados para fins de reconhecimento desta hipótese de falta grave, Roig (2018, p. 239-240) possui o entendimento de que a posse do aparelho telefônico não pode ser reputada como infração disciplinar de perigo abstrato, mas de perigo concreto conforme depreende-se do seguinte trecho a seguir transcrito:

Analisando a falta disciplinar de posse de aparelho telefônico sob a ótica da lesividade, chegamos a uma conclusão que parece evidente: a de que para haver punição disciplinar pela posse do aparelho é imprescindível que haja a comprovação do perigo (concreto) de sua utilização, por exemplo, para o cometimento de um delito ou a participação em um plano de rebelião ou fuga. Trata-se de exigência basilar do princípio da lesividade, sendo inadmissível que essa falta seja considerada de perigo abstrato, presumindo-se que a mera posse do celular representará perigo à segurança pública ou do estabelecimento.

Ao se partir do pressuposto de que a posse do aparelho telefônico e congêneres apenas pode vir a ser sancionada quando houver a comprovação de que a comunicação gerou um perigo concreto porque fora realizada com a finalidade de promover a prática de outros crimes, a quantidade de incidência de tal falta automaticamente diminuiria. Conforme destacam Pavarini e Giamberardino (2012, p. 232), “a imensa maioria da população carcerária recorre a aparelhos celulares ou similares apenas e tão somente para manter contato com familiares, até porque muitas vezes o direito de visita é obstaculizado pela distância e por regras administrativas”. Os presos não querem perder completamente o vínculo com aqueles que amam e, para tanto, preferem responder por eventuais sanções administrativas para preservar tal vínculo. A relação dos presos com seus familiares é um fator relevante que prevalece na análise do custo-benefício entre perder o contato integral com os entes queridos e aumentar o tempo de cumprimento da pena devido ao eventual reconhecimento de uma falta grave.

Os aparelhos telefônicos e congêneres são, sobretudo, utilizados pelos presos com a finalidade de preservar os vínculos afetivos que possuem com aqueles que estão fora dos muros das prisões. Com efeito, o filtro instituído pelo princípio da lesividade certamente faria com que a quantidade de incidências desta infração disciplinar diminuísse. Isso é o que defende Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 242):

A razão anunciada para a proibição da posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar é a tutela da segurança pública, contra atos criminosos

facilitados ou promovidos pela comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Ocorre que tais ocorrências acabam por mascarar a realidade da maior parte das posses de aparelhos similares, utilizados para fins lícitos, tais como comunicação com o advogado, acesso à internet para fins recreativos e sociais e, sobretudo, comunicação permanente com familiares, principalmente nos casos em que os presos estão em local distante de sua família, circunstância que dificulta a visitação.

O princípio da lesividade e os demais princípios limitadores do poder de punir podem auxiliar na contenção das arbitrariedades relacionadas a essa modalidade de falta grave tão corriqueira nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

O princípio da lesividade não permitiria “a punição pela apreensão de aparelhos em locais onde estejam operantes os bloqueadores de sinal” e, por sua vez, o princípio da razoabilidade não permitiria “a punição da posse de aparelho telefônico, de rádio ou similar por parte dos condenados que estejam cumprindo pena em regime aberto ou semiaberto (com direito à saídas ou trabalho externo)” (Roig, 2018, p. 240). No primeiro caso estar-se-ia por analogia diante de uma infração impossível²⁶ e, por sua vez, no segundo caso contrariar-se-ia os próprios fundamentos dos regimes aberto e semiaberto, os quais são teoricamente orientados pelo escopo de reintroduzir o preso paulatinamente na sociedade através de pontuais contatos com o meio externo (Roig, 2018).

O princípio da legalidade – através da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* – coibiria a prática recorrente na jurisprudência de ampliar o conteúdo desta hipótese de falta grave. O art. 50, VII, da LEP (Brasil, 2024b) menciona que apenas a posse de aparelho telefônico, rádio ou similar que permita a comunicação configura uma falta grave e em momento algum menciona que a posse de chips igualmente configura a falta grave. Com efeito, em observância ao princípio da legalidade, a apreensão de chips de telefone não poderia ser subsumidas na falta ora em comento. Ademais, embora Roehrig (2024) relate o caso de um *smartwatch* que igualmente foi considerado para fins de configuração da falta grave, a apreensão de quaisquer outros dispositivos não desenvolvidos propriamente para comunicação e que, excepcionalmente, possibilitem a comunicação não pode ser sancionada.

Por sua vez, o princípio da culpabilidade impede que todos os presos alojados nas celas onde porventura ocorreu a apreensão de aparelhos telefônicos sejam indistintamente sancionados. Portanto, considerando que muitos dos aparelhos telefônicos são apreendidos em celas coletivas, o estabelecimento prisional necessariamente precisaria se desincumbir do ônus

²⁶ Art. 17, CP: Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (Brasil, 2024c).

de colher provas com idoneidade para comprovar que a pessoa implicada era, de fato, a proprietária ou, ao menos, uma das proprietárias do aparelho de comunicação.

Quando da análise desta hipótese de falta grave, é importante ter em mente que a proibição prevista no art. 50, VII, da LEP (2024b) não é verdadeiramente perseguida pelo Estado e carece de sentido porque é impossível isolar o preso do restante da sociedade. Ademais, é igualmente importante ter em mente que poucos são os julgadores que conseguem ter o discernimento de interpretar os dispositivos penitenciários a partir dos institutos que limitam o poder punitivo, bem como que esta orientação provavelmente não virá dos Tribunais Superiores. Por fim, é importante ter em mente que “o porte de aparelho celular, nos dias de hoje, é medida essencial para a inclusão social do condenado” (Roig, 2018, p. 241). Portanto, mais do que apenas aplicar os filtros limitadores do poder de punir do Estado, o ideal seria que tal conduta não viesse a configurar uma hipótese de falta grave.

Inúmeros casos correlacionados com a falta grave prevista no art. 50, VII, da LEP (Brasil, 2024b) são levados à apreciação do poder judiciário, sendo que os casos continuarão a se multiplicar enquanto a utilização de celulares e congêneres configurar uma hipótese de falta grave. Não é possível limitar o uso de aparelho telefônico celular no âmbito das unidades prisionais, sendo que a imposição de uma norma que eminentemente não pode ser observada deve ser reputada como nula.

Inclusive, é exatamente assim que o direito privado procede, pois o art. 166, II, do Código Civil²⁷ preceitua que o negócio jurídico que porventura tenha um objeto impossível é nulo e não pode surtir qualquer tipo de efeito no mundo jurídico (Brasil, 2023a). Se o direito privado – que não toca os bens mais fundamentais – não permite que um objeto impossível obrigue qualquer das partes, o direito penal – que toca os bens mais fundamentais e atinge os direitos mais relevantes dos indivíduos – deve ser ainda mais rigoroso em garantir que tais objetos impossíveis não sejam utilizados para fundamentar a imposição de sanções que prolonguem o tempo de encarceramento. Portanto, as condutas previstas no art. 50, VII, da LEP (Brasil, 2024b) igualmente não possuem legitimidade para configurar uma hipótese de falta grave.

²⁷ Art. 166, Código Civil: É nulo o negócio jurídico quando: [...] II - for [...] impossível [...] o seu objeto (Brasil, 2023).

3.2.2.8 Recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético

A Lei nº 12.654/2012 (Brasil, 2012) incluiu o art. 9-A, na LEP (Brasil, 2024b) e, a partir de então, foi imposto aos condenados pela prática de alguns determinados crimes reputados como de maior gravidade – notadamente, aos condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa e aos condenados por crimes previstos no art. 1º, da Lei nº 8.072/90 (Brasil, 2024f) – a obrigação de se submeterem ao procedimento de identificação do perfil genético. Com a edição da referida lei, “nosso Estado aderiu a uma tendência já mundializada, no sentido de aderir a modelos tecnológicos próprios das sociedades industrializadas, cuja expansão só tem limites nas novas e constantes descobertas científicas próprias das ciências naturais” (Carvalho; Henriques, 2021, p. 130; Brasil, 2012).

Posteriormente, a Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019a), isto é, a lei que ficou vulgarmente conhecida como Pacote Anticrime, promoveu uma gama expressiva de alterações nas legislações penal e processual penal com a justificativa de aperfeiçoá-las, sendo que, na ocasião, ocorreu a alteração da redação do art. 9º-A, da LEP, bem como ocorreu a inclusão do art. 50, VIII, na LEP (Brasil, 2024b). A partir de então, a obrigação de submissão ao procedimento de identificação do perfil genético passou a ser imposta ao “condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável” (Brasil, 2024b). Para além disso, o rol das infrações administrativas de natureza grave foi ampliado, pois, com a edição do art. 50, VIII, da LEP, a conduta de “recusar-se a submeter ao procedimento de identificação do perfil genético também passou a configurar falta grave. (Brasil, 2024b).”

Tais dispositivos – no caso, os arts. 9-A, e 50, VIII, da LEP (Brasil, 2024b), os quais preveem, respectivamente, que a submissão à identificação do perfil genético é um obrigação da pessoa condenada cujo descumprimento configura uma hipótese de falta grave – foram inseridos na legislação penitenciária porque acredita-se que “esse mecanismo sofisticado de identificação de pessoas poderá [...] aumentar a eficiência de investigações criminais com a criação de um banco de dados de material genético de delinquentes” (Carvalho; Henriques, 2021, p. 126).

A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG; Brasil, 2022b) – que foi criada a partir de uma iniciativa integrada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e das Secretarias de Segurança Públicas Estaduais e do Distrito Federal para possibilitar o intercâmbio de perfis genéticos – produz relatórios semestrais com o objetivo de divulgar como a colheita de perfil genético e o intercambiamento destes dados auxilia na apuração da prática

de crimes. Nesse sentido, foi divulgado, no “XVI Relatório Semestral”, que o material genético retirado da vítima de um crime de estupro ocorrido no Distrito Federal em 2007 foi cruzado e teve correspondência com o material genético retirado do autor de um crime de estupro praticado em Minas Gerais em 2022, possibilitando a resolução do crime ocorrido em 2007. Tal caso foi citado como paradigma para ratificar a importância da colheita dos dados genéticos, nos seguintes termos aduzidos:

A partir do cruzamento de dados genéticos por meio do Banco Nacional de Perfis Genéticos, houve um *match* (correspondência) entre o perfil genético do vestígio do crime praticado no Distrito Federal em 2007 e o perfil genético do condenado que cumpre pena por outro crime em Minas Gerais. Após análises genéticas e trabalho em conjunto entre os laboratórios de DNA do DF e de MG, os peritos confirmaram que se tratavam da mesma pessoa, no caso o autor do crime em 2007 no Distrito Federal. Este caso ilustra a importância da coleta, processamento e exames de DNA de vestígios de crimes e de amostras biológicas de condenados por crimes violentos e inserções dos respectivos perfis genéticos nos bancos de perfis genéticos, bem como do trabalho pericial em conjunto entre os laboratórios de DNA que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, RIBPG, como forma eficaz de identificação de autores de crimes. (Brasil, 2022b, p. 42).

Porém, a hipótese de falta grave prevista no art. 50, VIII, da LEP (Brasil, 2024b) apenas engrossa o caldo de dispositivos previstos na LEP que visam perpetuar o controle daqueles indivíduos que são selecionados pelo poder punitivo e ingressam em suas respectivas unidades prisionais. Para além disso, aperfeiçoa os mecanismos de marcação da pessoa estigmatizada como criminosa através de uma forma que ignora completamente os princípios e as garantias constitucionais fundamentais.

O corpo da pessoa criminosa é marcado desde tempos imemoriais, pois “há referências no Código de Hamurabi que entre caldeus e babilônios determinava-se a identidade de criminosos por meio de amputações da orelha, do nariz, dos dedos da mão e até mesmo o vazamento dos olhos, na proporção das infrações cometidas” (Carvalho; Henriques, 2022, p. 126). As marcações realizadas foram alteradas durante o decorrer do tempo, sendo que, na contemporaneidade, prima-se por marcações científicas mais sutis, tais como as decorrentes do recolhimento e da inserção de material genético em listas alimentadas pelos órgãos de segurança pública. Porém, as marcações do passado e da contemporaneidade eram e ainda são realizadas com o objetivo de alcançar um mesmo escopo, qual seja, o de inserir sinais que farão com que o condenado seja eternamente distinguido dos demais e, portanto, estigmatizado.

A hipótese de falta grave prevista no art. 50, VIII, da LEP (Brasil, 2024b) não pode ser conciliada com uma série de premissas e garantias constitucionais, pois “a utilização de material genético como mecanismo de identificação de acusados insere-se no rol das tendências

punitivas futuristas, em que se observam nítida flexibilização ou supressão das garantias do sujeito e busca constante por provas indiscutíveis” (Carvalho; Henriques, 2022, p. 135). O art. 1º, III, da CF (Brasil, 2024a) prevê que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que tal princípio veda que a pessoa seja instrumentalizada para atingir quaisquer finalidades, porém a colheita compulsória de material genético instrumentaliza a pessoa com a justificativa de aumentar a eficiência das investigações criminais. O art. 5º, LXIII, da CF (Brasil, 2024a) assegura o direito à não autoincriminação, o qual garante que o indivíduo não será obrigado a produzir qualquer prova contra si mesmo, contudo a coleta compulsória de material genético impõe à pessoa o fornecimento de dados que podem ser utilizados em seu desfavor. Esta hipótese de falta grave é, portanto, inconciliável com uma ordem constitucional fundamentada na dignidade da pessoa humana e que recepciona o direito a não autoincriminação.

As violações constitucionais acarretadas por esta hipótese de falta grave chegaram até o Supremo Tribunal Federal (STF) através do RE 973837/MG e, embora o Tribunal Constitucional não tenha se manifestado de forma definitiva sobre a questão, foi reconhecida a repercussão geral do tema (Brasil, 2016). Porém, nem mesmo o reconhecimento da repercussão geral do tema – o que, por si só, já evidencia que a matéria é controvertida e litiga em torno de direitos constitucionais extremamente sensíveis – foi capaz de suspender a aplicação do dispositivo. No Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade de nº 1.0407.16.001151-3/002, por exemplo, o TJMG afirmou que a questão não havia sido decidida de forma definitiva pelo STF e, conseqüentemente, julgou-se competente para apreciar a questão e reconhecer a constitucionalidade do art. 9º-A, da LEP (Minas Gerais, AI nº 1.0407.16.001151-3/002, 2017). Portanto, constata-se que a jurisprudência tem coadunado com o recolhimento compulsório do material genético.

Inobstante as decisões judiciais contrárias, é incontroverso que a obrigatoriedade da sujeição ao procedimento de identificação do perfil genético é inconciliável com a ordem constitucional fundamentada na dignidade da pessoa humana e que, conseqüentemente, tal conduta não possui legitimidade para configurar uma hipótese de falta grave.

3.2.2.9 Praticar crime doloso

A nona e última infração administrativa de natureza grave encontra-se prevista no art. 52, da LEP, o qual preceitua que “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave” (Brasil, 2024b). Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 250) destaca que a referida falta

grave inaugura as discussões acerca da “possibilidade de cumulações de sanções penais e administrativas pelo mesmo fato” e, para além disso, defende que, “embora ainda predomine o entendimento pela possibilidade de cumulação, não parece ser esta a solução mais condizente com os ditames constitucionais”

A prática de crime doloso fará com que o indivíduo seja sancionado em duas searas distintas, quais sejam, na seara administrativa – com o reconhecimento da falta grave e a imposição de sanções administrativas que repercutirão na execução de sua pena privativa de liberdade – e na seara penal – com a condenação criminal e a imposição de uma nova pena. Portanto, a principal crítica tecida em face do dispositivo é que ele permite que o agente seja responsabilizado mais de uma vez em função da prática de uma mesma conduta, violando o princípio do *non bis in idem*.

Aqueles que defendem a possibilidade de cumulação advogam que ambas as sanções – penal e administrativa – possuem naturezas distintas. Porém, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018) refuta tal argumento asseverando que ambas as sanções possuem a mesma natureza ontológica. Em apertada síntese, o raciocínio desenvolvido pelo autor é que o *bis in idem* restar-se-á caracterizado sempre que “estejamos diante do mesmo fato (*eadem res*), um mesmo sujeito (*eadem persona*) e uma mesma causa de pedir (*eadem causa pretendi*), qual seja, a pretensão de se impor uma sanção de conteúdo punitivo como resposta a uma infração à lei” (Roig, 2018, p. 250). Ao se partir de tais premissas, não é possível chegar a nenhuma conclusão, senão a de que a cumulação das sanções penais e administrativas inevitavelmente configuram o *bis in idem*.

Inicialmente, destaca-se que o próprio art. 52, da LEP preceitua que a prática de um fato definido como crime doloso igualmente ensejará o reconhecimento da falta grave. Neste segmento, destaca-se que “a identidade de sujeito também é clara, pois o acusado é o mesmo (assim como o acusador, o Estado)” (Roig, 2018, p. 250). Por fim, destaca-se que a causa de pedir também é a mesma, pois as sanções penal e administrativa igualmente restringem em primeiro plano o direito constitucional à liberdade e, em um segundo plano, uma série de outros direitos e garantias fundamentais que não deveriam ser afetados e que inevitavelmente são no cotidiano do sistema prisional. Nas palavras do próprio Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 250):

Se analisarmos com objetividade a natureza das sanções criminais e das sanções disciplinares na execução penal, perceberemos que não há diferenças ontológicas entre as mesmas, mas apenas distinções quantitativas. Ambas são, na essência, atos de poder que impõe sofrimento intencional e limitações de direitos e expectativas aos seus destinatários (aliás, perseguindo escopos empiricamente irrealizáveis ou

democraticamente insustentáveis). Diferem apenas quanto à intensidade imposta de sofrimento ou de limitação de direitos e expectativas. Desse modo, se o que se pretende é a aplicação de sanção de conteúdo punitivo por uma infração à lei (em sentido amplo), não há outra saída senão reconhecer a identidade de causas de pedir.

A resposta ideal para a prática de uma conduta prevista como crime doloso ocorrerá no âmbito do direito penal, porquanto é nessa seara que o indivíduo poderá valer-se de todos os meios existentes para exercer o direito constitucionalmente consagrado ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, nem mesmo a hipótese mais grave prevista no rol de condutas que configuram uma falta de natureza grave – qual seja, a prática de um crime doloso – poderia ser punida no âmbito administrativo, pois a prática de um crime doloso já é naturalmente sancionada no âmbito do direito penal e, por sua vez, o duplo sancionamento também no âmbito do direito administrativo violaria o princípio do *non bis in idem*. Assim, constata-se que esta modalidade de falta grave igualmente não se encontra em consonância com os filtros instituídos pelo direito com a finalidade de limitar o poder punitivo.

3.3 O exame e sua manifestação na execução penal brasileira

Michel Foucault (2014) indica que ambos os mecanismos anteriormente analisados – quais sejam, o olhar hierárquico e a sanção normalizadora – são combinados em um procedimento que completa o rol de procedimentos que constituem o poder disciplinar, sendo que este procedimento é o exame. De acordo com Michel Foucault, “o exame está no centro dos processos que constituem o indivíduo como efeito e objeto de poder, como efeito e objeto de saber”, notadamente porque “é ele que, combinando vigilância hierárquica e sanção normalizadora, realiza as grandes funções disciplinares de repartição e classificação, de extração máxima das forças e do tempo, de acumulação genética contínua, de composição ótima das aptidões” (Foucault, 2014, p. 188).

Por intermédio do exame, o indivíduo é submetido a uma gama variada de entrevistas e testes realizados para aquilatar se ocorreu a internalização do comportamento esperado pela instituição disciplinar e, caso este comportamento não tenha sido internalizado, o indivíduo será sancionado. O exame permite que o disciplinador conheça o disciplinado e, a partir do conhecimento obtido acerca do disciplinado, permite que o disciplinador teste um certo aprendizado ensinado, bem como, se for o caso, aplique uma sanção para punir o disciplinado que não internalizou o comportamento esperado.

Porém, o exame não busca apenas conhecer e aplicar sanções ao disciplinado, pois, por meio do ritual que é desenvolvido durante a realização do exame, o poder é renovado na medida em que se ratifica a ideia de que o indivíduo precisa apresentar um determinado comportamento esperado pela instituição em que se encontra inserido. O exame, é, portanto, um ritual que ratifica o poder e que é realizado com a finalidade de mapear a personalidade do disciplinado. O exame e seu respectivo ritual encontrava-se presente nos aparelhos disciplinares que à época foram analisados por Michel Foucault (2014) – v.g., em hospitais, escolas e prisões – e encontra-se presente, também, nos pretensos aparelhos disciplinares desenvolvidos contemporaneamente nas prisões.

Quando do surgimento das instituições penitenciárias, a pessoa presa passou a ser observada e esquadrihada em busca de respostas para conter a criminalidade. De acordo com Massimo Pavarini (2006), no início do século XIX, o mundo voltou seus olhos para a realidade penitenciária norte americana em busca de respostas para conter a crescente onda de criminalidade que igualmente assolava os demais países do globo, de modo que uma gama variada de pessoas visitava as instituições penitenciárias norte-americanas com o objetivo de observar e conhecer o criminoso. Em tal período, “o cárcere torna-se [...] o horto botânico, o jardim zoológico bem organizado de todas as espécies criminosas” (Melossi; Pavarini, 2006, p. 213). O surgimento da criminologia também contribuiu com o fomento da prática de se observar o criminoso, pois “a criminologia – como ciência da criminalidade – é, antes de tudo, nas suas origens, o conhecimento do criminoso” (Melossi; Pavarini, 2006, p. 214).

No âmbito da execução penal brasileira, a personalidade do indivíduo será examinada, sobretudo, através do exame criminológico, o qual, ao menos segundo as disposições contidas no plano normativo, deve fornecer os elementos necessários para orientar a individualização da pena, bem como subsidiar a conveniência da concessão de direitos, tal como o direito à progressão de regime.

Quando o exame criminológico é realizado para orientar a individualização da pena, “são analisados os históricos pessoais, criminais, familiares e comportamentais do apenado para traçar um plano supostamente individualizado de cumprimento de pena que – em regra – não será executado” (Aleixo; Penido, 2018, p. 66). Essa hipótese de exame criminológico encontra-se legalmente prevista no art. 34, do CP²⁸ e, ainda, no art. 8º, da LEP²⁹ (Brasil, 2024c; 2024b).

²⁸ Art. 34, CP: O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução (Brasil, 2024c).

²⁹ Art. 8º, LEP: O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução (Brasil, 2024b).

Por outro lado, quando o exame criminológico é elaborado para o subsidiar a conveniência da concessão da progressão de regime, é realizada “uma perícia que busca aferir a personalidade e periculosidade do preso, e prever se ele voltará ou não a delinquir, considerando-o – a partir dessa previsão – inapto ou apto para retornar à vida em sociedade, sem oferecer risco à segurança social” (Aleixo; Penido, 2018, p. 66).

Essa hipótese de exame criminológico inicialmente encontrava-se legalmente prevista no art. 112, da LEP,³⁰ porém a Lei n° 10.792/2003 alterou a redação originária do referido dispositivo e tal modalidade de exame criminológico deixou de ter previsão legal.³¹ Posteriormente, a partir de entendimentos dos Tribunais Superiores – notadamente, do STF, através da Súmula Vinculante 26;³² e do STJ, através da Súmula 439³³ – a realização do exame criminológico para fins de progressão voltou a ser admitido para alguns casos excepcionais. Por fim, a Lei n° 14.843/2024 alterou novamente a redação do art. 112, §1°, da LEP³⁴ e reintroduziu a obrigatoriedade legal do exame criminológico (Brasil, 2024f).

O exame criminológico que deveria ser realizado para fins de individualização não é comumente realizado e, quando excepcionalmente o é, apresenta propostas que não serão seguidas, quer seja porque são estruturalmente inviáveis de serem implementados no sistema prisional, quer seja porque não há interesse em sua implementação. O exame criminológico para fins de progressão de regime é aquele que guarda relação direta com o exame descrito por Michel Foucault (2014) – por examinar o indivíduo que já se encontra há algum tempo submetido à intervenção do poder disciplinar –, bem como o que acarreta os efeitos mais nefastos na execução penal – por fazer com que aquele que já cumpriu com os requisitos

³⁰ Em sua redação originária, o art. 112, da LEP detinha a seguinte redação: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário” (Brasil, 2024b).

³¹ Com as alterações promovidas pela Lei n° 10.792/2003, o art. 112, da LEP passou a deter a seguinte redação: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão” (Brasil, 2024b).

³² Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (Brasil, 2009).

³³ Súmula 439, STJ: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” (Brasil, 2010).

³⁴ Art. 112, §1°, LEP: Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão (Brasil, 2024b).

temporais para estar em um regime mais favorável ou, até mesmo, para sair do cárcere, permaneça preso em um regime mais gravoso.

O sistema prisional não conta com o número de profissionais suficientes para produzir com celeridade todos os exames criminológicos que são solicitados, de modo que os indivíduos permanecem presos por meses após o implemento do prazo temporal para progressão, aguardando a realização do exame criminológico. Para além disso, o exame criminológico não consegue aferir a periculosidade e a tendência para a prática de crimes futuros, de modo que se dispõe a apresentar um argumento técnico que nem de longe carrega a verdade que asseverar. Como se não bastasse, os juízes se valem do argumento de autoridade técnica fornecido pelo exame criminológico para indeferir a concessão de direitos adquiridos e terceirizar a responsabilidade por este indeferimento.

É importante consignar, ainda, que sequer se tem a garantia de que o exame criminológico favorável será utilizado como um instrumento em favor da liberdade, pois o Min. Cristiano Zanin, quando da análise do pedido liminar formulado no ROHC 230.929/SP, entendeu que o magistrado não se encontra vinculado pelo parecer favorável do exame criminológico e, inclusive, pode se valer de trechos desfavoráveis contidos no exame e que não comprometeram a conclusão pelo bom comportamento para fundamentar o indeferimento do pedido de progressão (Brasil, 2023b). Ou seja, o exame criminológico desfavorável necessariamente faz com que o indivíduo tenha o direito a progressão indeferido, porém esta lógica não se aplica quando o exame criminológico é favorável, pois, em tais casos, o juiz ainda possui discricionariedade para se valer de qualquer trecho descontextualizado contido no exame criminológico para fundamentar o indeferimento do pedido de progressão de regime, tudo isso chancelado pela Corte Constitucional.

De acordo com Aleixo e Penido (2018, p. 70), “o exame criminológico é um eficaz instrumento de controle sociopenal que permite o prolongamento do encarceramento e a neutralização do indesejável”. O retrato que as autoras fazem do exame criminológico captura com precisão a essência do mesmo, pois o exame criminológico é eficiente ao prolongar o encarceramento pelo tempo necessário para promover a neutralização do indivíduo.

O exame criminológico demora para ser elaborado. Ademais, caso conclua que o indivíduo possui mau comportamento, fornece a fundamentação técnica necessária para negar a concessão de direitos e, por outro lado, caso conclua que o indivíduo possui bom comportamento, não vincula a decisão do juiz e seus trechos descontextualizados fornecem a fundamentação técnica necessária para negar a concessão de direitos. O exame criminológico,

portanto, trata de um instrumento que apenas serve ao aprisionamento, nunca à obtenção da liberdade.

3.4 A função desempenhada pelo poder disciplinar na execução penal brasileira

Os mecanismos que caracterizam o poder disciplinar apresentados por Michel Foucault (2014) igualmente encontram-se presentes na execução penal brasileira. Porém, é importante salientar que a execução penal brasileira possui um componente que lhe é peculiar, o qual encontrava-se presente no momento em que a prisão ganhava expressividade e que de forma sutil se conserva até a contemporaneidade. Esse componente é o fato da prisão ter sido forjada em meio ao contexto escravocrata.

Nilo Batista (2022, p. 163) afirma que “a circunstância de ter a pena pública sido instituída entre nós no marco de um modo de produção escravista” é negligenciada e desconsiderada pelos penalistas brasileiros, sendo que esta circunstância faz com que o poder disciplinar brasileiro seja ainda mais nefasto. Conforme destaca Nilo Batista (2022, p. 188), “há algo de escandaloso quando uma nação funda a pena pública no marco de um modo de produção escravista e as marcas desse escândalo estão distante de nossos olhos ainda hoje”.

Até o final do período colonial e o início do período imperialista, vigorava-se no Brasil “um sistema penal eminentemente privatístico e corporal, marcado pelas punições públicas de senhores sobre seus escravos (açoites) e pela subsistência das penas de morte na forca, galés, desterro, degredo e imposição de trabalhos públicos forçados” (Roig, 2013, p. 28). Nas poucas prisões datadas desse período, “vigorava-se a pernicioso e indiscriminada combinação de presos de diferentes espécies, além de escravos” (Roig, 2013, p. 30). Em síntese, esses eram enviados às prisões ou por caçadores – que recapturavam escravos fugitivos e os deixavam acautelados nas prisões esperando pelo momento em que os donos aparecessem para reivindicá-los – ou, até mesmo, por seus próprios senhores – que remetiam os escravos indisciplinados para passar um período na prisão para fins de correção (Roig, 2013). Nesse sentido, Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 31-32) indica que os escravos fugitivos eram enviados por seus proprietários para a prisão intitulada Calabouço “para a expiação da pena de açoites [...] e posterior imposição de ferros, com a permanência no cárcere pelo tempo igualmente fixado pelos senhores”. Portanto, as prisões existentes no período de transição entre a colônia e o império, além de acautelar criminosos livres, também executavam as penas corporais impostas pelos senhores de escravos com o escopo de disciplinar os escravos faltosos.

Por via de regra, os senhores é que disciplinavam seus escravos. Não obstante, “desde sua captura [...], estava o escravo totalmente submetido a um poder punitivo privado, no Brasil jamais regulamentado, que se comunicava instavelmente com o poder punitivo público” (Batista, 2022, p. 163). O poder punitivo era eminentemente privado, mas o poder punitivo público igualmente punia os escravos quando era solicitado pelos Senhores ou, ainda, quando era imputado aos escravos a prática de crimes mais graves. Inclusive, “a tradição de agências públicas exercerem poder punitivo privado pode mirar-se na Curitiba de 1699, na aquisição pela Câmara Municipal de um tronco” (Batista, 2022, p. 187).

Ao analisar esse contexto, Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 35) constata que “o sistema de controle disciplinar no Brasil teve seus contornos traçados no âmago da sociedade escravista brasileira do século XIX, em especial durante o começo da expansão cafeeira”. Ademais, por estar voltado para punir e disciplinar os escravos insubordinados, Roig (2013, p. 36) igualmente constata que o sistema punitivo vigente nesse período buscava manter o controle da população escrava e preservar esta ordem escravocrata vigente na sociedade, conforme depreende-se trecho a seguir transcrito:

Assim, diante do turbilhão causado pelas agitações sociais da primeira metade do século XIX e do enorme temor de uma insurreição escrava exemplo do que ocorrera na revolta malê, tornou-se imprescindível a adoção de um modelo penal policalesco e disciplinatório, capaz de vigiar determinados segmentos das sociedades, de subjugar a população cativa e de reforçar o regresso conservador.

A pena de prisão se tornou a principal pena do sistema de punição brasileiro apenas no século XIX e, portanto, Rodrigo Duque Estrada Roig (2013) se debruçou sobre os regulamentos penitenciários editados a partir do referido período, sob a égide, respectivamente, do Código Criminal de 1830 e do Código Penal de 1890, com o intuito de compreender as ideologias que se encontram presentes na legislação penitenciária. Em síntese, tal análise histórica permitiu constatar que as práticas disciplinares comumente destinadas aos escravos igualmente foram transplantadas para o interior dos regulamentos que regiam as prisões, bem como alcançaram os corpos de outros indivíduos. As prisões brasileiras foram forjadas no contexto escravocrata, portanto foram igualmente influenciadas pelos castigos que se impunha aos escravos.

Na época do período imperial, o Brasil tentou acompanhar o movimento global de superação das penas de suplício e criou a Casa de Correção da Côrte, que foi inaugurada no dia 1º de agosto de 1850 com o objetivo de “abrigar cativos insurgentes e capoeiras, assim como de reprimir a mendicância, acostumar os vadios ao trabalho, e corrigi-los de seus vícios tão prejudiciais a eles mesmos como à sociedade em geral” (Roig, 2013, p. 37). A cada uma das

modalidades de presos destinava-se um tratamento distinto, porque a punição imposta aos presos comuns supostamente teria que promover a ressocialização e, por sua vez, a punição imposta aos presos escravos deveriam servir de exemplo para os demais e promover a neutralização. É o que explica Roig (2013, p. 42-43):

A complexidade das relações sociais do Brasil Império estava ali evidenciada, em um sentido hierarquizante e discriminatório. Aos presos ‘comuns’, destinava-se um modelo ressocializante, conseqüente do projeto liberal emergente e voltado à regeneração moral do indivíduo ainda considerado capaz de cumprir os desígnios a ele atribuídos pelas forças sociais dominantes. Em contrapartida, no tocante aos presos escravos, a funcionalidade do sistema prisional deixa de ter um cunho eminentemente preventivo especial para se concentrar nas vertentes retributiva, preventiva especial negativa e preventiva geral (positiva e negativa). Em outras palavras: a pena destinada aos escravos conserva incólume a sua condição de suplício corporal, reproduzindo na esfera pública as mesmas práticas punitivas senhoriais (privadas), não apenas como meio de expiação do ato praticado e de dissuasão de possíveis levantes escravos, mas também como instrumento de neutralização – verdadeiro extermínio –, seja dos cativos considerados perigosos ou sediciosos, seja daqueles que deixavam de possuir serventia laboral.

Os estabelecimentos prisionais criados durante o Império foram paulatinamente regulamentados através da criação de decretos, sendo que todas as legislações deste período, em maior ou menor medida, receberam as práticas disciplinares que eram destinadas aos escravos e concederam discricionariedade para que as autoridades encarregadas de ditar o destino dos presos as aplicassem.

A Casa de Correção do Rio de Janeiro foi inicialmente regulamentada pelo Decreto nº 678 de 1850, o qual estabeleceu que o referido estabelecimento prisional se destinava a promover a execução da pena de prisão cumulada com trabalho (Roig, 2013). Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 45), “este regulamento pode ser a matriz de nosso regramento carcerário, não apenas em razão de sua magnitude e extensão a outras unidades prisionais em território nacional, mas sobretudo por erigir um arcabouço penitenciário cujas permanências são sentidas até hoje”.

O Decreto nº 678 de 1850 contava com capítulo inteiramente dedicado a discorrer acerca das infrações disciplinares – a saber, o Capítulo IV – que “ao mesmo tempo em que retrata fielmente a transposição, para a realidade carcerária de certas práticas punitivas do modelo escravista, consolida a importância da regulamentação disciplinar carcerária para o processo de controle social desenvolvido no Brasil no século XIX” (Roig, 2013, p. 54). Em apertada síntese, “os presos faltosos estavam submetidos a penalidades que oscilavam entre o rebaixamento de classe e a imposição de trabalho solitário na própria cela, até as malfadadas penas de reclusão em cela escura [...], restrição alimentar e imposição de ferros” (Roig, 2013,

p. 54-55). Não obstante, o regulamento enfatizava a imposição de castigos corporais e, conseqüentemente, os castigos de restrição alimentar, de confinamento em celas escuras e de imposição de ferros eram as destinadas para as infrações disciplinares mais graves (Roig, 2013).

A restrição alimentar era imposta aos presos que insultavam empregados, lesionavam terceiros, furtavam ou danificavam objetos ou tentavam evadir (Roig, 2013). Por outro lado, a cela escura buscava conter “atos de ameaça e violência contra empregados ou companheiros de cárcere [...], furto e destruição voluntária de objetos do estabelecimento ou de outros presos [...], destruição de objetos de uso próprio [...] e tentativa de fuga, com ou sem violência” (Roig, 2013, p. 47). O castigo de restrição alimentar normalmente era imposto conjuntamente com o castigo de confinamento em cela escura, de modo que o preso faltoso submetido a tais castigos eram enclausurados “em um cubículo sem luz”, bem como “teria como único sustento um quarto [...] de pão pela manhã, e igual quantidade à tarde” (Roig, 2013, p. 56-57). Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 57) explica que “o provimento de metade de um pão ao longo de todo dia era [...] uma medida coercitiva de rápida e contundente eficácia debilitante”, bem como que o confinamento em cela escura era limitado a seis dias, demonstrando “que as autoridades penitenciárias possuíam plena consciência do potencial deletério e da proficuidade das penas corporais na política de controle social então implementada” (Roig, 2013, p. 57).

Por sua vez, a imposição de ferros apenas poderia ser aplicada para os casos de extrema necessidade, por ordem da Comissão Inspetora da Casa de Correção (Roig, 2013). Em apertada síntese, “a imposição de ferros destinava-se essencialmente aos atos de ameaça e violência praticados contra empregados da Casa de Correção”, sendo que, no Código Imperial, tal pena encontrava-se prevista como uma pena complementar na medida em que o escravo deveria ser açoitado e, por conseguinte, deveria ser entregue ao seu senhor para que fosse lhe inseridos ferros (Roig, 2013, p. 59).

Não obstante, as penas prevista no regulamento não eram as únicas impostas, pois o Diretor detinha uma certa discricionariedade e, inclusive, na Casa de Correção impunham-se a pena intitulada de estação – que consistia em manter o “condenado em pé, com os pés atados ao chão e os braços pelas costas” (Roig, 2013, p. 59) –, bem como a pena intitulada corpo curvado – que consiste em colocar o “preso sentado com as pernas dobradas, presa pelos braços atados nos pulsos, e sustidos nesta posição por uma pequena vara enfiada por baixo dos joelhos e por cima dos braços” (Roig, 2013, p. 59). Os mecanismos de controle da população cativa foram, portanto, introduzidos no ambiente carcerário, pois, conforme indica Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 56), “a imposição de castigos corporais [...] é a tônica do aparato disciplinar erigido pelo Decreto n° 678, de 1850”.

Posteriormente, ocorreu a instalação de uma Casa de Detenção nas dependências da Casa de Correção da Corte que, sobretudo, abrigava os presos hoje reputados como provisórios, vale dizer, que não foram definitivamente condenados (Roig, 2013). A Casa de Detenção foi regulamentada pelo Decreto nº 1.774 de 02 de julho de 1856, sendo que tal regulamento recepcionou as relações de poder que regiam a sociedade brasileira no século XIX na medida em que distinguia o tratamento que respectivamente deveria ser destinado aos presos mais ou menos abastados. Os presos ricos que proviam o próprio sustento “estavam autorizados a obter de fora seus alimentos e roupas”, bem como, caso obtivessem a autorização do Chefe de Polícia ou do Diretor da Casa de Correção, poderiam ser acompanhados por criados ou escravos (Roig, 2013, p. 62-63). Os presos ricos que proviam o próprio sustento podiam, ainda, consumir até meia garrafa de vinho por dia (Roig, 2013). Por outro lado, os presos pobres não podiam receber alimentos ou roupas de fora, pois “estavam obrigados a comer e trajar o que lhes fosse disponibilizado” (Roig, 2013, p. 62). Assim, “presos pobres, estrangeiros, aqueles que trabalhassem no estabelecimento e escravos possuíam tabelas próprias, que arrolaram quais mantimentos seriam fornecidos” (Roig, 2013, p. 62-63). Ademais, o alvará de soltura do escravo não poderia ser cumprido enquanto seus respectivos senhores não reembolsasse o Estado pelos custos dispensados com a manutenção do preso (Roig, 2013).

As normas disciplinares previstas no Decreto nº 1.774 para a Casa de Detenção eram similares às previstas no Decreto nº 678 para a Casa de Correção. Não obstante, as sanções de ambos os estabelecimentos eram distintas, pois os presos faltosos da Casa de Detenção eram sancionados com as sanções de “advertência em separado, repreensão em público, mudança de prisão, prisão solitária simples e prisão solitária acrescida de jejum” (Roig, 2013, p. 64). Tais sanções eram igualmente aplicadas de forma discriminatória, pois na Casa de Detenção havia o “absoluto impedimento de inflicção de castigos corporais aos presos que não fossem escravos, sendo igualmente vedada a imposição de ferros” (Roig, 2013, p. 64). Portanto, Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 64) constata que a Casa de Detenção “mantém inabaláveis as estruturas hierárquicas do modelo escravista, além de encarnar a porta de entrada do complicado processo de controle social via cárcere, implementado no Brasil na segunda metade do século XX”.

Posteriormente, o antigo regulamento da Casa de Correção – Decreto nº 678, de 1850 – foi substituído por um novo regulamento – Decreto nº 8.386, de 1882 – que “manteve em linhas gerais a mesma estrutura disciplinar e organizacional implementada pelo primeiro regulamento” (Roig, 2013, p. 64). Novas faltas disciplinares voltadas para tutelar a moralidade dentro da prisão foram criadas e algumas das antigas faltas passaram a receber sanções mais rigorosas, porém a estrutura do aparato disciplinar foi mantida (Roig, 2013). Encontravam-se

previstas como sanções disciplinares as seguintes penas: “privação de visitas, correspondência e outros favores, redução ou privação temporária do salário, degradação de classe, reclusão na célula, restrição alimentar e imposição de ferro” (Roig, 2013, p. 75). A redução ou a privação temporária do salário incorporou o rol de penas que dialogam diretamente com o sistema escravocrata, pois visava “transformar o recluso em semi-escravo (na hipótese de redução salarial) ou mesmo escravo, quando aquele se via privado por completo da devida contraprestação pelo labor prestado” (Roig, 2013, p. 76). A imposição de confinamento em cela escura deixou de compor o rol de sanções disciplinares, porém a restrição alimentar e a imposição de ferros continuaram previstas no novo regulamento (Roig, 2013). Portanto, “mantém-se incólume a sanção disciplinar de imposição de ferros, marco principal da convergência punitiva sobre o eixo corporal, imperante na sociedade escravocrata” (Roig, 2013, p. 76).

As legislações supracitadas, foram editadas ainda durante a vigência do Código Criminal de 1830, o qual contava com inúmeras sanções penais de natureza distintas. Não obstante, “a abundância e a natureza das sanções previstas no Código Criminal de 1830 passaram a ser duramente combatidas no final do século XIX” e, buscando adequar o sistema punitivo às exigências impostas pela “nova ordem sociopolítica republicana”, ocorreu a edificação do “Código Penal de 1890, que buscou romper com certas práticas punitivas do império, tidas como arcaicas e degradantes” (Roig, 2013, p. 78). A partir da vigência do novo Código Penal de 1890, a pena de prisão foi oficialmente erigida a principal pena do sistema de punição brasileiro, pois

são extirpadas as penas de morte, de galés, de açoite e perpétua, subsistindo para quase todos os delitos a pena de prisão celular com trabalho obrigatório, com a limitação do isolamento absoluto ao período máximo de dois anos e com enfoque no trabalho em comum, com segregação noturna e silêncio durante o dia. (Roig, 2013, p. 79).

Com o advento do Código Penal de 1890, é fomentada, também, a ideologia de que a pena de prisão deveria promover a correção da pessoa presa, sobretudo para que fosse possível atender a demanda por mão de obra. Os escravos supriam toda a necessidade por mão de obra porventura existente na sociedade escravocrata e, conseqüentemente, a pena de prisão poderia desempenhar a função de neutralizar todos aqueles que porventura eram inseridos nos estabelecimentos prisionais (Roig, 2013). Porém, a abolição da escravatura “dá lugar à consolidação de um mercado de trabalho livre, que necessita, senão aproveitar, ao menos incutir

no meio carcerário a propensão ao trabalho, elevando-o à condição de elemento reparador do indivíduo aproveitável” (Roig, 2013, p. 80).

As alterações introduzidas no sistema punitivo brasileiro através do Código Penal de 1890 não alteraram o já deveras arraigado modo de operacionalização do sistema disciplinar, o qual, desde os primórdios de sua utilização pelo sistema punitivo, já operava seletivamente com o intuito de promover o controle de determinados segmentos marginalizados da sociedade. É o que indica Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 79-80):

[...] tais medidas não tiveram qualquer impacto sobre a rígida estratificação da sociedade brasileira, nem sequer afetaram a verdadeira essência do sistema penal, acobertada por uma roupagem pseudoprogressiva dada pelo Código de 1890 aos mesmos paradigmas persecutórios traçados.

O sistema penal vigente naquela sociedade escravocrata preocupava-se, sobretudo, em controlar os corpos dos escravos para se evitar possíveis insurreições e, seguindo esta mesma lógica, o sistema penal vigente nessa sociedade recém liberta igualmente preocupa-se em controlar os corpos dos filhos dos escravos que continuaram à margem da sociedade porque a abolição da escravatura não veio acompanhada de qualquer medida com idoneidade para promover a inclusão dos descendentes de escravos. Ao rol de marginalizados integrado pelos antigos escravos é integrado, ainda, uma gama de outros marginalizados que igualmente eram objeto da intervenção penal. Nesse sentido, após analisar a estrutura econômica vigente na Primeira República, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista *et al* (2017, p. 441-442) identificam quem eram as pessoas selecionadas pelo sistema penal desse período, conforme depreende-se do seguinte trecho a seguir transcrito:

Temos aí uma síntese, sem dúvida lacunosa, porém suficiente para nossas finalidades, da estrutura econômica da primeira república: basicamente agroexportadora (ao lado da posição privilegiada – até as respectivas crises – do café e da borracha, ainda o açúcar – já decadente –, o algodão, o cacau etc.), baseada na grande propriedade rural, com uma incipiente industrialização na qual a exploração capitalista da força de trabalho praticamente não tem limites, à qual vêm agrupar-se empresas estrangeiras, sinalizando a dependência do capital externo sobre a qual depõem os números da dívida. À tal estrutura correspondem relações sociais de dominação que, no campo, expressam-se – pela ponta dominante – no ‘coronelismo’ que encadeia a grande propriedade rural ao poder estadual, na base do que se chamou ‘política dos Governadores’; na ponta dominada, aos escombros sociais da escravaria eventualmente aproveitados, e ao lado dos pobres livres cujas desconfortáveis estratégias de sobrevivência provinham ainda do escravismo (tropeiros, sitiante, agregados, camaradas), tínhamos os contingentes de imigrantes, nos quais as oligarquias apostavam também para realizar um ‘embranquecimento’ nacional. Nas cidades em que se concentravam indústrias, o proletariado lutava pelas mais elementares limitações à exploração de seu trabalho, luta que se acirrou especialmente com o movimento anarquista; convém mencionar desde logo os desclassificados

urbanos (prostitutas e cáftens, desempregados, capoeiras e mais tarde malandros etc.), alvos explícitos do sistema penal da primeira república.

Ademais, embora o sistema punitivo republicano preocupasse com a regeneração do indivíduo, o poder disciplinar continuou recaindo sobre os corpos das pessoas presas, tal como fazia anteriormente. Diante dessa confluência de escopos incompatíveis, Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 81) afirma que o arcabouço normativo republicado era disforme e incoerente, notadamente porque “prioriza a reforma moral do indivíduo sem, contudo, desapegar-se da funcionalidade corporal na estratégia de dominação, fazendo coexistirem diretrizes penais ontologicamente antagônicas”.

O apego aos mecanismos de controle que promovem intervenções nos corpos das pessoas presas pode ser evidenciado a partir da análise das legislações penitenciárias criadas durante o período republicano. A antiga Casa de Correção do Rio de Janeiro passou a ser a Casa de Correção da Capital Federal e foi regulamentado pelo Decreto nº 3.647, de 1900, o qual manteve o mesmo rol de sanções disciplinares anteriores previstas, incluindo as sanções disciplinares que recaem diretamente sobre os corpos das pessoas presas, no caso, as sanções de restrição alimentar e de imposição de ferros (Roig, 2013). Como se não bastasse, o Decreto nº 3.647, de 1900 ampliou a discricionariedade do diretor e possibilitou que a sanção de imposição de ferros fosse arbitrariamente imposta, pois “enquanto nos regulamentos de 1850 e de 1882 a imposição de ferros dependia de ordem da Comissão inspetora, o novo regulamento estabelece que a injunção desta pena cabe ao exclusivo arbítrio do diretor do estabelecimento” (Roig, 2013, p. 85).

Também não houveram alterações significativas nas primeiras legislações editadas no início do século XX, pois o Decreto nº 8.296, de 13 de outubro de 1910 distinguia o tratamento que deveria ser destinado entre presos, bem como “manteve as sanções disciplinares de privação de visitas, correspondência e outros favores ou concessões, redução ou privação temporária de salário, reclusão na célula e, por fim, as renitentes penas de restrição alimentar e imposição de ferros” (Roig, 2013, p. 92). Por sua vez, o Decreto nº 10.873 de 29 de abril de 1914 – que substituiu o Decreto nº 1.773, de 1856, isto é, antigo regulamento da Casa de Detenção que funcionava no anexo da Casa de Correção – manteve incólume a malfadada sanção de “prisão solitária com a restrição alimentar, consistente na refeição de 85 gramas de pão pela manhã e quantidade igual à tarde, pelo prazo máximo de cinco dias” (Roig, 2013, p. 99). Por fim, o Decreto nº 16.664, de 5 de novembro de 1924 estabeleceu que algumas galerias da Casa de Correção seriam destinadas aos acusados da prática de crimes políticos e presos durante o estado de sítio, notadamente porque a Primeira República enfrentou um turbilhão social oriundo

do embate de diversos interesses e, através da decretação do estado de sítio e da consequente possibilidade de prender aqueles que agravavam tal cenário, buscava-se controlar os corpos daqueles que provocavam agitações (Roig, 2013). Portanto, “a programação criminalizante da Primeira República evidencia o contra-senso de um sistema penal que viabiliza peremptoriamente a fundação da ordem burguesa, mas que traz em si, pulsante, a cultura da intervenção corporal escravista” (Roig, 2013, p. 101).

A análise dos aspectos históricos da regulamentação penitenciária do controle carcerário no Brasil indica que a prisão e o poder disciplinar desenvolvido no interior da prisão surgem com o objetivo de promover o controle dos corpos da população escrava. Conforme igualmente destacado por Nilo Batista (2022, p. 189):

regulamentos penitenciários da primeira República impunham aos internos sanções disciplinares em tudo idênticas às penas dos escravos, como ‘restrição alimentar’ e ‘imposição de ferros’, além dos espancamentos que, embora não figurem nos textos, foram e continuaram sendo largamente praticados.

Desde então, a legislação penitenciária passou por profundas alterações, porém a análise acurada da atual legislação penitenciária indica que nem todas as práticas disciplinares de natureza escravocrata foram extirpadas da legislação. O isolamento absoluto que era imposto ao preso faltoso através da inclusão em cela escura, por exemplo, sobrevive na atual legislação através do regime disciplinar diferenciado (RDD).

Na execução penal brasileira, a pretensão de transformar e docilizar os corpos das pessoas presas é expressamente recepcionada pelo dispositivo que define o poder disciplinar (arts. 1º e 44, da LEP; Brasil, 2024b), porém tal pretensão permanece restrita no plano programático porque, aqui, o poder disciplinar visa promover o extermínio dos descendentes daquela mesma clientela que permanece praticamente inalterada desde o período da colônia e, ainda, legitimar a experiência prisional.

A pena de prisão deveria corrigir o delinquente, a fim de que o mesmo retornasse íntegro para o convívio em sociedade. Tal projeto deveria ser viabilizado, sobretudo, através do poder disciplinar, o qual deveria transformar os corpos das pessoas presas em corpos dóceis e úteis. Ou melhor, deveria incutir dentro da pessoa presa o ânimo de colaborar com a ordem, obedecer às determinações das autoridades/agentes e desempenhar o trabalho, porquanto a internalização deste ânimo supostamente auxiliaria na integração social de tal indivíduo (arts. 1º e 44, LEP; Brasil, 2024b). O poder disciplinar, portanto, é que deveria promover a ressocialização, a qual, por sua vez, justifica e legitima a existência da pena de prisão.

Não obstante, a experiência oriunda destes quase três séculos de existência da pena de prisão indica que tal modalidade de sanção não visa produzir corpos dóceis e úteis. A prisão conserva algumas características que lhe são intrínsecas e que transcendem as peculiaridades existentes em cada nacionalidade, sendo que, de acordo com Alessandro Baratta (1999, p. 183), as características que são comuns ao exercício da experiência carcerária é que “os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado [...] e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa”.

As instituições prisionais – agora focando nas que compõem a América Latina e, sobretudo, nas que compõem o sistema prisional brasileiro – produzem violência e o ócio, portanto impõe um estilo de vida completamente incompatível com a finalidade de produzir corpos dóceis e úteis. A violência não pode ter como produto a docilidade, pois violência apenas gera mais violência. A ociosidade não pode ter como produto a utilidade, pois ociosidade gera mais ociosidade. Os objetivos supostamente perseguidos pela pena de prisão e pelo poder disciplinar são, portanto, incompatíveis com uma dinâmica que é inerente ao sistema prisional.

Diante desta realidade que se contrapõe ao plano programático, o poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal brasileira não deve ser entendido como o mecanismo de produção de corpos dóceis e úteis. Ao que tudo indica, na execução penal brasileira, o poder disciplinar promove o extermínio dos corpos indóceis e inúteis que são selecionados e inseridos no sistema prisional, bem como legitima a existência da pena de prisão. Aparentemente, o poder disciplinar desempenha: no plano prático, a função de prolongar o tempo do indivíduo no cárcere pelo tempo necessário ao seu extermínio; no plano ideológico, a função de fortalecer o mito da ressocialização. Assim, ambos os capítulos subsequentes se dedicarão aos efeitos que efetivamente são desenvolvidos pelo poder disciplinar na execução penal brasileira.

4 O PODER DISCIPLINAR COMO INSTRUMENTO DE EXTERMÍNIO

A imutabilidade da coisa julgada é uma ficção jurídica, pois as decisões judiciais necessariamente serão modificadas de formas quantitativa e qualitativa durante seus respectivos cumprimentos. No direito civil, a condenação ao pagamento de determinado valor é modificada porque é acrescida de encargos legais – tais como juros e correção monetária – que podem fazer com que a obrigação principal se torne até mesmo menos onerosa do que o valor devido a título de consectários legais. No direito penal, a condenação a uma pena privativa de liberdade é modificada porque o reconhecimento de uma falta grave e o resultado desfavorável do exame criminológico fazem com que o indivíduo permaneça em regimes prisionais mais rigorosos pelo tempo superior ao que deveria permanecer e, quando se prolonga o período em que o indivíduo deve permanecer em um regime mais rigoroso, se prolonga, também, o tempo em que o indivíduo deve permanecer no próprio cárcere. Porém, a volatilidade das decisões judiciais que supostamente seriam imutáveis e indiscutíveis acarreta efeitos muito mais nefastos no âmbito do direito penal, pois promovem a morte ou, no mínimo, a transformação indelével da pessoa presa.

O reconhecimento de uma falta grave e do resultado desfavorável do exame criminológico transcendem a esfera administrativa e repercutem diretamente na execução da pena privativa de liberdade fundamentando o indeferimento ou a revogação de direitos adquiridos que erroneamente são denominados de benefícios no cotidiano da execução penal.

Nesse sentido, o reconhecimento de uma falta grave acarreta: a revogação da autorização para o trabalho externo (art. 37, parágrafo único, LEP; Brasil, 2024b); a revogação de requisitos mais benéficos para a progressão de regime de mulheres (art. 112, §4º, LEP; Brasil, 2024b); a interrupção do prazo para a progressão de regime (art. 112, §6º, LEP; Brasil, 2024b); a regressão com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, sendo que tal regressão poderá ocorrer em saltos (art. 118, I, LEP; Brasil, 2024b); a revogação da saída temporária (art. 125, I, LEP; Brasil, 2024b); a revogação de até 1/3 do tempo remido (art. 127, LEP; Brasil, 2024b); a revogação da monitoração eletrônica (art. 146-D, LEP; Brasil, 2024); e a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade (art. 181, §1º, ‘d’, LEP; Brasil, 2024b). Por outro lado, o resultado desfavorável do exame criminológico impede a progressão para o regime menos gravoso (art. 112, §1, LEP; art. 114, II, LEP; Brasil, 2024b).

O reconhecimento de uma falta grave ou o resultado negativo do exame criminológico repercutem na execução penal de maneiras distintas, porém a revogação daqueles direitos que

possibilitam algum tipo de contato com o meio externo gera significativa frustração à pessoa presa. O indivíduo que se encontra no regime semiaberto poderá voltar a ter contatos esporádicos com a sociedade, caso seja deferido, por exemplo, o trabalho externo³⁵ ou a saída temporária.³⁶ Porém, se porventura praticar uma falta grave durante esse período, o direito ao trabalho externo e a saída temporária serão revogados, reintroduzindo o indivíduo de forma total no cárcere. Portanto, aquele que no seu imaginário acreditava estar perto de encerrar a sua pena justamente por desempenhar aquelas atividades que usualmente são apresentadas pelo sistema prisional como responsáveis por viabilizar a ressocialização – no caso, as atividades de trabalho e de estudo – é mantido encarcerado e tolhido de desempenhar as atividades que possibilitavam o contato com o meio externo.

Ao analisar uma hipótese que provoca efeitos similares na execução penal – qual seja, a unificação de penas de um indivíduo que já havia alcançado a semiliberdade ou até mesmo a própria liberdade por ter progredido de regime ou, ainda, por ter alcançado o livramento condicional –, Klélia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido (2018) afirmam que o poder punitivo trata a pessoa condenada como um brinquedo – sobretudo, como um ioiô. Conforme explicam as autoras, brinca-se com este brinquedo através do seguinte modo: “enrolado na mão de uma pessoa, o ioiô, preso em uma corda, é lançado no espaço até que é subitamente freado e o brinquedo – girando um pouco em falso – enrola-se novamente na corda e volta a subir” (Aleixo; Penido, 2018, p. 57). O mesmo movimento pode ser observado tanto quando ocorre a unificação de penas daquele que já se encontrava em semiliberdade ou liberdade, quanto quando ocorre a constatação de uma falta grave por parte de quem progrediu de regime e se encontra em gozo de direitos que possibilitam o contato com o meio externo. Isso ocorre porque, “enrolado nas ‘mãos’ do poder [...], o condenado-brinquedo é lançado no espaço através do mecanismo jurídico da progressão de regime, até a corda se esticar ao máximo e ele ser freado e puxado novamente para o sistema prisional pelas referidas ‘mãos’ ” (Aleixo; Penido, 2018, p. 57).

³⁵ Por via de regra, o trabalho externo será deferido no âmbito do regime semiaberto, pois o art. 36, da LEP excepcionalmente prevê que “o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina” (Brasil, 2024b).

³⁶ A Lei nº 14.843/2024 restringiu significativamente as hipóteses de saída temporária, porém tais restrições, por serem mais severas, não retroagem para alcançar aqueles que praticaram crimes antes de sua vigência e, consequentemente, a maior parte da população carcerária ainda poderá obter autorização de saída temporária para visitar a família, frequentar cursos ou participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Por outro lado, para os condenados que praticaram crimes após a vigência da Lei nº 14.843/2024, remanesce a possibilidade de saída temporária para participar de cursos profissionalizantes, bem como de cursos de instrução do 2º grau ou superior (art. 122, II, LEP; Brasil, 2024b; Brasil, 2024f).

Diante deste cenário, as autoras questionam: “Como entender que alguém que já estava cumprindo pena em meio livre – cumprindo o papel que a sociedade dele esperava – seja compelido por lei a voltar para a prisão?” (Aleixo; Penido, 2018, p. 55-56); “Como entender que alguém que já estava a passos largos do crime seja compelido a reiniciar a sua trajetória na prisão?” (Aleixo; Penido, 2018, p. 56). Nem mesmo a melhor didática do mais experiente advogado ou defensor poderia fazer com que o indivíduo que estivesse em tais circunstâncias compreendesse tal situação.

A situação prisional da pessoa presa é drasticamente impactada com as intervenções realizadas pelo poder disciplinar e, embora a revogação de direitos que possibilitam o contato com o meio externo cause grande frustração, a majoração do tempo em que se deve permanecer nos regimes mais rigorosos do sistema progressivo das penas – notadamente, nos regimes fechado e semiaberto – é o principal prejuízo decorrente da prática de uma falta grave ou do resultado negativo do exame criminológico.

A pena privativa de liberdade brasileira é executada de forma progressiva, pois, a depender do *quantum* de pena que é imposta e das condições pessoais do agente, a pessoa condenada é introduzida em um dos regimes prisionais previstos na legislação brasileira – no caso, nos regimes fechado, semiaberto ou aberto³⁷ – e, na medida em que atende aos requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei, progride do regime mais rigoroso para o menos rigoroso até ser colocada em liberdade.³⁸

Os regimes fechado e semiaberto são os que verdadeiramente imprimem no indivíduo a percepção de estar cumprindo uma pena privativa de liberdade, notadamente porque se deve permanecer recluso em alguma unidade prisional quando se está cumprindo pena nesses regimes. Diante da inexistência de casas de albergado suficientes para atender às demandas do sistema prisional, o indivíduo que se encontra cumprindo pena no regime aberto comumente permanece em seu domicílio e, quando muito, recebe visitas esporádicas dos policiais incumbidos de certificar se ele está observando as restrições de horários impostas pelo juízo da execução.³⁹ Portanto, aquele que inicia a sua pena no regime fechado aguarda com expectativa

³⁷ Art. 33, § 2º, CP: As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (Brasil, 2024c).

³⁸ Art. 112, LEP: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso [...] (Brasil, 2024b).

³⁹ Art. 33, §1º, CP: Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado (Brasil, 2024c).

pelo momento em que progredirá para o regime semiaberto e, por conseguinte, pelo momento em que irá obter o livramento condicional ou a progressão para o regime semiaberto.

No entanto, a progressão de regime apenas será deferida caso o indivíduo atenda aos requisitos objetivos e subjetivos. Para atender aos requisitos objetivos, será preciso permanecer durante um determinado período de tempo no regime considerado como mais gravoso.⁴⁰ Por sua vez, para atender aos requisitos subjetivos, será preciso ostentar um bom comportamento carcerário.⁴¹ Ademais, após a progressão, o indivíduo deverá continuar mantendo bom comportamento para permanecer no regime prisional menos rigoroso.

Porém, o poder disciplinar modula a pena inicialmente imposta majorando o tempo em que as pessoas presas devem permanecer nos regimes mais rigorosos do sistema prisional e, conseqüentemente, também o tempo em que o indivíduo deve permanecer no próprio cárcere. Conforme destacam Aleixo e Penido (2024, p. 321), “o apenado não precisa cumprir toda a pena para alcançar os regimes de semiliberdade: basta uma fração”. Portanto, ao se majorar o tempo em que o indivíduo deve permanecer nos regimes fechado e semiaberto se está, também, majorando o tempo de duração da própria pena.

Sem o poder disciplinar, o tempo de permanência nos regimes mais rigorosos do sistema penal não poderia ser majorado, notadamente porque o percurso natural que supostamente

⁴⁰ Art. 112, LEP: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VI-A - 55% (cinquenta e cinco por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de feminicídio, se for primário, vedado o livramento condicional;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (Brasil, 2024b).

⁴¹ Art. 112, § 1º, LEP: Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão (Brasil, 2024b); Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: [...] II - apresentar, pelos seus antecedentes e pelos resultados do exame criminológico, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina, baixa periculosidade e senso de responsabilidade, ao novo regime (Brasil, 2024b).

deveria ser trilhado através dos regimes prisionais – do fechado, para o semiaberto; e do semiaberto para o aberto – é interrompido quando se constata a prática de uma falta grave ou o resultado desfavorável do exame criminológico.

O percurso natural da execução é interrompido através de tais incidentes porque a progressão de regime está condicionada a realização e ao resultado favorável do exame criminológico. Porém, os exames criminológicos não são tempestivamente realizados em função da ausência de profissionais para se realizar um exame de resultado tão duvidoso, de modo que o indivíduo que já permaneceu preso por tempo suficiente para progredir de regime continua preso em um regime mais gravoso, aguardando a realização do exame criminológico. Ademais, o exame criminológico costuma concluir que o indivíduo não está apto para a progressão de regime, sendo esse resultado frequentemente aceito como uma verdade absoluta (Aleixo; Penido, 2008). Como se não bastasse, nem mesmo a superveniência de um exame criminológico favorável, que conclua pela existência do bom comportamento, é garantia de que o indivíduo irá progredir de regime, pois o juiz não se encontra vinculado ao resultado positivo do exame criminológico. Diante de todas incongruências que giram em torno do exame criminológico, Aleixo e Penido (2018, p. 65) afirmam que “o referido exame funciona como mecanismo eficiente para o prolongamento e indeterminação da pena que está sendo cumprida, e viabiliza uma política criminal que se acredita – equivocadamente – ser a melhor: a de encarceramento”.

O percurso natural da execução é interrompido através de tais incidentes, ainda, porque a prática de uma falta grave promove a regressão de regime que pode até mesmo acontecer em saltos, bem como porque interrompe e reinicia o cômputo do prazo para a progressão de regime, o qual deverá ser contabilizado de acordo com o tempo de pena remanescente.⁴² O indivíduo reincidente que se encontra no regime fechado por ter sido condenado à pena de 05 anos pela prática do crime de estelionato inicialmente iria progredir para o regime semiaberto após o transcurso de 01 ano, porém, se praticar uma falta grave às vésperas do implemento do referido prazo, o prazo para a progressão se reiniciará e deverá ser computado com base na pena remanescente de 04 anos. Com efeito, este indivíduo precisará permanecer aproximadamente por mais 9 meses e 18 dias para progredir para o regime semiaberto. De igual modo, este mesmo

⁴² Art. 112, §6º, LEP: O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente (Brasil, 2024b).

Art. 118, LEP: A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (Brasil, 2024b).

indivíduo reincidente que se encontra no regime fechado por ter sido condenado à pena de 05 anos pela prática do crime de estelionato continuará no regime fechado caso o resultado do exame criminológico seja desfavorável e constata-se que o mesmo possui um alto grau de periculosidade. Assim, esse indivíduo permanecerá por tempo superior no regime fechado e, por via indireta, terá o tempo de duração da sua pena privativa de liberdade majorada.

O transcurso natural que deveria ser percorrido através dos regimes que integram o sistema prisional brasileiro é interrompido quando o agente pratica uma falta grave ou, ainda, quando o exame criminológico conclui que o agente não se encontra apto para progredir de regime. Ademais, considerando que são as penas cumpridas nos regimes fechado e semiaberto que verdadeiramente são concebidas pelas pessoas presas como penas porque são cumpridas no interior dos estabelecimentos prisionais, constata-se que o poder disciplinar aumenta, também, a pena imposta ao indivíduo.

Portanto, ambas as intercorrências ora consideradas e advindas do poder disciplinar – a constatação da falta grave e o resultado desfavorável do exame criminológico – prolongarão o tempo de duração da pena privativa de liberdade, pois fazem com que o indivíduo seja mantido nos regimes prisionais mais rigorosos e o impede de ir para o regime que possibilita o contato com a sociedade.

4.1 A relação necessária entre o prolongamento do tempo no cárcere e o extermínio da pessoa presa

O reconhecimento de uma falta grave e o resultado desfavorável do exame criminológico transcendem o âmbito administrativo e repercutem diretamente no processo de execução penal, fundamentando o indeferimento ou a revogação de direitos – tais como o direito à progressão de regime – que resultam no prolongamento do tempo em que o indivíduo permanecerá encarcerado nos regimes prisionais mais rigorosos do sistema prisional.

Ocorre que, conforme será demonstrado a seguir, o prolongamento do tempo nos regimes prisionais mais rigorosos promove a transformação indelével e, em alguns casos, a morte da pessoa presa.

4.1.1 Encarceramento e deterioração da pessoa presa

Ao ser introduzida no cárcere, a pessoa presa é prontamente submetida a uma série de intervenções que transformam sua personalidade. Tais intervenções são impostas pela

administração ou pela própria dinâmica prisional, pois as pessoas presas são obrigadas a seguir as normas formais e informais do estabelecimento prisional para que não sejam administrativamente sancionadas, bem como para que possam ter seus respectivos interesses preservados. Inevitavelmente, “o cárcere molda a personalidade criando um novo indivíduo, pois ele deverá enfrentar as agruras e vicissitudes como esta ‘nova’ personalidade, que se lhe reveste, na verdade, como um manto protetivo e com finalidade de salvaguardar a sua própria integridade” (Maranhão, 2023, p. 132).

As normas formais e informais que regem o sistema prisional transformam o indivíduo e visam uniformizar a população carcerária. Para Alessandro Baratta (1999), a experiência vivenciada no cárcere é contrária ao ideal moderno de educação, porque tal modelo promove o auto respeito e a individualidade do indivíduo ao passo que a experiência do cárcere se inicia com uma série de cerimônias de degradação que desrespeitam e despojam o indivíduo de sua individualidade. Exemplos de cerimônias de degradação que marcam o início da experiência carcerária são a obrigatoriedade do corte de cabelo, a imposição do uso de determinada vestimenta e o confisco dos objetos pessoais (Baratta, 1999). Klélia Canabrava Aleixo e Flávia Avila Penido (2018, p. 29) igualmente concordam que “qualquer pretensão exitosa de intervenção sobre alguém voltada à sua integração social deve, preliminarmente, respeitar a sua vontade e autonomia”, bem como ressaltam que o sistema penal se encontra completamente dissociado de tais premissas na medida em que “o processo de ressocialização imposto reduz a pessoa presa à condição de mero objeto de intervenção”.

Ademais, não é apenas o desrespeito à individualidade com a imposição de cerimônias iniciais de degradação que transformam a pessoa presa, pois a vivência no cárcere submete o indivíduo a um processo negativo de socialização que fará com que ele, respectivamente, abandone os valores da vida em sociedade e absorva os valores da subcultura carcerária.

O primeiro aspecto desse processo negativo de socialização se manifesta com a desculturação e, de acordo com Alessandro Baratta (1999, p. 184), tal vertente do processo negativo de socialização promove a “desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social)”; “a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste”; “o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa”. Por outro lado, o segundo aspecto desse processo negativo de socialização se manifesta com a aculturação ou prisionalização e, de acordo com Alessandro Baratta (1999, p. 184), tal vertente do processo negativo de socialização promove a “assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos

da subcultura carcerária”. Aqui, o indivíduo desenvolverá as características necessárias para ser criminoso – com a assunção de comportamentos típicos daqueles que conseguem exercer algum tipo de poder na instituição carcerária –, bem como para ser um bom preso – com a assunção de normas de condutas formais e informais da instituição carcerária (Baratta, 1999).

O cárcere efetivamente modifica a pessoa presa, porém não positivamente como é apregoado pelo ideal da ressocialização. O indivíduo submetido ao cárcere paulatinamente se desprende dos comportamentos e valores que carregava enquanto vivia a vida em sociedade e, em contrapartida, absorve os comportamentos e valores necessários para viver a vida no cárcere.

A experiência vivenciada no cárcere promove, portanto, a transformação indelével da pessoa presa, que, ao iniciar a experiência prisional, é despojada de tudo o que a constitui como indivíduo e, por conseguinte, passa a seguir uma série de normas formais e informais que reprimem e uniformizam. Além disso, o transcurso do tempo vivendo nessas circunstâncias literalmente leva ao extermínio do corpo da pessoa presa.

4.1.2 Encarceramento e extermínio da pessoa presa

A análise da historiografia e dos dados contemporaneamente coletados nas prisões brasileiras indicam que aprisionamentos prolongados tendem a levar à morte, quer seja em virtude de causas naturais, quer seja em virtude de conflitos em geral (Roig, 2013; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA - Insper; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV, 2023). Há, portanto, uma relação intrínseca entre o tempo de duração do encarceramento com o extermínio dos corpos das pessoas presas.

Inicialmente, quando ainda se vigoravam os suplícios corporais, a prisão era, também, utilizada como um instrumento de neutralização e extermínio da população escrava insubordinada. Durante o período colonial, os escravos eram enviados às prisões por caçadores – que capturavam os escravos fugitivos e os deixavam acautelados nas prisões esperando que seus respectivos senhores viessem lhes reivindicar – ou, até mesmo, pelos próprios senhores – que enviavam seus escravos para passar uma temporada na prisão para fins de correções (Roig, 2013).

Nesse modelo de sociedade, as esferas pública e privada de punição confundiam-se e eram colocadas uma a serviço da outra. O art. 25, do Decreto nº 1.774, de 02 de julho de 1856 – no caso, do decreto que regulamentou a Casa de Detenção instalada nas dependências da Casa de Correção – por exemplo, vedava o cumprimento de alvarás de soltura daqueles escravos

cujos senhores não reembolsam o Estado pelos gastos dispensados com medicamentos ou alimentos e, conseqüentemente, aqueles que queriam se livrar de escravos indesejados simplesmente deixavam de reembolsar o Estado (Roig, 2023).

Ao ser abandonado na prisão, o escravo necessariamente estaria fadado à morte, pois “os anos, os maus-tratos e as péssimas condições do estabelecimento se encarregariam de findar esta estratégia neutralizadora” (Roig, 2023, p. 64). Nesse sentido, ao promover a análise dos documentos produzidos acerca da experiência prisional datada do período colonial, Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 77-78) identificou que um determinado médico que trabalhava na Casa de Correção havia concluído que a prisão superior a 10 (dez) anos equivaleria a uma sentença de morte, notadamente porque, durante este ínterim, os presos necessariamente seriam assolados por enfermidades que comprometeria a saúde e levaria a morte.

Atualmente, as prisões continuam comprometendo a saúde e possibilitando o advento de conflitos que acarretam a morte das pessoas presas. Massimo Pavarini (2012b, p. 386) indica que estudos empíricos realizados pelos norte-americanos teriam identificado que “um ano de prisão reduz em 15% sua expectativa de vida”. De acordo com o autor, isso ocorreria porque coexistem no interior da prisão uma série de fatores que naturalmente reduzem a qualidade de vida, tais como a qualidade e a quantidade de alimentação, bem como o estresse (Pavarini (2012b). Ademais, os conflitos, que naturalmente surgem em um espaço que opera às margens das determinações legais e de acordo com o mando daqueles que possuem mais força, igualmente contribui para com o advento de muitas mortes.

A literatura nacional carece de estudos que quantifiquem o quanto os presídios brasileiros impactam na expectativa de vida das pessoas presas, sendo que a carência desses estudos se dá não em função da ausência do interesse em se pesquisar o assunto, mas da precariedade dos dados, bem como da dificuldade em se obter acesso aos dados que possibilitam a realização de tal levantamento. Não obstante os entraves institucionais que são enfrentados até mesmo quando a pesquisa é desenvolvida pelos próprios segmentos da administração pública, os levantamentos periódicos divulgados pelo sistema prisional comprovam que as prisões brasileiras são letais.

A Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) – isto é, um órgão executivo vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública que acompanha e controla a aplicação da Lei de Execução Penal e das diretrizes da Política Penitenciária Nacional emanadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – mantém um painel interativo em seu site com dados acerca do sistema prisional brasileiro, sendo que, em tal painel, é possível encontrar uma planilha que promove o levantamento das mortes ocorridas no interior das

unidades prisionais estaduais desde o 2º semestre de 2016 até o 2º semestre de 2023 (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a).

O levantamento realizado a partir dos dados colhidos dos estabelecimentos prisionais estaduais por quinze semestres consecutivos indica que, a cada semestre, morrem, aproximadamente, 968 pessoas presas (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a).⁴³ Esse mesmo levantamento igualmente indica que as principais causas de morte ocorridas em tal período ocorreram: em primeiro lugar, por causas de saúde/naturais; em segundo lugar, por causas criminais; em terceiro e quarto lugar, por causas desconhecidas ou por suicídio, sendo que ambas as causas se intercambiaram e ocasionalmente ocupavam algum desses lugares; em quinto lugar, por causas acidentais (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a). Esse quadro obtido a partir da análise dos dados levantados a partir de quinze semestres consecutivos apenas não se repetiu em 05 semestres – no caso, em ambos os semestres de 2020, no primeiro semestre de 2021; e em ambos os semestres de 2023⁴⁴ (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a) –, sendo que fatores externos, tais como a pandemia da COVID-19 e a eleição de governadores que expressamente promovem ingerências na política de segurança pública podem ter contribuído para a alteração deste quadro relativamente estável.

A análise superficial da quantidade de 968 pessoas mortas identificadas pelo SENAPPEN pode levar à falsa conclusão de que os índices de letalidade do sistema prisional não seriam tão alarmantes, porém tais números demonstram que o Estado não cumpre com o seu papel de garantidor e não retratam a realidade do sistema prisional.

Antes de mais nada, é importante considerar que o Estado é garantidor de todas as pessoas presas, porque compulsoriamente as encarcera em locais que promovem a violação massiva de direitos fundamentais – adotando um comportamento que cria o risco de um

⁴³ O referido resultado foi obtido a partir da soma da quantidade de óbitos em cada um dos quinze semestres considerados com a posterior divisão por 15. O cálculo realizado foi o seguinte: $936 (2016/2) + 1.063 (2017/1) + 943 (2017/2) + 915 (218/1) + 341 (2018/2) + 1.026 (2019/1) + 1.075 (2019/2) + 1.147 (2020/1) + 829 (2020/2) + 1.043 (2021/1) + 961 (2021/2) + 935 (2022/1) + 938 (2022/2) + 913 (2023/1) + 860 (2023/2) \div 15 = 968$.

⁴⁴ Nos cinco semestres cujos padrões não foram mantidos, as mortes decorrentes de causas desconhecidas, por suicídio e criminais intercambiaram-se entre os terceiros, quartos e quintos lugares. No primeiro semestre de 2020, as mortes identificadas no sistema prisional se deram por: em primeiro lugar, por causas de saúde/naturais; em segundo lugar, por causas desconhecidas; em terceiro lugar, por suicídio; em quarto lugar, por causas criminais; em quinto lugar, por causas acidentais; No segundo semestre de 2020, as mortes identificadas no sistema prisional se deram por: em primeiro lugar, por causas de saúde/naturais; em segundo lugar, por suicídio; em terceiro lugar, por causas criminais; em quarto lugar, por causas desconhecidas; em quinto lugar, por causas acidentais; No primeiro semestre de 2022, as mortes identificadas no sistema prisional se deram por: em primeiro lugar, por causas de saúde/naturais; em segundo lugar, por causas desconhecidas; em terceiro lugar, por causas criminais; em quarto lugar, por suicídio; em quinto lugar, por causas desconhecidas; Em ambos os semestres de 2023, as mortes identificadas no sistema prisional se deram por: em primeiro lugar, por causas de saúde/naturais; em segundo lugar, por suicídio; em terceiro lugar, por causas desconhecidas; em quarto lugar, por causas criminais; em quinto lugar, por causas acidentais (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a).

resultado lesivo⁴⁵ –, bem como porque tem a obrigação de cuidar, proteger e vigiar as pessoas presas.⁴⁶ Ao se considerar o papel de garante, constata-se que o Estado não deveria permitir a ocorrência de qualquer morte em suas respectivas unidades prisionais e, caso excepcionalmente ocorresse alguma morte, seus agentes deveriam ser pessoalmente responsabilizados.

Por outro lado, é igualmente importante considerar que o levantamento realizado pelo SENAPPEN contabiliza apenas os óbitos das pessoas que se encontravam presas em celas físicas, portanto não contabiliza o óbito da pessoa que adoecer na prisão e que se concretiza fora da prisão – *v.g.*, porque a pessoa encontra-se em prisão domiciliar para tratamento de saúde; porque a pessoa progrediu para o regime semiaberto harmonizado com prisão domiciliar ou para o regime aberto (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a).

Os óbitos contabilizados pelo SENAPPEN representam apenas a ponta do *iceberg*, pois desconsideram os óbitos ocasionados pelo sistema prisional que ocorrem fora dos muros da prisão. Tal hipótese – de adoecimento no interior e morte no exterior da prisão – se trata de uma hipótese rotineira no sistema prisional. Inclusive, esse mesmo levantamento realizado pelo SENAPPEN a partir dos dados colhidos dos estabelecimentos prisionais estaduais por quinze semestres consecutivos indica que, a cada semestre, foram identificadas uma média de 29.953 pessoas portadoras de doenças transmissíveis,⁴⁷ tais como hepatite, HIV, hanseníase, sífilis e tuberculose (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a). Essas doenças são altamente transmissíveis e levam ao óbito caso não sejam adequadamente tratadas, portanto a eventual morte de seus portadores – ainda que ocorram quando o indivíduo não mais encontra-se recluso em uma cela física – devem ser contabilizados para fins de análise da letalidade do sistema prisional.

Os dados apresentados pelo SENAPPEN certamente não retratam com precisão a letalidade do sistema prisional, porém até mesmo a simples conjugação da quantidade de óbitos com a quantidade de portadores de doenças transmissíveis que possuem grande probabilidade de ocasionar o óbito caso não recebam o tratamento adequado já é suficiente para indicar que o sistema prisional brasileiro é letal. Ademais, uma pesquisa financiada pelo Conselho Nacional

⁴⁵ Art. 13, § 2º, CP: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [...] c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (Brasil, 2024c).

⁴⁶ Art. 13, § 2, CP: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (Brasil, 2024c).

⁴⁷ O referido resultado foi obtido a partir da soma da quantidade de pessoas infectadas por doenças transmissíveis em cada um dos quinze semestres considerados com a posterior divisão por 15. Portanto, somou-se 26.546 (2016/2) + 24.646 (2017/1) + 28.020 (2017/2) + 32.027 (218/1) + 35.175 (2018/2) + 29.974 (2019/1) + 31.723 (2019/2) + 25.479 (2020/1) + 26.478 (2020/2) + 26.936 (2021/1) + 33.125 (2021/2) + 35.686 (2022/1) + 30.505 (2022/2) + 33.617 (2023/1) + 29.361 (2023/2) ÷ 15 = 29.953 (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024a).

de Justiça, por meio do programa “Justiça Pesquisa” (CNJ, Insper, FGV, 2023), também comprova que as prisões brasileiras são letais e, quando comparada aos dados apresentados pelo SENAPPEN, avança ao responsabilizar igualmente o sistema prisional pelas mortes de indivíduos que deixaram o cárcere.

O departamento de pesquisas judiciárias do CNJ, através do programa “Justiça Pesquisa”, promove a contratação de uma série de instituições sem fins lucrativos com a finalidade de realizar pesquisas sobre os mais diversos temas sensíveis ao poder judiciário. Na 5ª Edição do programa “Justiça Pesquisa”, lançado no ano de 2023, o referido departamento promoveu a contratação do Insper e da FGV com a finalidade de promover estudos acerca da letalidade prisional, sendo que as conclusões constantes no relatório que divulgou o resultado das pesquisas realizadas – no caso, o intitulado *Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública* – indica que o sistema prisional efetivamente trata de um espaço que produz, de forma direta ou indireta, inúmeras mortes (CNJ; Insper; FGV, 2023).

Na pesquisa realizada, o termo letalidade policial foi empregado em um sentido amplo, pois “refere-se ao conjunto de eventos e riscos para a saúde associados à exposição à vida prisional e aos elementos que afetam e condicionam esses eventos e riscos, como as práticas institucionais de agentes e de organizações do sistema de justiça criminal” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 09). Em função da amplitude que se concedeu ao termo, puderam ser debitadas ao sistema prisional “tanto as mortes que ocorrem no interior das unidades (ou ‘mortes sob custódia’) quanto aquelas que podem estar relacionadas ou correlacionadas à passagem anterior por instituições de privação de liberdade” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 09).

Essa concepção mais alargada de letalidade prisional é importante porque “a exposição à prisão está correlacionada a condições de saúde que podem causar a morte anos depois da privação de liberdade, e a custódia acontece também fora dos muros das prisões” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 19). De igual modo, os conflitos carcerários transcendem os muros da prisão e podem acompanhar a pessoa presa mesmo quando ela é colocada em liberdade (CNJ; Insper; FGV, 2023). Portanto, para que uma morte seja considerada decorrente da experiência prisional, pouco importa se ocorreu dentro de um estabelecimento prisional, pois o essencial é que esteja relacionada à passagem do indivíduo pela prisão.

Na pesquisa, são consideradas como mortes internas aquelas que ocorrem quando a pessoa está submetida a alguma sanção que, por via de regra, deve ser cumprida em espaços fechados, tais como quando o indivíduo se encontra no regime fechado, semiaberto ou submetido a medida de segurança de internação (CNJ; Insper; FGV, 2023). Em função do local do cumprimento da pena balizar tal classificação, as mortes das pessoas que se encontravam

em uma situação de estarem integralmente submetidas à custódia do Estado e que por uma excepcionalidade não estavam nas dependências das unidades de aprisionamento estatais – tais como quando estão em alguma unidade de saúde ou em trânsito para serem levadas do sistema prisional para algum outro lugar – são igualmente classificadas como mortes internas (CNJ; Insper; FGV, 2023).

As mortes internas – vale dizer, as que ocorrem no interior das prisões – são, ainda, classificadas como mortes decorrentes de causas naturais ou externas. As mortes decorrentes de causas naturais são ocasionadas por questões de saúde e, por sua vez, as mortes decorrentes de causas externas são ocasionadas por atos de violência (CNJ; Insper; FGV, 2023). De acordo com a pesquisa, as mortes decorrentes de causas externas são as que comumente são associadas às prisões, pois é mais difícil estabelecer um vínculo entre mortes decorrentes de causas naturais e a experiência prisional (CNJ; Insper; FGV, 2023).

Por outro lado, a pesquisa considera como mortes externas aquelas que ocorrem quando a pessoa está submetida a alguma sanção que, por via de regra, deve ser cumprida em espaços externos à prisão (CNJ; Insper; FGV, 2023). Esse “é o caso [...] de pessoas em prisão domiciliar, livramento condicional, regime aberto, liberdade provisória, saída temporária ou trabalho externo durante o regime semiaberto” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 20).

A pesquisa realizada pelo Insper em parceria com a FGV é extremamente importante por apresentar dados comprobatórios da letalidade do sistema prisional. Em função das contribuições apresentadas na referida pesquisa, serão apresentadas, agora, as principais conclusões alcançadas a partir dos levantamentos realizados.

4.1.2.1 Mortes decorrentes de causas externas

As mortes por causas externas decorrem de atos de violência, sendo que, “até os anos 1970, esse tipo de morte remetia às políticas de tortura e repressão política tocadas pela ditadura militar” e, por outro lado, “a partir dos anos 1980, com a abertura política, a violência letal que vicejava nas relações e nos conflitos interpessoais dos presos comuns passou a ganhar destaque” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 13).

Embora os atos de violência praticados pelos próprios presos tenham ganhado destaque nos meios de comunicação, não quer dizer que os atos de violência praticados pelos agentes estatais desapareceram. Inclusive, em 1992 e, portanto, após o período de redemocratização do país, ocorreu o massacre do Carandiru, o qual pode ser considerado como “o maior emblema da política de extermínio e eliminação de sujeitos considerados inimigos no período

democrático” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 13). A violência encontra-se presente nas relações travadas entre policiais penais e presos, porém, atualmente, é melhor dissimulada pela administração prisional e se restringe aos limites que não tornam a notícia atraente para as manchetes.

De todo modo, os atos de violência praticados pelos próprios presos em contexto de conflitos havidos entre organizações criminosas efetivamente ganharam destaque nos meios de comunicação, sendo que, de acordo com os pesquisadores, isso ocorre porque “a prisão continuamente engendra a dinâmica de conflitos entre o coletivo de presos que, cada vez mais, provoca número expressivo de mortes violentas, em curtos intervalos de tempo” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 14).

Representativo desta dinâmica de conflitos entre os presos é o massacre ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, no início do ano de 2017. Inclusive, os pesquisadores mencionam que “o episódio considerado de maior impacto e mais marcante desse novo contexto são os massacres do início de 2017, sobretudo no estado do Amazonas e no do Rio Grande do Norte, mas também em Roraima, Acre e outras localidades” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 14). Nesses conflitos travados entre os próprios presos, muitas pessoas desaparecem, conforme indicam os levantamentos realizados a partir dos conflitos ocorridos em 2017:

No Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 2010, 18 presos foram declarados mortos depois de rebelião; no Rio Grande do Norte, na Penitenciária Estadual de Alcaçuz (2016), 26 detentos foram declarados mortos e 70 desaparecidos; em Roraima, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (2017), 33 detentos foram declarados mortos e sete pessoas estão desaparecidas. (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 15).

A morte das pessoas envolvidas nesses conflitos que porventura são classificadas como desaparecidas ficam à margem dos dados de mortalidade oficiais. A investigação acerca do desaparecimento não é uma prioridade para as agências de investigação, portanto, ao classificar uma pessoa presa como desaparecida, o Estado atribuiu a culpa pelo desaparecimento à própria pessoa e se exime da obrigação de investigar (CNJ; Insper; FGV, 2023).

As mortes decorrentes de causas externas não se restringem às mortes violentas, pois ainda ocorrem as mortes por “suicídio e as mortes decorrentes de acidentes relacionados à precariedade das instalações prisionais” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 15). Os países europeus – notadamente Reino Unido, França e Portugal – já vêm desenvolvendo profícuos debates acerca dos suicídios que ocorrem em suas respectivas unidades prisionais e, embora os índices de suicídio nas prisões estejam em ascensão nos estabelecimentos prisionais brasileiros, tais

debates são quase inexistentes por aqui (CNJ; Insper; FGV, 2023). Por outro lado, as mortes decorrentes da precariedade das instalações prisionais ocorrem por inúmeros motivos, tais como por incêndios, choques elétricos, quedas e acidentes correlacionados com os trabalhos desempenhados pelos presos (CNJ; Insper; FGV, 2023).

4.1.2.2 Mortes decorrentes de causas naturais

As mortes por causas naturais decorrem da precariedade das condições prisionais, as quais dilapidam a saúde daqueles que ingressam no sistema prisional até levar à morte (CNJ; Insper; FGV, 2023). A precariedade da infraestrutura prisional possibilita o surgimento de doenças infecciosas e, por sua vez, a superlotação possibilita a sua disseminação.

Na pesquisa realizada, foi identificado que as pessoas presas morrem, sobretudo, em função de quatro causas indicadas como naturais, quais sejam: insuficiência respiratória e cardíaca, sepse, pneumonia e tuberculose. Isso é o que indica o seguinte trecho do relatório divulgado:

As denominadas ‘mortes naturais’ são exploradas e discutidas no relatório como decorrentes das condições degradantes do sistema penitenciário, que figuram como engrenagens constitutivas das mortes por doenças. No estudo quantitativo que fizemos com os processos e cujos dados exploramos na segunda parte deste relatório, encontramos alta frequência de mortes ocorridas dentro das unidades prisionais por ‘causas naturais’, normalmente insuficiência respiratória e cardíaca, sepse e pneumonia. Se somarmos essas quatro causas e a tuberculose, temos 62,6% das causas de mortes internas conhecidas. Assim, mais da metade das pessoas tiveram mortes classificadas como ‘naturais’, quando, ao manusear os documentos dos processos – apesar das ausências de informações e das muitas lacunas promovidas por subnotificações – pudemos verificar que a morte natural foi um longo e tortuoso processo de adoecimento, falta de assistência, definhamento e morte. (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 16).

As causas e quantidade de morte naturais ocorridas no interior dos presídios encontram-se relativamente em consonância com as causas e quantidade de mortes naturais ocorridas na sociedade. Isso é o que indica a pesquisa realizada:

Entre os resultados é possível destacar que, dentro dos muros das unidades prisionais, temos como mais comuns as doenças do aparelho circulatório, categoria geral em que agrupamos muitas causas distintas como cardiopatias, acidentes vasculares, e paradas cardíacas não especificadas. O achado, contudo, equipara-se com os indicadores de mortalidade para a população em geral, já que esta é também a causa de mortalidade predominante no país de acordo com os dados do Sistema de Informações de Mortalidade do SUS (2020). O mesmo pode ser dito para as septicemias e pneumonias, que figuram junto às doenças do sistema circulatório como as principais causas de óbito. (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 23).

Entretanto, a quantidade de diagnósticos de algumas doenças no sistema prisional diverge significativamente daquela observada na sociedade em geral. Nesse sentido, conforme identificada pela pesquisa realizada, a tuberculose se faz 30% (trinta por cento) mais presente nas prisões do que na sociedade livre (CNJ; Insper; FGV, 2023). Portanto, considerando a discrepância tão alarmante entre os índices de morte por tuberculose ocorridas dentro e fora do presídio, não há como negar que as condições adversas existentes nos presídios fatalmente propiciam a contaminação por tuberculose.

A pandemia da COVID-19 igualmente agravou o quadro natural de adoecimento existente nos presídios. Ao se comparar a quantidade de presos cariocas mortos entre 11 de março e 15 de maio dos anos de 2019 e 2020, por exemplo, é possível constatar que houve um aumento de 33% (trinta e três por cento) de mortes dos presos reclusos no Rio de Janeiro, sendo que tais mortes podem ser debitadas a pandemia da COVID-19 e, também, a interrupção da assistência fornecida aos presos por parte dos familiares e médicos (CNJ; Insper; FGV, 2023).

As visitas dos familiares foram interrompidas e, com a interrupção das visitas, interrompeu-se, também, o fornecimento de alimentação complementar que possibilitou o advento de doenças correlacionadas com a subnutrição, bem como a queda na imunidade que possibilitou o advento de outras doenças diversas (CNJ; Insper; FGV, 2023). Ocorreu a interrupção, também, “de atendimentos médicos e da distribuição de medicamentos para o tratamento de doenças, como a tuberculose e o HIV/Aids”, o que igualmente potencializou a quantidade de óbitos (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 17).

É importante considerar, ainda, que inúmeras das mortes classificadas como naturais, na realidade, podem estar diretamente vinculadas a causas externas, conforme indica o relatório:

Impressiona, contudo, a quantidade de mortes por asfixia mecânica, estrangulamento ou sufocação indireta, inclusive asfixias não especificadas, que representam 15% dos casos internos estudados, enquanto agressão por sufocamento, incluindo sufocamento acidental, representam 0,11% das mortes totais no país. As mortes causadas por ferimento de arma de fogo e a agressão por objetos cortantes, penetrantes, perfurantes ou contundentes dentro da unidade prisional, somadas às mortes por enforcamento indireto, representam 25% das mortes internas na amostra. Os demais eventos traumáticos também são causa de atenção, especialmente mortes por traumatismo crânio encefálico e sobre outros órgãos, que podem ou não estar associados a eventos violentos, mas que, pelas narrativas que encontramos nos processos, normalmente estão. (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 23).

O Estado não assume a responsabilidade pelas referidas tais mortes. Os processos de indenização movidos em virtude de mortes acarretadas por problemas de saúde são julgados improcedentes sob a alegação de que a pessoa presa recebeu o tratamento adequado e veio a

óbito por circunstâncias alheias, bem como de que não é possível aferir o nexo de causalidade entre o encarceramento e a doença que levou ao falecimento (CNJ; Insper; FGV, 2023). Portanto, o Estado se exime dessa responsabilidade e não presta qualquer tipo de auxílio aos familiares das pessoas presas que faleceram.

4.1.2.2 Mortes ocorridas após o desligamento do sistema prisional

O sistema prisional não é responsável apenas pelas mortes que ocorrem enquanto as pessoas estão formalmente ligadas a ele, seja sob sua vigilância direta – nos regimes fechado ou semiaberto –, seja sob sua vigilância indireta – no regime aberto ou em livramento condicional. O sistema prisional pode ser responsabilizado, ainda, por uma série de mortes que ocorrem quando a pessoa se desliga oficialmente do sistema prisional e torna-se egresso.

De acordo com a pesquisa realizada, “o tempo médio de vida das pessoas após a passagem pelo cárcere é de 548 dias, e a maioria dessas mortes está ligada a causas violentas – envolvendo armas de fogo e armas brancas” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 21). Não é possível estabelecer um vínculo direto entre tais mortes e o cárcere, porém tais casos igualmente devem ser investigados porque o tempo curto de vida após o desligamento do sistema prisional traz indícios de que o cárcere deixa marcas e vínculos que provocam mortes mesmo após a obtenção da liberdade. Isso é o que indica o seguinte trecho do relatório divulgado pela pesquisa:

O relatório aponta ainda que, entre as chamadas ‘causas externas’, é necessário atentar-se às mortes relacionadas à prisão, mas que ocorrem depois do período de reclusão. Nesse sentido, destacam-se as mortes violentas ligadas aos ‘antecedentes criminais’ das vítimas, como as que ocorrem em chacinas e execuções perpetradas por policiais fardados ou grupos de extermínio (MALLART e GODOI, 2017), as que decorrem das ‘sequelas’ do período de encarceramento – pelo desenvolvimento de novas enfermidades ou pela complicação de quadros pré-existentes –, ou mesmo aquelas que resultam de conflitos entre facções que, como se sabe, nascem no coração das prisões. (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 15).

Embora seja possível identificar mortes de egressos acarretadas por causas externas ou naturais, a pesquisa destaca que as causas externas – sobretudo as decorrentes de atos de violência – são responsáveis por, no mínimo, 28% (vinte e oito por cento) das mortes dos egressos. Isso é o que indica o relatório.

Para as mortes externas, predominam as causadas por ferimentos de arma de fogo e hemorragias por causas não especificadas, que podem estar associadas a eventos traumáticos e violentos. Essas causas ultrapassam inclusive o total de mortes por doenças do aparelho circulatório. Se somarmos os ferimentos por arma de fogo, a ação e agressão por objetos cortantes, perfurantes, penetrantes ou contundentes, as asfixias

mecânicas por estrangulamento, ou sufocação indireta, e a decapitação de pessoas, temos que 28% dos casos de mortes que ocorreram fora dos muros da prisão são nitidamente o resultado de eventos violentos. (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 24).

Ademais, em “78,48% dos casos, não há informação sobre o fato daquela morte ter sido investigada ou não” (CNJ; Insper; FGV, 2023, p. 21). Tais dados indicam que inúmeras mortes relacionadas com a experiência prisional e ocorridas após o desligamento do sistema prisional permanecem completamente à margem dos dados oficiais.

4.2 O poder disciplinar como elemento que promove o extermínio da pessoa presa

Para Franz Hinkelammert (2001/2002), a lógica que norteava os sacrifícios narrados pelos mitos fundantes transcendeu a antiguidade e alcançou a contemporaneidade. Nos mitos fundantes da antiguidade, os sacrifícios eram realizados com a finalidade de apaziguar a ira dos deuses e conceder graça ao restante da comunidade. Esta lógica pode, por exemplo, ser encontrada no mito de Ifigênia, que foi sacrificada por seu pai – Agamemnon, comandante do exército grego – para que bons ventos soprassem no mar e os gregos pudessem partir para conquistar Tróia (Hinkelammert, 2001/2002). Ifigênia, portanto, foi sacrificada para que os gregos fossem agraciados e ganhassem a guerra travada contra os troianos. Já na dinâmica social contemporânea, alguns igualmente são sacrificados em prol de uma maioria para, sobretudo, atender a ira do deus mercado, o qual se acalma com o extermínio dos marginalizados que não estão inseridos na sociedade econômica neoliberal (Hinkelammert, 2021; Aleixo, 2021). Isso ocorre porque, “a partir da dissimulação de critérios que, na verdade, buscam garantir estritamente os valores capitalistas, o neoliberalismo opera sacrificando as vidas consideradas excedentes” (Aleixo, 2012, p. 163).

Para Achille Mbembe (2014a; 2014b), a recepção de táticas de guerras e as considerações ideológicas acerca da raça é o que possibilita o extermínio de determinados indivíduos. Para o autor, não há qualquer diferença entre a política e a guerra, pois, na contemporaneidade, a política incorporou táticas de guerra na medida em que promove a morte de alguns indivíduos para, sobretudo, garantir a preservação do poder e de um determinado projeto apresentado como hegemônico (Mbembe, 2014a). Ainda de acordo com Achille Mbembe (2014b), os termos raça e negro foram cunhados durante a primeira fase do capitalismo – notadamente, durante o processo colonial e imperialista –, porém, na contemporaneidade, não designam apenas as pessoas de origem africana, mas todos os

excluídos do capital que podem ser explorados e, posteriormente, descartados. Isso é o que explica o autor:

Pela primeira vez na história humana, o nome Negro deixa de remeter unicamente para a condição atribuída aos genes de origem africana durante o primeiro capitalismo (predações de toda a espécie, desapossamento da autodeterminação e, sobretudo, das duas matrizes do possível, que são o futuro e o tempo). A este novo carácter descartável e solúvel, a sua institucionalização enquanto padrão de vida e a sua generalização ao mundo inteiro, chamamos o devir-negro do mundo. (Mbembe, 2014b, p. 18).

O pensamento de ambos os autores – Hinkelammert (2001/2002) e Mbembe (2014a;2014b) – parte de perspectivas distintas, mas fornece explicações similares para um mesmo fenômeno, a saber, a promoção do extermínio de determinada parcela da população considerada como descartável garante a preservação de um determinado projeto de poder. Para Klélia Canabrava Aleixo (2021, p. 175), “as visões de Franz Josef Hinkelammert e Achille Mbembe se aproximam ao destacarem que o neoliberalismo considera a morte de determinados sujeitos como mero efeito colateral necessário à manutenção do poder e à lógica hegemônica”. Em síntese, a autora sustenta que “ambos identificam a dimensão sacrificial do capitalismo neoliberal” (Aleixo, 2021, p. 176). Portanto – quer seja através da atualização dos mitos fundantes mencionados por Franz Hinkelammert (2001-2002), quer seja através da atualização dos termos raça e negro mencionados por Achille Mbembe (2014b) – alguns determinados sujeitos marginalizados são exterminados em prol de manutenção de uma determinada estrutura de poder.

Para Klélia Canabrava Aleixo (2021), a dimensão sacrificial do capitalismo contemporâneo igualmente impacta na política criminal vigente. Aquele que pratica um crime não é visto como um ser humano que violou uma determinada norma, mas como um inimigo da sociedade que ameaça todos os demais. Ao praticar um crime, passa a ser um pária, um criminoso, um inimigo e, após sua despersonalização, poderá ser sacrificado. Esse extermínio do inimigo é facilmente justificado, pois, conforme destaca Klélia Canabrava Aleixo (2021, p. 177), os movimentos de lei e ordem – que inicialmente ganharam propulsão nos Estados no contexto de guerra às drogas, mas que posteriormente difundiram-se através do restante do globo – “são instrumentalizados pela mídia [...], que dissemina notícias sensacionalistas que visam evidenciar a vivência da sociedade em um estado de perigo constante decorrente dos altos índices de criminalidade que somente podem ser vencidos pela atuação profilática severa dos aparatos do Estado Penal”. Portanto, os sacrifícios realizados na contemporaneidade não geram a comoção acarretada pelo sacrifício de Ifigênia, pois os sacrificados não são vistos como

mártires, mas como inimigos que ameaçam todos os demais. Ao ser transformado no inimigo, o sujeito pode ser facilmente matável e, conseqüentemente, corrobora-se com o projeto de extermínio dos indesejáveis que garante a manutenção de uma determinada estrutura hegemônica.

Os corpos que são inseridos no cárcere são corpos indóceis e inúteis porque o sistema penal seleciona, sobretudo, aqueles indesejáveis que ocupam os estratos sociais mais baixos da sociedade (Baratta, 1999). Estes, que nada representam para o poder vigente, podem ser exterminados e, conseqüentemente, o cárcere se transformou em um espaço de exceção destinado a promover o extermínio de indesejáveis e dos excluídos da sociedade.

Justamente nesse sentido, Klélia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido (2018, p. 34) afirmam que, “na contemporaneidade, dada a perenização da suspensão dos direitos do preso no campo prisional, é possível afirmar que a política prisional e a execução penal passaram a ser espaços preferenciais de exceção”. Giorgio Agamben (2010) explica que os campos de exceção inicialmente estavam vinculados a uma situação excepcional que justificava a supressão dos direitos daqueles que eram inseridos em tal espaço em prol dos interesses coletivos da sociedade. Não obstante, a partir do regime nazista, “o estado de exceção cessa, assim de ser referido a uma situação externa e provisória de perigo factício e tende a confundir-se com a própria norma” (Agamben, 2010, p. 164). A partir desta concepção de campo de exceção – qual seja, daquele espaço em que se suspende as disposições deste próprio ordenamento jurídico para reduzir os indivíduos que lá são inseridos a condição de *homo sacer*, vale dizer, de pessoas matáveis –, é possível concluir que o cárcere igualmente pode ser entendido como um campo de exceção. Isso é o que defendem Klélia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido (2018, p. 34, grifo das autoras):

A execução penal tem configurado um campo de exceção, no qual emergem regras e entendimentos de violação e suspensão de direitos que reforçam a condição de *homo sacer* do preso como sendo aquele que pode ser morto sem que a morte configure homicídio, pode ser ilegalmente privado de liberdade sem que essa privação configure um crime e que está fora do sistema legal de proteção. Verifica-se – pois – o desmonte do arcabouço jurídico previsto em lei e em documentos nacionais e internacionais acerca dos direitos do preso e a cotidiana afirmação da sua condição de *homo sacer*.

A inserção do indivíduo no cárcere completa um longo processo de estigmatização que o destitui definitivamente de sua condição de ser humano, transformando-o em um *homo sacer*, ou seja, um ser que, por não ser reconhecido como humano, não goza de dignidade e, portanto, pode ser assassinado. O sistema prisional brasileiro trata de um espaço de exceção, sendo que

tal fato foi reconhecido pelo STF quando do julgamento da ADPF 347 (Brasil, 2015), o qual não tomou quaisquer medidas efetivas para regularizar a gama de coisas inconstitucionais existentes no cárcere porque, de fato, o sistema prisional existe para atuar como um espaço de exceção que, ao suspender os direitos das pessoas presas, possibilita o extermínio dos corpos indóceis e inúteis.

O poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal não promove a ressocialização, mas prolonga o tempo do indivíduo no cárcere pelo tempo necessário à promoção do extermínio dos corpos da pessoa presa. Do cárcere não se sai melhor, mas morto ou, ao menos, deteriorado, sendo que o cárcere, através do poder disciplinar, que reconhece faltas graves e exige a realização do exame criminológico, garante que a pessoa presa permanecerá inserida em suas respectivas unidades enquanto tal objetivo não for concretizado.

Aqueles que acreditam que o direito pode ter êxito em fazer com que as prisões operem de acordo com seus regulamentos, isto é, dentro da legalidade, se espantam com a afirmação de que a prisão é um lugar de extermínio. Tal crença ainda é reforçada com a ausência de informações acerca das mortes que direta ou indiretamente são ocasionadas pela experiência prisional, sobretudo porque a administração pública trabalha para ocultar tais mortes para furtar da sua responsabilidade de garantidor de todas aquelas pessoas que são inseridas no cárcere.

Conforme indicado pela pesquisa produzida conjuntamente pelo CNJ, Insper e FGV (2023, p. 9), no sistema prisional, “morre-se muito, sabe-se pouco, registra-se quase nada”. Assim, as pesquisas realizadas neste campo, ainda que incipientes, indicam que o espaço prisional se trata de um espaço que produz mortes e, quanto maior o tempo que um indivíduo permanece em tal espaço, maior a probabilidade de tal objetivo ser alcançado.

5 O PODER DISCIPLINAR ENQUANTO ELEMENTO QUE RETROALIMENTA O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO

O mito é um significante que possui múltiplos significados, os quais variam de acordo com o tempo e com aquele que o emprega. Essas variáveis também repercutem na maneira através da qual o mito é compreendido, pois, dependendo do período histórico e do indivíduo que o utiliza, o mito pode ser interpretado de forma positiva ou negativa.

O mito pode designar algo construtivo – quando remete a ideia de que se está transmitindo valores – ou algo negativo – quando remete a ideia de que se está transmitindo uma mentira. Justamente ao discorrer sobre ambas as facetas aparentemente dicotômicas atribuídas ao mito, Casara (2015, p. 27) indica que, “ao lado de uma visão construtiva/funcional de mito, no qual ele é valorado positivamente por ser tido como veículo de transmissão de significados ou valores, persiste uma percepção negativa do fenômeno, associado à mentira, à deformação do pensamento”. Não raras vezes, ambas as qualificações – de algo que agrega ou que não agrega – igualmente integram uma única definição de mito, pois, embora não se olvide que definições simplistas usualmente indiquem que o *mhytos* se contrapõe ao *logos* e que o *logos* se contrapõe ao *mythos*, é igualmente possível encontrar interpretações em que ambos os conceitos se associam, “tudo a indicar uma compenetração entre *mythos* e *logos* (ora a razão a serviço do mito, ora o mito a serviço da razão)” (Casara, 2015, p. 30).

Mircea Eliade (2010, p. 11) reconheceu que é “difícil encontrar uma definição do mito que seja aceita por todos os eruditos e, ao mesmo tempo, acessível aos não especialistas”, bem como questionou se efetivamente seria possível “encontrar uma única definição capaz de cobrir todos os tipos e todas as funções dos mitos, em todas as sociedades arcaicas e tradicionais”. Não obstante, o autor não se furtou do desafio e não se manteve inerte diante do risco de apresentar uma definição incompleta, pois definiu o mito do seguinte modo:

[...] o mito conta uma história sagrada; ele relata um acontecimento ocorrido no tempo primordial, o tempo fabuloso do ‘princípio’. Em outros termos, o mito narra como, graças às façanhas dos Entes Sobrenaturais, uma realidade passou a existir, seja uma realidade total, o Cosmo, ou apenas um fragmento: uma ilha, uma espécie vegetal, um comportamento humano, uma instituição. É sempre, portanto, a narrativa de uma ‘criação’: ele relata de que modo algo foi produzido e começou a ser. O mito fala apenas do que realmente ocorreu, do que se manifestou plenamente. Os personagens dos mitos são os Entes Sobrenaturais. Eles são conhecidos sobretudo pelo que fizeram no tempo prestigioso dos ‘primórdios’. Os mitos revelam, portanto, sua atividade criadora e desvendam a sacralidade (ou simplesmente a ‘sobrenaturalidade’) de suas obras. Em suma, os mitos descrevem as diversas, e algumas vezes dramáticas, irrupções do sagrado (ou do ‘sobrenatural’) no Mundo. É essa irrupção do sagrado que realmente fundamenta o Mundo e o converte no que é hoje. E mais: é em razão das intervenções dos Entes Sobrenaturais que o homem é o que é hoje, um ser mortal, sexuado e cultural [...]. (Eliade, 2010, p. 11).

Por sua vez, Nicola Abbagnano (2007, p. 673), em seu dicionário de filosofia, afirmou que, do ponto de vista histórico, o vocábulo mito é usualmente empregado em contextos que lhe atribuem três sentidos distintos, a saber: primeiro, “como forma atenuada de intelectualidade”; segundo, “como forma autônoma de pensamento ou de vida”; terceiro, “como instrumento de estudo social”.

O primeiro sentido atribuído ao vocábulo mito – qual seja, o de “produto inferior ou deformado da atividade intelectual” – é encontrado na antiguidade, nas teorias naturalistas que surgiram no século XIX na Alemanha e, também, no senso comum contemporâneo (Abbagnano, 2007, p. 673). Platão e Aristóteles concebiam o mito como aquilo que se opõe à verdade, porém tal oposição não invalidava completamente a produção mitológica porque Platão atribuiu ao mito o caráter daquilo que apresenta verossimilhança e Aristóteles atribuiu ao mito o caráter daquilo que apresenta a forma mais aproximada possível da verdade (Abbagnano, 2007). Portanto, ambos distinguiam a verdade – produto da atividade intelectual genuína – e o mito – produto da atividade intelectual inferior –, porém igualmente reconheciam que o mito, embora não verdadeiro, se aproximava consideravelmente daquilo que era verdadeiro, bem como que, em alguns casos, esta aproximação com o verdadeiro era tudo quanto se podia obter. Os mitos representativos desta primeira concepção normalmente desembocam em conclusões de cunho moral ou religioso, pois, embora a mensagem anunciada pelo mito não fosse clara, “sempre é claro o seu significado moral ou religioso, ou seja, o que ele ensina sobre a conduta do homem em relação a outros homens ou em relação à divindade” (Abbagnano, 2007, p. 673).

As teorias naturalistas, que surgiram no século XIX na Alemanha, interpretavam o mito a partir desse primeiro sentido, pois, para elas, o mito seria “produto da mesma atitude teórica ou contemplativa que dará origem à ciência”, já que ambos – mito e ciência – tomariam “determinado fenômeno natural como chave para a explicação de todos os outros fenômenos” (Abbagnano, 2007, p. 673). Esse primeiro sentido de mito também se encontra presente na contemporaneidade, porque, ao menos no ideário do senso comum, “prevalece essa aceção do significado em sua forma extrema, ou seja, como de crença dotada de validade mínima e de pouco verossimilhança” (Abbagnano, 2007, p. 673).

O segundo sentido atribuído ao vocábulo mito – qual seja, o de “forma autônoma de pensamento e de vida” – pode ser encontrado nas manifestações do romantismo e, também, em alguns segmentos da filosofia e da sociologia contemporâneas (Abbagnano, 2007, p. 674). Aqui, “a validade e a função do M.[ito] não são secundárias e subordinadas em relação ao conhecimento racional, mas originárias e primárias, situando-se num plano diferente do plano

do intelecto, mas dotado de igual dignidade” (Abbagnano, 2007, p. 673). O produto do mito é reputado como verdadeiro, sendo que tal verdade “não é uma verdade intelectual corrompida ou degenerada, mas uma verdade autêntica, embora com forma diferente da verdade intelectual, com forma fantástica ou poética” (Abbagnano, 2007, p. 673). O conhecimento racional e o mito seriam oriundos de planos distintos do intelecto, porém ao mesmo tempo seriam equiparados porque possuem um mesmo valor na medida em que igualmente seriam produtos genuínos do pensamento.

O romantismo interpretava o mito a partir desse sentido autêntico e, para além disso, “o ampliou em uma metafísica teológica” (Abbagnano, 2007). Ademais, “fora dessas especulações típicas do idealismo romântico, a doutrina do M.[ito] como forma autônoma de expressão e de vida encontrou ampla acolhida na filosofia e sociologia contemporâneas” (Abbagnano, 2007, p. 674).

Por fim, o terceiro sentido atribuído ao vocábulo mito é o de “justificação retrospectiva dos elementos fundamentais que constituem a cultura de um grupo” (Abbagnano, 2007, p. 674). Para esta perspectiva, o mito não se limita às culturas primitivas e é indistintamente importante para todas as culturas por realizar um retrato embelezado da realidade. Isto é, o mito partiria da análise de acontecimentos da realidade – tais como, “nascimento e morte, luta contra a fome e as forças natureza, derrota e vitória, relacionamento entre os sexos” (Abbagnano, 2007, p. 675) – para, posteriormente, apresentar uma releitura ornamentada da realidade. Ademais, este processo de representação ornamental da realidade inauguraria uma relação dialética ou de retroalimentação entre o mito e a realidade, pois “o M.[ito] reage sobre a situação que o provocou, tendendo a modificar o universo social do qual surgiu; este, uma vez modificado, provoca uma resposta no campo do M.[ito], e assim por diante” (Abbagnano, 2007, p. 675).

O terceiro sentido atribuído ao vocábulo mito se distingue dos demais porque não menospreza – tal como o primeiro sentido –, tampouco supervaloriza – tal como no segundo sentido – as construções mitológicas (Abbagnano, 2007). A primeira definição menospreza o mito por considerá-lo como uma forma atenuada da intelectualidade e, por outro lado, a segunda definição supervaloriza o mito por considerá-lo como uma forma autônoma do pensamento ou da vida. Ademais, para Nicola Abbagnano (2007, p. 675), esse terceiro sentido é o que explica a função desenvolvida pelo mito “nas sociedades mais avançadas e as características díspares que ele pode assumir nessas sociedades”. De acordo com essa perspectiva, o mito não apenas formula narrativas com o intuito de apresentar explicações acerca das coisas da vida em geral, mas como, também, designa pessoas, constitui conceitos abstratos e fundamenta projeções.

Portanto, a construção de alguns conceitos abstratos importantes para uma determinada cultura igualmente pode constituir um mito. É o que indica Nicola Abbagnano (2007, p. 675):

Outra vantagem é que ele explica a função exercida pelo M. nas sociedades mais avançadas e as características díspares que ele pode assumir nessas sociedades; nelas, podem constituir M. não só narrativas fabulosas, históricas ou pseudo-históricas, mas também figuras humanas (heróis, líderes, etc), conceitos e noções abstratas (nação, liberdade, pátria, proletariado), ou projetos de ação que nunca se realizarão (a ‘greve geral’ de que falava Sorel como M. do proletariado).

Franz Hinkelammert (2002, p. 255, tradução nossa) aparentemente adere a referida definição de mito, porquanto o referido autor afirma o seguinte:

A análise desses mitos revela que os pensamentos míticos de forma alguma podem ser entendidos como pensamentos irracionais. São pensamentos racionais que, no entanto, não operam com conceitos. Eles revelam, por meio de imagens e histórias, algo a partir do qual podem surgir pensamentos conceituais. No entanto, os pensamentos conceituais não podem substituir o pensamento mítico, mas o pressupõem.⁴⁸

Não obstante os inúmeros debates acerca de sua definição, o vocábulo mito intuitivamente remete a ideia de uma narrativa que explicava a criação e as tradições de alguma determinada cultura. A necessidade de se compreender é uma característica marcante no ser humano, portanto, sobretudo nas sociedades arcaicas e patriarcais, o mito apresentava as explicações que, por outros meios, não podiam ser obtidas pelo homem.

Os mitos apresentavam respostas para uma série de perguntas que não podiam ser respondidas pelos antepassados de outras formas distintas, que não através do mito. Nesse sentido, os mitos apresentavam respostas para os seguintes questionamentos: de que maneira a vida começou? Por que há guerras, doenças, fome ou pobreza no mundo? Como atrair a prosperidade? O que há após a morte?

Para Rubens Casara (2015), a necessidade de apresentar explicações para aquilo cuja explicação se desconhece é o que caracteriza o mito e, por consequência, é o que deve nortear o processo de definição do que é o mito. Com base em tal premissa, o referido autor conceitua o mito do seguinte modo:

Diante do que se observou e construiu neste estudo, o ‘mito’, então, pode ser conceituado como o elemento do discurso, sempre dogmático, coletivo e ahistórico,

⁴⁸ El análisis de estos mitos revela que los pensamientos míticos de ninguna manera pueden ser entendidos como pensamientos irracionales. Son pensamientos racionales, que, sin embargo, no trabajan con conceptos. Revelan a través de imágenes y cuentos algo, a partir del cual pueden aparecer pensamientos conceptuales. Sin embargo, los pensamientos conceptuales no pueden sustituir al pensamiento mítico, sino lo presuponen.

que se apresenta como verdade, no intuito de substituir a falta daquilo que não existe ou que não pode ser dito e produz efeitos concretos a partir da crença a ele atribuída. O mito emerge onde faltam palavras: seja porque não há o que ser dito, seja porque o que existe, se for dito, revela-se insuportável. (Casara, 2025, p. 86).

Seguindo a linha do proposto por Casara (2015), esta pesquisa também considera que o mito constitui uma narrativa apresentada como verdadeira e que fornece explicações para um fenômeno desconhecido ou, caso conhecido, que se deseja ocultar. Em outras palavras, o mito é o dogma que ocupa um espaço que se encontra vazio em virtude da ausência de uma outra explicação, sendo que esse espaço pode estar vazio simplesmente porque não há uma resposta disponível ou, ainda, porque a resposta disponível não atende a determinados interesses específicos e, portanto, deve ser dissimulada e substituída por outra que seja mais compatível com os eventuais escopos perseguidos.

Ademais, a referida definição também precisa ser complementada com as definições deixadas pelo terceiro sentido de mito apresentada por Nicola Abbagnano (2007), pois o vazio ocupado pelo mito não pode ser preenchido com respostas que não estejam alinhadas com os valores correspondentes de um determinado grupo. Valores alienígenas, que não guardam correspondência com os valores do local em que o mito será difundido, certamente não terão força para transformar o mito em dogma. Portanto, é crucial compreender o mito como uma narrativa que oferece explicações fundamentadas nos valores característicos da cultura de um determinado grupo.

5.1 A importância do mito para o sistema jurídico contemporâneo

Nas sociedades arcaicas e patriarcais, o mito desempenhava a função de apresentar respostas para uma série de fenômenos cujas causas eram desconhecidas. Porém, com o desenvolvimento das demais áreas do conhecimento, outras respostas substituíram aquelas que anteriormente eram apresentadas pelos mitos.

Não é mais necessário recorrer aos mitos para, por exemplo, apresentar explicações sobre o advento das estações do ano porque hoje já se sabe que é a inclinação do eixo da terra que, sobretudo, acarreta o advento da primavera, do verão, do outono e do inverno. Ademais, caso as projeções não se concretizem e ocorra algum tipo de confusão entre as estações, surgem novos estudos indicando que outros fenômenos da natureza – tais como o El Niño e La Niña – ou até mesmo fenômenos humanos – tal como o aquecimento global – foram os responsáveis por fazer com que a realidade se distanciasse das projeções.

Os fenômenos que anteriormente eram explicados por meio dos mitos atualmente são explicados através do conhecimento classificado como científico e, diante de tal cenário, para alguns, “a modernidade é o fim dos mitos, para outros, é a perfeição dos mitos” (Casara, 2015, p. 35). Tanto os que defendem que a modernidade enterrou os mitos, quanto os que defendem que a modernidade aperfeiçoou os mitos estão equivocados. Os mitos não foram enterrados, porque continuam suprindo lacunas com a apresentação de respostas que coadunam com uma determinada identidade cultural considerada. Os mitos igualmente não foram aperfeiçoados, porque a noção de perfeição remete a ideia de que algo rudimentar foi lapidado e alcançou um determinado estágio ideal, ao passo que, atualmente, os mitos apenas fornecem explicações para fenômenos distintos.

Os mitos efetivamente não são mais utilizados para apresentar explicações para aquilo que explicavam no passado, porém ainda se encontram presentes na dinâmica contemporânea. Embora os mitos não apresentem mais respostas para muitos dos fenômenos que atualmente são respondidos através de outras áreas do conhecimento, “é falha a ideia, incorporada pelo senso comum, de uma evolução linear das capacidades cognitivas do ser humano que, gradativamente, o teriam afastado do mitológico (pré-lógico)” (Casara, 2015, p. 29). A ideia de que o pensamento mitológico foi superado igualmente constitui um mito necessário para sustentar a afirmação de que a sociedade contemporânea trata de uma sociedade esclarecida e fundamentada na racionalidade, porém o mito continua condicionando o pensamento humano. Assim, a concepção de que o desenvolvimento do pensamento racional passa pela superação dos mitos é, também, um mito. Isso é o que explica Rubens Casara (2015, p. 29-30):

O nascimento da filosofia, enquanto reflexão consciente de si, e da razão ocidental implica a ideia da superação dos mitos como um mito necessário no contexto do nascimento da cosmologia, da filosofia ocidental e da ciência. Mostra-se legítima a hipótese de que o mito foi constitutivo e ainda se encontra velado no pensamento racional, por mais que se tenha defendido a existência de um processo gradual e dialético, por meio do qual ‘viria a operar-se a progressiva deslocação do centro da gravidade do mito para o *logos*’.

Os mitos contam a história da humanidade e ainda são extremamente importantes para a contemporaneidade porque fornecem explicações para aquilo cuja resposta se desconhece ou se deseja ocultar. René Girard (1990; 2008), por exemplo, rechaça as teorias contratualistas e, a partir da análise de ritos sacrificiais, tal como o sacrifício de Jesus Cristo, afirma que foi um ato de violência – notadamente, um assassinato coletivo – que promoveu a união de indivíduos que anteriormente viviam em um estado de violência recíproca, sendo que tal teoria igualmente explica o motivo pelo qual a sociedade é violenta e se excita ao presenciar execuções públicas.

Os mitos condicionam o modo de viver dos antigos e – ainda que de forma velada – condicionam o modo de viver hodierno, sendo que, na contemporaneidade, os mitos desempenham múltiplas funções que variam de acordo com cada área do saber. Na antropologia, notadamente no âmbito das teorias estruturalistas em que não se distingue o real e o imaginário porque se entende que ambos os planos formam a concepção de um todo, “o pensamento mítico passa a ser percebido como sistema de organização mental, conjunto estruturado, bem distante de um pensamento pré-lógico ou pré-científico” (Casara, 2015, p. 41). Já na psicanálise, “o mito aparece como representante de conteúdos psíquicos inconscientes” (Casara, 2015, p. 55).

O mito também exerce um papel relevante no âmbito jurídico, pois fornece fundamentos, define conceitos, embasa teorias e orienta o processo hermenêutico. Sobre construções mitológicas que fundamentam o sistema jurídico, Casara (2015, p. 65) afirma que “não se pode ignorar que a ideia de contrato social retrata, na verdade, o mito fundador da sociedade e que a própria Constituição é apresentada por alguns como um mito”. Já sobre construções mitológicas que embasam conceitos, Nicola Abbagnano (2007, p. 675) afirma que “a ideia de ‘nação, liberdade, pátria e proletariado’ são conceitos mitológicos”. Por fim, no que se refere às construções mitológicas que orientam o processo hermenêutico, é importante destacar que casos complexos são frequentemente resolvidos com aparente simplicidade porque o julgador pode se valer de uma série de mitos que reduzem a complexidade dos casos submetidos à sua apreciação, facilitando o ato decisório. Isso é o que indica Casara (2015, p. 22):

No campo jurídico, a visão unilinear dos atores jurídicos tende a desconsiderar a complexidade dos casos postos à sua apreciação. Nessa linha de argumentação, parece evidente que o mito contribui para a descontextualização e o velamento do caso judicializado, principalmente ao servir de fundamentação para convicções acríticas, certezas consideradas absolutas e lugares comuns, recebidos e reproduzidos pelos atores jurídicos, sem a adequada verificação empírica e sem que a coerência teórica esteja em vista.

Assim é que se pode falar de uma ‘mitologia jurídica’ a formar um emaranhado, um nó de certezas axiomáticas que, ao longo das quadras históricas, acabou sedimentado no intelecto dos atores jurídicos. Essa mitificação, entendida como processo de absolutização de discursos, noções e princípios relativos e discutíveis, historicamente tem servido à passagem de um mecanismo de conhecimento a um mecanismo de crença.

A esfera jurídica desenvolvida a partir do paradigma individual-liberal promoveu a criação de inúmeros mitos, os quais auxiliam na redução da complexidade dos casos colocados à apreciação do judiciário e, em última análise, garantem a manutenção de uma determinada

estrutura de poder. O sistema jurídico é composto por uma série de teorias desenvolvidas a partir da pretensão, em alguns casos, até mesmo sincera, de conceder racionalidade ao sistema jurídico, mas que, em última análise, apenas reforçam o modelo positivista vigente. Para Casara (2015), esse seria o caso, por exemplo, das teorias desenvolvidas por Hans Kelsen, John Rawls, Ronald Dworkin, Chaïm Perelman, Jürgen Habermas e Luigi Ferrajoli.

Através da teoria pura do direito, Hans Kelsen pretendia, como o próprio título já anuncia, constituir uma teoria que fosse completamente dissociada de quaisquer interferências extrajurídicas, porém a norma fundamental – no caso, a norma de maior hierarquia e que atribui validade a todas as demais normas inferiores – não pode ser positivada por qualquer autoridade porque, em tal hipótese, seria necessário haver outra norma para lhe validar, de modo que a norma fundamental é qualificada como uma norma pressuposta cujo conteúdo advém de meios externos ao direito. Ou seja, paradoxalmente, Kelsen recorre a uma norma que supostamente estaria pressuposta na sociedade para atribuir validade a toda a sua teoria, o que é incompatível com a pretensão de desenvolver uma teoria que fosse pura, isto é, que fosse dissociada de quaisquer interferências externas ao direito. Portanto, para Rubens Casara (2015, p. 68), a teoria pura do direito de Hans Kelsen, “apesar de pretender negar a metafísica tradicional, atende às exigências da filosofia da consciência, inscreve-se na relação sujeito-objeto (paradigma representacional) e se dilui em crenças a serem incorporadas e reproduzidas acriticamente pelos operadores jurídicos”.

Por sua vez, John Rawls, ao desenvolver a teoria de justiça como equidade, partiu da ideia de posição original – que configura uma situação hipotética em que pessoas livres e iguais escolhem, através de um véu de ignorância, os princípios de justiça que devem nortear a estrutura da sociedade. Em apertada síntese, o véu da ignorância turvaria a visão de todas as pessoas, assegurando “que ninguém seja prejudicado, em razão dessa escolha, seja por obra do acaso natural, seja por contingência de circunstâncias sociais” (Casara, 2015, p. 70). O véu da ignorância obstaculiza o acesso a determinadas informações, de modo a assegurar que as pessoas sejam “representadas apenas como pessoas dignas, sendo descartadas quaisquer contingências naturais ou sociais, bem como as vantagens que poderiam ser advindas pela cooperação.” (Vilas Boas Neto, 2022, p. 59). Porém, de acordo com Rubens Casara (2015, p. 72), tal “posição original” não necessariamente promove o nivelamento de todos os indivíduos, porque o véu da ignorância não faz com que todos sejam iguais e, ainda que fizesse, “nada assegura que os agentes por trás do ‘véu da ignorância’ tenham objetivos idênticos e façam as mesmas escolhas”. Portanto, o que fundamentaria a teoria da justiça como equidade – no caso,

a posição original formada através do véu da ignorância – não é equânime e, para além disso, produziria injustiça no mundo real por desconsiderar as diferenças existentes entre os sujeitos.

Para Ronald Dworkin, o mito é um recurso retórico e, justamente em função disso, criou o mito do Juiz Hércules para ilustrar a teoria do direito como equidade e indicar qual é o papel que deve ser desempenhado pelo julgador (Casara, 2015). Na mitologia grega, Hércules possui uma grande força e, em Dworkin, o Juiz Hércules igualmente deteria uma grande força para encontrar uma resposta correta dentre todas as respostas já possíveis para o caso que lhe é apresentado, sem, contudo, ser meramente positivista ou discricionário. O Juiz Hércules possuiria, portanto, uma força e uma sagacidade sobre-humana, que lhe permitiriam interpretar e aplicar o direito em conformidade com os valores que fundamentam o sistema jurídico. Porém, Rubens Casara (2015, p. 74) adverte que “o mito do Juiz Hércules, com suas funções e aptidões, revela a impossibilidade de concretização do juiz ideal, em razão da natureza humana (e, portanto, sempre falível) do juiz positivista”.

Já para Chaïm Perelman, a retórica deve se afastar dos modelos argumentativos tradicionais e deve focar em construir uma argumentação que promoverá a persuasão de um auditório universal. Para tanto, o julgador deve-se preocupar em encontrar argumentos que seriam válidos para a coletividade, bem como com as particularidades dos indivíduos que integrariam o auditório universal e que devem ser persuadidos. Porém, Rubens Casara (2015, p. 75-76) afirma que a ideia de auditório universal “se trata de um mito, apoiado na crença de que a ‘humanidade ilustrada’ não depende da faticidade, de fatos contingentes, vez que, teoricamente, a crença no auditório universal não está sujeita a determinações históricas e culturais”.

Jürgen Habermas e Luigi Ferrajoli igualmente não permaneceram imunes às críticas formuladas por Rubens Casara (2015), porquanto, para o autor, ambos construíram mitos ao desenvolver suas respectivas teorias. Para Casara (2015, p. 79), Jürgen Habermas superou e, em contrapartida, igualmente criou mitos porque “insiste na possibilidade de o sujeito aprender a verdade por meio da argumentação”. Por outro lado, embora reconheça que a “Teoria do Garantismo” é extremamente importante para o processo de racionalização do poder punitivo, Casara (2015) afirma que a teoria de Luigi Ferrajoli também criou mitos, tal como o mito de que a legalidade estrita poderia obstaculizar a opressão.

Os mitos supracitados – mencionados por Rubens Casara (2015) para ilustrar como a atividade hermenêutica está repleta de mitos – são apenas alguns dos mitos que, ainda que de forma irrefletida, exercem influência na atividade julgadora. Somados a eles, Rubens Casara (2015) indica que a “neutralidade do órgão julgador”, a “imparcialidade do Ministério Público”,

a “verdade real”, o “livre convencimento”, o “consenso penal” e a concepção do “processo penal como instrumento de pacificação social ou de segurança pública” igualmente configuram mitos que atuam especificamente no processo penal brasileiro.

A concepção hermenêutica tradicional vigente – que ignora as influências contextuais que atuam sobre o julgador e compreende que ele deve descobrir qual era a intenção do legislador ao editar determinada norma – possibilita a utilização acrítica de mitos que preservam a manutenção de um determinado *status quo* e inviabilizam o advento de alterações substanciais na sociedade. Esse fenômeno é denunciado por Casara (2015, p. 62-63):

E dentro dessa visão tradicional que se destaca a utilização acrítica de mitos no momento de ‘revelar’ o sentido das normas, com o intérprete, sem saber, inserido no horizonte da história e da linguagem. O paradigma tradicional da hermenêutica parte da inseparabilidade entre sujeito (aquele capaz de compreender) e objeto (aquilo que deve ser compreendido), do dualismo metafísico sujeito-objeto. Estando, esse intérprete, vinculado a um contexto histórico, a uma tradição, mostram-se difíceis (re)leituras desassociadas dos caracteres de determinada sociedade, de onde se conclui que, sem mudanças nessa sociedade, isto é, sem rupturas na tradição, as interpretações tendem a ser conservadoras, tendem a repetir o que já está sedimentado’ (pré-juízos), impedindo ‘a dialética que deve existir entre a familiaridade e o estranho’, abrindo espaço à emergência do novo. A consequência imediata desse desvio é o surgimento de uma jurisprudência reacionária, constatável em qualquer repertório jurisprudencial, refratária de mudanças no *status quo*. Assim, entende-se a insistência dos operadores jurídicos de ‘interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas que, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo’.

O conhecimento jurídico reputado como científico produz e vende mitos cuja aderência sedimenta as relações de produção e aprofunda a desigualdade em níveis abissais. As relações de produção não se limitam a produzir objetos, pois igualmente precisam produzir a fundamentação necessária para sustentá-los. Assim, “a ciência, que já não mais se mantém por ela mesma, precisa criar produtos que são vendidos e consumidos igualmente de forma alienada” (Valois, 2021, p. 109).

Em “nossa sociedade de consumo[,] as mercadorias viram mitos e os mitos viram mercadorias” (Valois, 2021, p. 108), sendo que o rol de mitos produzidos pelo sistema jurídico consegue atender a todos os seus respectivos consumidores. A prateleira de mitos da esfera jurídica é múltipla e consegue servir a todas as áreas. Os mitos jurídicos definem conceitos, fundamentam teorias e orientam a atividade hermenêutica. Ademais, produzem efeitos concretos do mundo real, pois, no âmbito do sistema jurídico, ocultam as relações de produção, promovem a seletividade, justificam a manutenção do *status quo*, enfim, produzem violência sem que as pessoas envolvidas no conflito sequer tenham consciência.

A propagação da ideia de que o processo decisório deriva única e exclusivamente da racionalidade científica se trata de um mito e, conforme ressalta Luís Carlos Valois (2021, p. 130), “a aparência de objetividade só tem servido para encobrir uma grande quantidade de ideologia ou de preconceitos, situação em que a construção jurisprudencial produzida em série acaba servindo como suporte de manutenção”. Com efeito, assim como os demais fenômenos sociais, “o mito é [...] apropriado por determinados grupos ou utilizado sobre determinada parcela da sociedade: nesse sentido, reforça o caráter seletivo da sociedade e, por sua vez, o mito penal reforça o caráter seletivo do sistema penal” (Casara, 2015, p. 32). Porém, a seletividade produzida não é nítida porque “o mito também deforma, aliena, ao esconder a facticidade, as relações de produção, as condições materiais de existência que o cercam” (Casara, 2015, p. 33).

O mito aliena e o “caráter alienante do mito produz consequências no seio da sociedade”, dentre as quais se ressalta a solidificação de crenças que promovem a manutenção de uma determinada estrutura social (Casara, 2015, p. 33). Isso ocorre porque com “a crença nos mitos liberais, v.g., torna difícil perceber a insuficiência de uma emancipação que, desde a Revolução Francesa, permanece abstrata e não se propaga para outras esferas da vida social” (Casara, 2015, p. 33).

Os mitos talvez possam influenciar positivamente as outras áreas do conhecimento, porém, no âmbito jurídico, são utilizados para ocultar as desigualdades existentes nas relações de produção, bem como produzem seletividade e violência sem que as pessoas que os utilizam sequer tenham consciência disso. Justamente em função disso, Casara (2015) defende que o processo penal apenas adquirirá ares democráticos após ocorrer a própria superação dos mitos encobridores da realidade. Essa afirmação pode ser estendida para o direito penal e demais ramos do direito, pois o sistema jurídico apenas será democrático quando os mitos encobridores da realidade forem superados.

5.2 O mito da ressocialização

A ressocialização – assim como o vocábulo mito – trata de um significante que possui múltiplos significados e atribuições. Há quem a qualifique como positiva e defenda que a pena de prisão deve ser aplicada com a finalidade de promovê-la, bem como há quem a qualifique como negativa e defenda que a pena de prisão deve ser dissociada de qualquer pretensão de correção. Há quem a considere como produto de uma atividade intelectual inferior e há quem a considere como produto de uma atividade intelectual genuína. Ademais, por se encontrar

presente desde os primórdios da historiografia dos sistemas de punição, a ressocialização igualmente pode ser vinculada a determinados valores que se encontram presentes na sociedade.

Para Luís Carlos Valois (2021, p. 105), “por ser mais uma ficção do que um fim para a pena, o termo ressocialização sempre terá um conceito ambíguo, difícil de captar e, principalmente de expressar”. A ressocialização possui todas as dificuldades de imprecisão apresentadas por Valois (2021, p. 105) e, conforme identificado pelo autor, tudo se agrava quando se considera que ela se multiplica em um verdadeiro leque de ideologias “re”. Tal termo fora cunhado por Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista *et al* (2003, p. 126), os quais afirmam que a teoria da prevenção especial positiva deságua em um “leque de ideologias re”, a saber, de “ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação”. Porém, é importante salientar que a ressocialização não trata necessariamente de uma ficção porque, independentemente de ser ou não ser verdadeiramente perseguida pelo poder punitivo, independentemente de poder ou não poder ser alcançada no mundo concreto, remete aos fundamentos culturais históricos da sociedade, bem como produz efeitos sensíveis no mundo real.

Esta pesquisa adota a perspectiva de que os mitos fornecem explicações dogmáticas para questões cujas respostas se desconhece ou se deseja dissimular, valendo-se, para tanto, de elementos que fundamentam a cultura de um determinado grupo. Partindo-se dessa perspectiva, é possível concluir que a ressocialização é, também, um mito porque apresenta uma explicação para uma realidade extremamente inconveniente – a saber, que a pena de prisão é uma instituição que não acarreta qualquer bem – a partir de um sentimento que pode ser identificado desde os primórdios da historiografia do sistema de punição – qual seja, que a pena deve corrigir aquele que praticou um crime e violou o pacto social.

O ideal de ressocialização pode ser classificado como um mito por apresentar respostas dogmáticas para um dado que se deseja ocultar. Inclusive, Rubens Casara (2015, p. 86), ao apresentar sua própria definição de mito, afirma que o mito é aquilo que é apresentado como verdade para substituir aquilo que não pode ser dito, bem como exemplifica mencionado que em tal rol estão inserido “os mitos que cercam as funções da pena (prevenção, ressocialização etc.)”. A ideia de ressocialização oculta o fato de que a pessoa presa é tratada como um ser descartável e que, conforme visto no capítulo anterior, sairá do cárcere morto ou, caso excepcionalmente sobreviva à experiência prisional, ao menos deteriorado.

A ressocialização oculta uma realidade abjeta, pois ocultam a verdadeira natureza da prisão. Conforme indicam Klélia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido (2018, p. 25), “mascara a sua perenização como campo de exceção a identificar – dentre as formas de vida –

uma esfera de vida nua a tornar o preso um não sujeito: o *sacer*, aquele que é matável também em sua individualidade”. Quem consegue lidar abertamente com o fato de que o encarceramento insere os indivíduos em um espaço de exceção que desumaniza e, uma vez expropriado o caráter humano da pessoa presa, possibilita a violação dos direitos e garantias fundamentais mais básicos? Quem consegue lidar abertamente com o fato de que as pessoas presas são espancadas, passam fome e sede, são obrigadas a comer comidas estragadas, sofrem abusos morais e sexuais, são torturadas com a privação de sono, sofrem com as mudanças de temperatura extremas e morrem porque são contaminadas com doenças infecciosas? Essas verdades são difíceis de encarar e, por isso, o mito da ressocialização as encobre.

Ao ornamentar aquilo que é feio, a ressocialização traz tranquilidade para aqueles que encarceram e, também, para aqueles que precisam lidar com as violações que cotidianamente ocorrem no âmbito das prisões, pois, com a concepção de que a pena de prisão deve produzir a ressocialização, é possível manter a política de encarceramento e, ao mesmo tempo, terceirizar a responsabilidade dos inconvenientes inerentes ao encarceramento que de tempos em tempos chegam ao conhecimento do público em geral. Nesse contexto, “a ressocialização sob o aspecto ideológico, [...] gera certo conforto em razão de sua suposta e aparente nobreza ínsita na ideia de viabilizar a transformação do criminoso em cidadão de bem” (Aleixo; Penido, 2018, p. 28).

Por outro lado, o ideal de ressocialização pode igualmente ser classificado como um mito porque a resposta apresentada para o dado que se deseja ocultar trata de uma resposta que justificava a aplicação das penas mesmo quando a prisão ainda não havia colonizado o sistema de punição. Luís Carlos Valois (2021, p. 109) aponta que o ideal de ressocialização está presente desde os primeiros registros históricos de aplicação de penas, bem como reconhece que “a ressocialização não teria tido força dogmática e política se não estivesse sempre presente como característica da punição, seja com o nome de correção seja na qualidade de educação pela dor”. A concepção de que a pena poderia corrigir o violador do pacto atravessou a antiguidade e chegou até os tempos hodiernos, de modo que traduz um sentimento que, de fato, encontra aderência na cultura ocidental. Para comprovar o alegado, o autor exemplifica mencionando que:

[...] achar um mito que se adéque ao ideal de ressocialização não é difícil, pois o que mais se tem na mitologia é a ideia da transformação do homem, seja em animal, em fogo, em anjo ou um demônio, transformações essas que normalmente vêm acompanhadas da dor, assim como todas as diversas punições igualmente presentes nos mitos. (Valois, 2021, p. 107).

Portanto, a ressocialização é um mito porque, com base em valores da própria cultura ocidental, justifica o sistema de punição encobrendo uma realidade insustentável, a saber, de que a pena de prisão não possui qualquer utilidade, ou, melhor dizendo, não possui a utilidade que lhe é designada pelo discurso oficial de fazer com que as pessoas encarceradas sejam transformadas em pessoas melhores para que posteriormente possam ser reinseridas na sociedade.

A pena de prisão possui muitas utilidades – para Michel Foucault (2014), visa produzir a delinquência e possibilita o gerenciamento de ilegalidades; para Alessandro Baratta (1999), visa conservar as desigualdades existentes na sociedade; para Massimo Pavarini (2012a), visa exterminar os indivíduos que supostamente representam algum tipo de risco para os demais –, porém não possui a utilidade apresentada pelo discurso oficial. Na realidade, conforme denunciam Aleixo e Penido (2018, p. 38), “o aniquilamento da pessoa presa e a consequente perpetuação da agressividade e da violência é, pois, a real intencionalidade da manutenção do falacioso discurso da ressocialização como finalidade da execução penal”.

É igualmente importante considerar que, no contexto globalizado, absolutamente tudo pode virar mercadoria e o mito não é imune a tal tendência. Na contemporaneidade, mito e mercadoria se confundem e a ressocialização é hoje, ao mesmo tempo, um mito e uma mercadoria, porquanto é vendida pelos detentores das relações de produção em uma embalagem que possui um rótulo com letras bem pequenas para possibilitar que seus respectivos consumidores não tenham consciência do que verdadeiramente estão consumindo, tampouco que contribuem com a concentração de riqueza dos detentores dos meios de produção. Ademais, assim como as mercadorias em geral podem receber destinações distintas que variam de acordo com quem as adquire, o mito-mercadoria da ressocialização pode atender a múltiplas finalidades, pois “serve para dar um fundamento moral para a pena de prisão, serve para transferir a culpa da reincidência ao próprio preso, legitima o direito de punir, mantém viva uma sanção falida, serve para camuflar o verdadeiro intento de tão somente excluir” (Valois, 2021, p. 110).

Luís Carlos Valois (2021, p. 107) reconhece que o mito revela verdades inconscientes e nega que tal fato atribua ao mito o caráter de verdade ao afirmar que “quanto mais cedo nos dermos conta conscientemente de sua inverdade, e do quanto somos influenciados por ele, mais perto podemos estar de nos vermos livres dele”. É temerário atribuir a algo ou a alguém a qualidade de verdadeiro, sobretudo porque a verdade possui múltiplas facetas e igualmente é um mito utilizado como instrumento retórico para atribuir legitimidade a um determinado argumento em detrimento dos demais.

Há verdade no mito porque ele traduz um sentimento que efetivamente é culturalmente partilhado e, de igual modo, há verdade na ressocialização porque a ideia de que a pena deveria promover a reabilitação para a vida em sociedade encontra-se presente na historiografia do sistema de punição. O próprio Luís Carlos Valois (2021, p. 108) reconhece isso em outro ponto, pois, ao discorrer acerca das relações de produção que são encobertas pelos mitos, afirma que “não é conveniente apenas relegar o mito à qualidade de uma mentira dispensável, mas sim a uma mentira que possa dizer a verdade de uma sujeição a qual o ser humano está submetido”.

O mito da ressocialização provoca efeitos sensíveis no mundo real. Com efeito, conforme identificado em outro trecho pelo próprio Valois (2021, p. 109), “afirmar isto é um mito não pode ter o significado de isto é uma mentira, mas sim significar um alerta, o de que estamos acomodados, submetidos (sujeitados) a uma estagnação que precisamos superar”. Há verdade no mito da ressocialização, porém a consciência daquilo que é encoberto pelo mito efetivamente pode transformar drasticamente o poder punitivo, pois pode libertá-lo do ideal da ressocialização.

Massimo Pavarini (2012b) afirma que o ordenamento jurídico trata de um emaranhado de mandamentos que não guardam correspondência com a realidade, sobretudo porque um direito apenas precisa ser reconhecido no mundo do dever ser quando ele não é observado no mundo no mundo do ser. Conforme exemplifica o autor, “nunca vimos uma lei que diz que todos os cidadãos têm o direito de respirar ar sem limite”, sendo que isso ocorre porque este direito é inerente à condição de ser vivo e, conseqüentemente, não precisa ser reconhecida no âmbito do ordenamento jurídico (Pavarini, 2012b, p. 389). Por outro lado, prossegue Massimo Pavarini (2012b, p. 389), “o direito é um universo de proposições que não tem nenhuma relação com o ser, tem relação com as aspirações políticas, diz respeito a como se gostaria de viver em uma sociedade em que fossem todos iguais”. A partir disso, por um breve instante, poder-se-ia conjecturar que não há mal em permitir que a pena de prisão, assim como o direito como todo, indique uma aspiração a ser seguida, tal como a de promover a ressocialização da pessoa presa. Porém, conforme conclui o próprio Massimo Pavarini (2012b, p. 390), não parecer ser “possível converter o cárcere em instrumento de inclusão” e, considerando que o escopo supostamente perseguido pela pena de prisão não pode ser alcançado, a ressocialização trata de um mito que apenas desempenha a função de conservar desigualdades.

O mito da ressocialização traduz um sentimento da cultura ocidental, porém tal sentimento condiciona ações desastrosas no âmbito da execução penal porque reforçam o caráter seletivo e autoritário do direito penal e processual penal. O mito da ressocialização – assim como os demais mitos jurídicos – ocultam relações de produção e uma verdade

inconveniente, no caso, de que a pena de prisão não torna as pessoas encarceradas aptas para o convívio harmônico em sociedade. O mito da ressocialização, portanto, precisa ser desvelado porque apenas a consciência de que o mito encobre práticas de extermínio pode ensejar a superação de tais práticas.

5.3 O poder disciplinar como elemento que retroalimenta o mito da ressocialização

A análise das decisões judiciais que empregam o termo ressocialização indicam que tal termo é majoritariamente utilizado para fundamentar uma decisão que seja prejudicial à pessoa do condenado (Valois, 2021), bem como que tal termo pode ser utilizado tanto no processo de conhecimento, quanto no processo de execução. Não obstante, é no âmbito do processo de execução, notadamente nos incidentes que apuram os desvios de comportamentos identificados pelo poder disciplinar e que são levados à apreciação do judiciário, que o mito da ressocialização é revitalizado e reforça seu caráter de principal fundamento da pena de prisão.

No processo de conhecimento, a ressocialização é comumente mencionada na fundamentação desenvolvida no âmbito da dosimetria e da fixação do regime inicial de cumprimento da pena (Valois, 2021). Em tal estágio, a ressocialização não ostenta o caráter de verdade absoluta característica dos mitos e, embora inicialmente possa prejudicar a pessoa condenada com a imposição de penas e de regimes mais rigorosos, os parâmetros que devem nortear a dosimetria da pena e a fixação do regime inicial encontram-se relativamente pacificados no âmbito jurisprudencial e, conseqüentemente, as decisões que de forma abissal contrariam a orientação jurisprudencial têm maiores chances de serem revistas através da via recursal.

A ressocialização pode ser afastada caso seja apresentada para justificar uma decisão que promova a dosimetria ou fixe o regime inicial de modo completamente dissidente da orientação jurisprudencial, portanto, ao menos no âmbito do processo de conhecimento, a ressocialização não constitui uma verdade absoluta e pode ser refutada. O mesmo não ocorre quando a ressocialização é mencionada no processo de execução, notadamente no âmbito dos incidentes que são instaurados para apurar os comportamentos selecionados pelo poder disciplinar.

A execução penal, através do art. 1º, da LEP (Brasil, 2024b),⁴⁹ concede evidência para a prevenção especial positiva, a qual, conforme explica Henrique Viana Pereira (2020, p. 64)

⁴⁹ Art. 1º, LEP: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

“confere à pena a função de corrigir o apenado para evitar que ele volte a delinquir”. A pena, portanto, seria executada com o escopo de “eliminar ou, pelo menos, reduzir a periculosidade” da pessoa presa, sendo que, para tanto, precisaria promover intervenções específicas na pessoa do condenado (Pereira, 2020, p. 64).

No âmbito da execução penal, o poder disciplinar é o instrumento disponível para realizar as intervenções específicas que eliminariam ou reduziriam a periculosidade do indivíduo, bem como é o instrumento disponível para aferir se o indivíduo encontrar-se-ia ressocializado. Isso ocorre porque é através do poder disciplinar – notadamente, através do sistema de apuração de faltas e do exame criminológico – que é aferido se o indivíduo apresenta o comportamento esperado pela instituição e que, conseqüentemente, estaria pronto para retornar ao convívio em sociedade. O encarceramento é incompatível com qualquer pretensão de ressocialização, pois não se pode ensinar a viver pacificamente em sociedade em um ambiente repleto de conflitos e destacado da sociedade. As habilidades necessárias para a vida em liberdade não podem ser ensinadas na vida enclausurada. Os métodos supostamente eleitos para alcançar a ressocialização são completamente incompatíveis com os fins de alcançar a ressocialização. A pretensão de ressocialização e as práticas eleitas para se alcançar a ressocialização são, portanto, ambivalentes.

De todo modo, quando o poder disciplinar indica que a pessoa presa não se encontra ressocializada – porque teria praticado uma falta ou, ainda, porque o exame criminológico teria constatado a sua periculosidade –, tal afirmação é vista como uma verdade absoluta, como um dogma, que muito dificilmente poderá ser refutado.

No âmbito disciplinar, a pessoa presa não goza dos direitos e das garantias que são assegurados aos acusados em outros processos de natureza criminal, de modo que as imputações formuladas pelo poder disciplinar dificilmente são refutadas. Com efeito, quando o poder disciplinar afirma que alguém ostenta um comportamento inadequado e indica que a revogação ou o indeferimento de direitos adquiridos é importante para garantir a ressocialização desse alguém, a pessoa presa não consegue se defender e tais proposições são prontamente acolhidas pelo poder judiciário. Aqui, portanto, a ressocialização é vista como uma verdade absoluta e as arbitrariedades oriundas de sua utilização dificilmente conseguem ser revertidas através da via recursal.

Ademais, tal decisão, que com base no poder disciplinar revoga ou indefere direitos adquiridos da pessoa presa, transcende o caso concreto e opera efeitos no sistema punitivo como um todo, retroalimentando o mito da ressocialização. Nicola Abbagnano (2007, p. 674) afirma que a realidade e o mito operam sob uma lógica em que se retroalimenta. No mesmo sentido,

Rubens Casara (2015, p. 23) afirma que “a mitologia processual penal realimenta-se dialeticamente com a natureza autoritária da sociedade brasileira”. O mito reage sobre uma realidade posta e, por sua vez, esta realidade posta reage ao mito, reforçando o conteúdo do mito. Com efeito, quando o poder disciplinar leva ao conhecimento do poder judiciário as intercorrências que seleciona no ambiente prisional, o poder judiciário tem a oportunidade de reforçar o mito da ressocialização e prolongar o tempo do indivíduo no cárcere porque, ao reconhecer a prática de uma falta grave e que o exame criminológico é desfavorável, conclui que o indivíduo ainda não se encontra ressocializado.

Conforme indicado por Rubens Casara (2015, p. 43), “a eficácia do mito depende de que os indivíduos mantenham a adesão àquele discurso mitológico”, sendo que a adesão ao mito da ressocialização é diariamente reforçada pelo judiciário. O poder judiciário apenas possui a oportunidade de deliberar acerca do comportamento da pessoa presa porque o poder disciplinar, com suas faltas e exames, acusa a pessoa presa de não ostentar o comportamento que lhe é esperado. Luís Carlos Valois (2021, p. 109) indica que a ressocialização, “a despeito da grande mentira que a própria palavra transmite por si só, é usado constantemente nos meios científicos e social, servindo tanto para fundamentar a prática judiciária quanto para vender à população a ideia de que a prisão tem alguma utilidade”. Sem o poder disciplinar, o comportamento da pessoa presa não chegaria até a apreciação do poder judiciário e, tampouco, o mito da ressocialização poderia ser validado.

O poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal é, portanto, o mecanismo que retroalimenta a ressocialização e reforça o mito de que a pena de prisão – por supostamente tornar o violador do pacto social apto para o convívio em sociedade – seria útil e promoveria um bem.

5.4 A vivacidade do mito da ressocialização no ordenamento jurídico brasileiro

A forma como o direito comparado lida com a ressocialização tem se alterado. Quer seja porque se admitiu que o poder punitivo visa tão somente promover o extermínio das pessoas porventura selecionadas, quer seja porque se busca encontrar formas mais eficientes de lidar com a criminalidade, a ressocialização tem sido escamoteada.

David Garland indica que, ao longo do século XX, a forma através da qual se lidava com a criminalidade foi alterada, porque as sociedades teriam migrado da cultura da reabilitação – cujo foco estava na reforma do criminoso – para a cultura do controle – cujo foco está na gestão e no controle do risco. Com esta alteração de paradigma, “em vez de enfatizar métodos

de reabilitação que atendam às necessidades do criminoso, o sistema enfatiza controles efetivos que minimizam os custos e maximizem a segurança” (Garland, 2008, p. 377). No mesmo sentido, Alessandro Baratta (1990, p. 1) indica que “hoje assistimos em muitos países, e sobretudo nos Estados Unidos, uma mudança do discurso oficial sobre a prisão: de prevenção especial positiva (ressocialização) para prevenção especial negativa (neutralização, incapacitação)”. De igual modo, Alessandro Baratta (1999, p. 94) indica que, em alguns países em que “o movimento de reforma atingiu níveis muito elevados, como o Canadá, por exemplo – toma-se como ponto de referência os documentos da Comissão de Reforma do Direito do Canadá – não se considera mais o cárcere como instrumento de reeducação” (Baratta, 1999, pg. 94).

As leis e a jurisprudência brasileira encontram-se na contramão de ambos os referidos movimentos – que aceitam e reconhecem que a pena de prisão visa apenas segregar; ou que se esforçam para encontrar escopos mais humanos para a pena de prisão. No campo legislativo, o art. 1º, da Lei de Execução Penal, promulgada em 1984, afirma que a execução penal “tem por objetivo [...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (Brasil, 2022). Já no campo jurisprudencial, Luís Carlos Valois (2021, p. 99) destaca que “se há indícios de que, a partir dos anos 70, houve um declínio do ideal de ressocialização [...] no Brasil ocorre justamente o contrário, com decisões judiciais continuando a fundamentar um maior encarceramento com base no ideal ressocializador”.

O termo ressocialização não é expressamente recepcionado pela legislação penitenciária brasileira, pois o art. 1º, da LEP preceitua que a execução penal busca promover “a harmônica integração social do condenado e do internado” (Brasil, 2024b). Ou seja, a legislação penitenciária não menciona que possui o objetivo de promover a ressocialização, mas de promover as condições necessárias para garantir a integração social da pessoa condenada. Academicamente, o termo reintegração social não se confunde com o termo ressocialização, porquanto Alessandro Baratta e, em seu rastro, Alvino Augusto de Sá defendem que a execução penal efetivamente deve buscar a reintegração social da pessoa condenada através do respeito de seus respectivos direitos e com a integração de outras esferas da sociedade (Baratta e Alvino, *apud* Valois, 2021). Em apertada síntese, Baratta (1990) afirma que o termo ressocialização e reintegração social não podem ser confundidos porque enquanto a ressocialização pressupõe que a sociedade é boa e precisa consertar o preso que é mau, a reintegração social exige uma mudança na sociedade, que precisa reconhecer sua parcela de responsabilidade nos problemas que levam à criminalidade. Não obstante, a jurisprudência não distingue ambos os termos, pois, na pesquisa jurisprudencial realizada em sua tese de doutoramento, Luís Carlos Valois (2021,

p. 265) identificou “que, na prática, na linguagem jurídica e, principalmente na linguagem comum, reintegração é sinônimo de ressocialização”.

A jurisprudência não distingue ressocialização de reintegração social e ambos os termos, mas sobretudo a ressocialização, “é um termo usado pelos tribunais, na maioria das vezes em prejuízo do preso” (Valois, 2021, p. 260). Sobre a danosidade da ressocialização para a pessoa em cumprimento de pena, veja o que Luís Carlos Valois constatou quando analisou decisões judiciais que mencionavam a palavra ressocialização (2021, p. 260):

Das últimas 500 decisões pesquisadas, temos 257 usando o termo ressocialização em prejuízo do preso, e 243 em favor, sendo São Paulo o Estado que mais incorre nessa prática pois, dentre 100 decisões, aparecem 69 negativas. De acordo com os Estados pesquisados, podemos apresentar o seguinte gráfico: Das 257 decisões negativas, ou seja, que negam algum direito ou agravam o cumprimento da pena utilizando a ressocialização como argumento, 26,84% são de São Paulo, enquanto 21,01% são de Minas Gerais, o segundo Estado em quantidade de decisões desfavoráveis com as características estudadas (54 desfavoráveis e 46 favoráveis). Os Estados do Rio de Janeiro (18,28%) e Rio Grande do Sul (17,89%), assim como o Distrito Federal (15,93%) possuem mais decisões favoráveis ao preso do que negativas, com o uso do termo ressocialização, como visto no gráfico, mas ainda assim com pouca diferença. De 100 decisões, o Rio de Janeiro tem 53 favoráveis e 47 desfavoráveis; o Rio Grande do Sul, 54 favoráveis e 46 desfavoráveis; e o Distrito Federal, 59 favoráveis e 41 desfavoráveis.

As decisões analisadas foram prolatadas no âmbito da segunda instância dos Estados, logo são consideradas pelos julgadores de primeira instância, os quais, embora independentes, tendem a aderir a orientação emanada pelos Tribunais Superiores para evitar que eventuais posicionamentos dissonantes venham a prejudicar suas respectivas carreiras. Isso foi identificado por Luís Carlos Valois (2021), que, como juiz de direito, possui entendimentos que divergem da corrente punitivista predominante no âmbito da jurisprudência e já foi administrativamente demandado em virtude de seus posicionamentos dissidentes. Nesses termos, veja o que o autor afirma acerca da ausência de independência dos magistrados:

Independentemente da corrente adotada no que se refere ao valor do aresto de um tribunal, o uso da jurisprudência tem servido como reforço para as decisões de primeira instância. Não importa que na teoria e na Constituição Federal o magistrado seja independente, a prática dos tribunais é verticalizada e mesmo hierarquizada. A bajulação, as arbitrárias convocações de juízes, os processos administrativos kafkanianos, a conduta administrativa dos tribunais como um todo cria uma situação de dependência dos juízes que só reforça a sua subserviência em relação a qualquer decisão superior. (Valois, 2021, p. 131).

O mito da ressocialização se renova diariamente nas decisões judiciais que o invocam. Ademais, considerando que há tantos operadores do direito reforçando diariamente o mito da ressocialização, a mídia também não enfrenta maiores dificuldades em igualmente difundir o

mito da ressocialização para a sociedade em geral. O mito da ressocialização é difundido no âmbito da comunidade jurídica e, através da mídia, é igualmente difundido no âmbito da sociedade em geral.

Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos (2020, p. 104) afirmam que a mídia seria o segundo poder a reger a atual conjuntura globalizada – o primeiro e o terceiro poderes seriam, respectivamente, o financeiro e o político –, de modo que a mídia possui grande influência na propagação de ideologias. Ademais, Valois (2021, p. 112) indica que “na tela da televisão, no rádio, na internet, tudo é possível; qualquer discurso tem o poder de realizar o irrealizável, fortalecendo o caráter de mito do produto”. Com efeito, o mito da ressocialização transcende o sistema jurídico e chega até a população em geral, a qual geralmente não possui os mecanismos que lhe possibilita raciocinar criticamente acerca das informações recebidas e igualmente adere ao mito da ressocialização. A sociedade, portanto, avaliza o estado de coisas inconstitucional vigente no sistema prisional, pois “ao sabor de uma onda punitivista, insiste em se distanciar do cárcere e, por consequência, de seus problemas ou paradoxos” (Maranhão, 2023, p. 70).

Contudo, não é possível prescindir da opinião pública, pois, conforme destaca Massimo Pavarini (2012b, p. 459), a organização da sociedade civil é primordial na luta que precisa ser travada em prol da pessoa do preso:

Não existe direito dos presos, porque o cárcere mata qualquer direito, é incompatível com os direitos. Deve existir, no entanto, de qualquer forma, uma luta pelos direitos, porque esta é a única maneira de se tentar uma transformação da penalidade, diminuindo a presença do cárcere. A partir do momento que a opinião pública acredita que essa modalidade de castigo viola os direitos, tem-se uma comoção importante e, através da luta, da contestação da opinião pública, legitima-se a luta do detento.

Na transição da antiga arte de punir para a atual, isto é, dos suplícios para a prisão, a população foi afastada da execução penal, sendo que o desconhecimento acerca do que efetivamente ocorre em tal espaço corrobora com a manutenção dos mitos que sustentam a manutenção da pena de prisão.

Quando dos suplícios, a população se horrorizava com as atrocidades impostas aos condenados e, não raras vezes, os papéis se invertiam, pois os carrascos eram transformados em algozes e os condenados em mártires. A população foi afastada da execução penal e, com exceção dos familiares que esporadicamente visitam as prisões, apenas tem ciência do que ocorre no interior do cárcere através da míope visão da mídia. Como resultado, a população em geral possui uma visão extremamente limitada do que ocorre no cárcere porque não está a par

do que efetivamente ocorre neste espaço de exceção. A ausência de informação, portanto, invariavelmente acaba fomentando o mito da ressocialização.

6 A MITIGAÇÃO DA INCOMUNICABILIDADE EXISTENTE ENTRE O PODER DISCIPLINAR E O GARANTISMO PENAL

O sistema penal garantista – também denominado de cognitivo ou de legalidade estrita – foi desenvolvido por Luigi Ferrajoli (2002, p. 75) a partir da sistematização dos “princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto” criados pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. Embora não sistematizados, os referidos princípios instituíram um primeiro sistema de garantias que entrou em crise e, por conseguinte, o sistema de garantias sistematizado por Ferrajoli “constitui uma reconstrução crítica da epistemologia jurídica iluminista que teria instituído a crise no garantismo dos séculos XVII e XVIII, em decorrência de sua fragilidade epistemológica e axiológica” (Barbosa e Silva, 2019, p. 144). Os principais princípios desenvolvidos com a finalidade de limitar as arbitrariedades praticadas durante o exercício do poder de punir encontram-se sistematizados no sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002), o qual, em consonância com as premissas que o fundamentam, trata de um modelo cuja finalidade precípua é promover a limitação do poder punitivo.

As principais premissas do sistema penal garantista encontram-se consubstanciadas em dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, que nada mais são do que “proposições prescritivas com implicações deônticas que elaboram as condições que um dado sistema penal deveria satisfazer em conformidade com sua normatividade interna e justificação externa” (Barbosa e Silva, 2019, p. 150). Os dez axiomas que fundamentam o sistema de garantias são expressos através das seguintes máximas: *nulla poena sine crimine* (A1); *nullum crimen sine lege* (A2); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3); *nulla necessitas sine injuria* (A4); *nulla injuria sine actione* (A5); *nulla actio sine culpa* (A6); *nulla culpa sine iudicio* (A7); *nullum iudicium sine accusatione* (A8); *nulla accusatio sine probatione* (A9); *nulla probatio sine defensione* (A10). O respeito a essa estrutura principiológica possibilita “a responsabilidade penal garantista, isto é, o conjunto de condições que a teoria garantista entende necessárias e imprescindíveis para que uma pessoa seja submetida a uma pena” (Barbosa e Silva, 2019, p. 151). Em contrapartida,

não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. (Ferrajoli, 2002, p. 83).

Os dez axiomas do sistema de garantias respondem às principais perguntas adjacentes à legitimação do direito penal, bem como concatenam as principais garantias do acusado. Os axiomas A1, A2 e A3 agregam as principais garantias relativas à pena – notadamente, as garantias relativas à vinculação da intervenção penal, à retributividade, à legalidade e à necessidade –, bem como indicam “quando e como punir” (Ferrajoli, 2002, p. 75). Por sua vez, os axiomas A4, A5 e A6 agregam as principais garantias relativas ao delito – notadamente, as garantias penais da lesividade, da materialidade e da culpabilidade –, bem como indicam “quando e como proibir” (Ferrajoli, 2002, p. 75). Por fim, os axiomas A7, A8, A9 e A10 agregam as principais garantias relativas ao processo – notadamente, as garantias processuais correlacionadas com a jurisdicionalidade, a separação das funções desempenhadas pelos atores processuais, ônus probatório, contraditório e ampla defesa –, bem como indicam “quando e como julgar” (Ferrajoli, 2002, p. 75).

Os axiomas encontram-se interligados e reciprocamente garantem sua respectiva efetividade, pois, conforme exemplifica Luigi Ferrajoli (2002, p. 434), as garantias penais “são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle”. As garantias penais e processuais penais consubstanciadas no sistema penal garantista, portanto, interligam-se e efetivam-se de modo recíproco.

Os dez axiomas do sistema de garantias “já foram posteriormente incorporados, mais ou menos na íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito” (Ferrajoli, 2002, p. 75). Não obstante, as garantias consubstanciadas em tais axiomas não limitam o poder punitivo que se reverbera através do poder disciplinar para a execução penal.

Embora o poder punitivo desenvolvido no âmbito do direito penal possa sancionar a sociedade como um todo e o poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal possa sancionar apenas as pessoas presas, ambos os poderes igualmente sancionam aqueles que transgridam uma determinada norma imposta. Em função disso, Douglas Maranhão (2023, p. 56) afirma “que a possibilidade de se punir através do direito disciplinar origina-se na mesma base fática do direito de punir proveniente do direito penal, uma vez que o direito de punir existente no direito disciplinar poderá ser exercido diante da transgressão da norma”. A transgressão de uma norma, portanto, trata de um denominador comum que fundamenta as sanções impostas por ambos os poderes.

Ademais, o direito penal e a execução penal não apenas atuam com base em um mesmo fundamento – no caso, na transgressão de uma norma –, mas, também, impõe sanções que

igualmente repercutem no âmbito de liberdade do indivíduo. O CP prevê três modalidades de sanções distintas – no caso, as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as multas (art. 33, CP; Brasil, 2024c) –, porém, a partir do final do século XVIII, a pena privativa de liberdade paulatinamente colonizou o sistema de punição e, até então, não foi despojada de tal encargo. De igual modo, a sanção imposta em virtude da prática de uma falta grave trata de uma punição de natureza penal, notadamente porque restringe a liberdade do indivíduo ao majorar o tempo em que ele deveria permanecer no cárcere.

As decisões prolatadas pelo poder disciplinar durante a execução da pena privativa de liberdade transcendem a esfera administrativa e alcançam o processo de execução propriamente dito, obstaculizando a concessão ou revogando direitos já adquiridos que repercutem no âmbito de liberdade do agente. Portanto, as faltas, embora a princípio sancionadas no âmbito administrativo, “vinculam-se diretamente ao *jus puniendi* estatal, uma vez que podem recrudescer e aumentar o tempo de encarceramento do indivíduo que cumpre pena” (Maranhão, 2023, p. 127).

O poder punitivo não fica adstrito ao processo de conhecimento – no caso, naquele que é instaurado com a finalidade de aferir a existência de uma conduta típica, ilícita e culpável e, caso constatada a presença de todos os referidos elementos, aplicar uma pena –, pois igualmente se manifesta no processo instaurado para executar a pena porventura imposta ao término da ação penal. Assim como o poder punitivo desenvolvido no âmbito do direito penal, o poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal atua diante da transgressão de uma norma e restringe a liberdade das pessoas. Portanto, o poder disciplinar trata de uma extensão do poder punitivo que, no entanto, não é restringido pelos instrumentos desenvolvidos com a finalidade de limitá-lo.

Por intermédio do poder disciplinar, o poder punitivo se estende da ação penal para a execução penal e acarreta inúmeros danos. Portanto, o poder disciplinar precisa igualmente ser limitado pelos instrumentos de limitação do poder punitivo. O sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) promoveu a sistematização dos principais instrumentos de limitação do poder punitivo, sendo que os 10 dez axiomas que compõe tal sistema podem fornecer contribuições significativas para promover a limitação do poder punitivo que se manifesta na execução penal através das disposições disciplinares.

6.1 Do *nulla poena sine crimine* à necessidade de se fundamentar o isolamento celular na excepcionalidade cautelar

O primeiro axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), o qual recepciona o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. A pena é a retribuição que se impõe em virtude da prática de um delito. Apenas pode-se impor uma pena àquele que anteriormente praticou um delito. Isso ocorre porque “a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*” (Ferrajoli, 2002, p. 297). Do primeiro axioma, portanto, extrai-se que apenas se deve punir quando ocorrer a prática de um crime.

A imposição de uma pena ou de uma sanção disciplinar pressupõe a prática de um crime ou de uma falta grave, porém ambos – crime e falta grave – não são suficientes para, por si só, ensejar a imposição de uma pena ou de uma sanção disciplinar. A existência de um crime ou de uma falta grave pressupõe, mas não são suficientes para justificar a imposição de uma pena ou de uma sanção disciplinar porque igualmente será preciso aferir a existência de uma série de outras “condições [...], tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito” (Ferrajoli, 2002, p. 297). A prática de um crime ou de uma falta grave trazem indícios de que um determinado fato pode ser penalmente sancionado, porém tal indício precisa ser posteriormente confirmado através de uma série de outras condições.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 297), “o problema do quando (ou do que) punir é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal”. O primeiro axioma do sistema de garantias ferrajoliano indica que apenas pode-se impor uma pena àquele que anteriormente praticou um delito e, feitas as devidas adaptações, que apenas pode-se impor uma sanção disciplinar que transcenderá para o processo de execução penal àquele que praticou uma falta grave. Não obstante, este problema aparentemente simples torna-se complexo quando se depara com a prisão preventiva ou, ainda, com o isolamento ou inclusão em RDD preventivos.

De acordo com o próprio Luigi Ferrajoli (2002, p. 298), a primeira garantia consubstanciada no axioma A1 “fica debilitada [...] em face de todo o amplo sistema das medidas punitivas ante ou extra *delictum* – das medidas de prevenção à prisão preventiva – desenvolvida após o século XIX [...] com o aval das culturas penais da defesa social e da

prevenção especial”. As sanções disciplinares preventivas – notadamente, as de isolamento e de inclusão no RDD previstas, respectivamente, no art. 53, IV e V da LEP (Brasil, 2024b) – igualmente contribuem para com a crise do princípio retributivo.

A pena privativa de liberdade, embora não consiga isolar completamente o indivíduo do restante da sociedade em virtude das dinâmicas sociais contemporâneas,⁵⁰ faz com que a pessoa presa se distancie das pessoas mais importantes de seu círculo social. Outros vínculos naturalmente são desenvolvidos durante o decorrer da experiência prisional, os quais não substituem as relações pretéritas, mas que igualmente são importantes, pois formam uma rede de apoio que auxiliará material e psicologicamente o indivíduo ao longo da vivência da experiência prisional.

Não obstante, o indivíduo pode ser tolhido até mesmo dos vínculos que desenvolveu no interior da prisão quando é acusado da prática de uma falta disciplinar. O art. 60, *caput* e parágrafo único, da LEP, prevê que “a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias”, bem como que o Juiz da Execução poderá autorizar preventivamente a inclusão no regime disciplinar diferenciado (Brasil, 2024b). Por sua vez, o art. 53, incisos IV e V, da LEP preveem, respectivamente, que o “isolamento na própria cela” e a “inclusão no regime disciplinar diferenciado” constituem modalidades de sanções disciplinares (Brasil, 2024b). Portanto, a imputação de uma falta grave pode ensejar o isolamento preventivo do indivíduo e, por sua vez, o reconhecimento desta falta grave pode justificar a manutenção de tal isolamento.

O isolamento compulsório é extremamente danoso para o indivíduo. Justamente nesse sentido, Massimo Pavarini (2017, p. 218, grifo do autor), ao analisar o sistema penitenciário da Filadélfia, afirmou que “o isolamento – os longos anos de completa separação-cisão dos *outros*, o colóquio constante com a própria consciência – reduzem progressivamente, até a completa destruição, toda a *estrutura do si*”. O isolamento é uma sanção administrativa cruel e que deixa marcas deletérias na pessoa presa, portanto sequer deveria estar prevista como sanção e, muito menos, como sanção preventiva que pode ser aplicada independentemente da análise do mérito propriamente dito.

Além de acarretar muito sofrimento à pessoa presa, o isolamento preventivo viola o caráter retributivo da sanção penal e, também, a presunção da inocência. De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 297), “a garantia do caráter retributivo da pena [...] serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo

⁵⁰ Sobre o assunto, ver BRANDÃO, Cláudio. A crise da prisão em três centúrias – um estudo à luz do gênese dos direitos humanos. **Caderno de Relações Internacionais**. Recife. v. 1, n. 1, p. 5-16, 2020.

utilitarista, a punição do inocente”. Para evitar que um inocente seja indevidamente sancionado, é preciso aguardar o deslinde do respectivo procedimento instaurado para aferir a sua culpa e julgar o mérito, sobretudo porque apenas no âmbito de tal procedimento é que serão aferidas todas as outras condições mencionadas por Luigi Ferrajoli (2002) e que igualmente são necessárias para ensejar a imposição de uma pena. Para evitar a punição do inocente, os ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito normalmente positivam o princípio da presunção de inocência e, no caso do ordenamento jurídico brasileiro propriamente dito, o princípio da presunção inocência garante que o indivíduo não poderá ser considerado culpado – e, conseqüentemente, tampouco sancionado – até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF; Brasil, 2024a).

Porém, ao prever que o preso acusado da prática de falta grave pode ser preventivamente colocado em isolamento ou, ainda, em regime disciplinar diferenciado, o art. 60 da LEP (Brasil, 2024b) viola o caráter retributivo e a presunção da inocência. O mínimo que deveria ser feito, portanto, seria fundamentar o isolamento cautelar nos requisitos consagrados pelo processo penal que, excepcionalmente, autorizam a prisão preventiva, bem como, no encerramento do procedimento que conclua pelo reconhecimento da falta, priorizar a imposição de outras sanções menos aflitivas e distintas da de isolamento.

O art. 644, parágrafo único, do ReNP prevê que o isolamento preventivo é possível “quando houver indícios fundamentados da iminência ou do cometimento de infração disciplinar grave, bem como para assegurar a disciplina, a integridade física dos custodiados e a segurança da Unidade Prisional” (Minas Gerais, 2016). Os indícios fundamentados da iminência ou do cometimento de infração disciplinar grave corresponderia o que no processo penal se denomina de pressupostos da prisão preventiva, porém, no processo penal, a iminência da prática de um delito não autoriza a decretação da prisão preventiva e, de igual modo, não pode autorizar o isolamento preventivo. Por outro lado, o objetivo de assegurar a disciplina, a integridade física dos custodiados e a segurança da Unidade Prisional corresponderia o que no processo penal se denomina de fundamentos da prisão preventiva, porém os fundamentos indicados pelo poder disciplinar possuem uma amplitude semântica que possibilita justificar genericamente qualquer isolamento. Portanto, caso se constate que as demais cautelares disciplinares não são suficientes, o isolamento e a inclusão em RDD devem ser fundamentados nos requisitos da própria prisão preventiva e previstos no art. 312 do CPP (Brasil, 2024d).

Por outro lado, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 68), defende que “o isolamento disciplinar – se não acertadamente abolido como forma de sanção – deve ao menos ser considerado a *ultima ratio* da execução penal, apenas aplicável quando inviáveis outras sanções

menos gravosas (ex.: advertência verbal, repreensão etc.)”. Portanto, a partir de uma perspectiva garantista, a imposição da sanção definitiva de isolamento ou inclusão em RDD apenas poderia ser justificada caso ocorresse a demonstração inequívoca de que as demais sanções não são suficientes para atender às peculiaridades do caso concreto considerado.

6.2 Do *nullum crimen sine lege* à necessidade de incorporação das máximas do princípio da legalidade

O segundo axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), o qual recepciona o princípio da legalidade. De tal axioma, extrai-se que os delitos devem ser “predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos” (Ferrajoli, 2002, p. 303).

Conforme destaca Luigi Ferrajoli (2002, p. 298), “a questão, tanto externa quanto interna, do quando punir desemboca conseqüentemente na da definição de delito, ou na das condições de uso e aplicação do conceito de delito”. O delito já foi definido de inúmeras formas, sendo que as doutrinas formalistas “consideram ‘delitos’ todos – e somente – os previstos por uma lei válida como pressupostos de uma pena” e, por outro lado, as doutrinas substancialistas definem os delitos de acordo com “elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural e em qualquer caso ontológico” (Ferrajoli, 2002, p. 298).

O direito penal de um Estado de Direito necessariamente está assentado na lei, porém as doutrinas substancialistas encontraram outros métodos de introduzir considerações extrajurídicas na lei. Isso ocorreu porque a “maior parte das doutrinas substancialistas [...] propõe definições reais do delito como integração, e não como substituição, das nominais ou legais” (Ferrajoli, 2002, p. 302. Ou seja, as doutrinas substancialistas contemporâneas não defendem que o delito deixe de ser definido pelo direito e passe a ser definido por agentes externos, mas defendem que agentes externos auxiliem o direito a definir o que deve se entender como delito. A partir daí, surge o seguinte questionamento: “está vedado ou permitido às leis penais prever elementos substanciais, valoráveis por meio de juízos de valor, como condições não só necessárias senão também suficientes para configurar os delitos [...]”? (Ferrajoli, 2002, p. 303).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 303) explica que “a relação entre culturas penais e sistemas de direito penal é [...] uma relação circular, em que as primeiras influenciam os últimos e estes

condicionam as primeiras”. Em função de tal relação, os sistemas penais conseguem incorporar elementos extrajurídicos que igualmente serão considerados para fins de definição do delito e que produzem tipos penais típicos de modelos de ilegalidade atenuada, os quais são

caracterizados por figuras delituosas elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direito, abertos à analogia *in malam partem*, pelo caráter central atribuído às investigações acerca da pessoa do réu assim como ao juízo sobre a sua ‘periculosidade’ e às correspondentes medidas preventivas. (Ferrajoli, 2002, p. 303).

O diálogo travado entre o direito penal e eventuais elementos externos precisa ser bastante cauteloso, notadamente porque o direito penal se distanciou da sua função precípua de limitação do poder punitivo e pôde ser instrumentalizado por regime totalitários em virtude dos tipos penais que contam com elementos extrajurídicos pretensiosamente integradores em demasia (Ferrajoli, 2002). Tais tipos possibilitam o deslocamento da análise do fato – que é aquilo que efetivamente deve ser considerado em um modelo de direito garantista – e concedem proeminência às considerações acerca da pessoa do autor. Tal dinâmica fomenta as teorias correcionalistas, conforme destaca Luigi Ferrajoli (2002, p. 304):

É fácil compreender que todas essas doutrinas, que compartilham a confusão substancialista entre delito e pecado combinam de uma forma ou de outra com as doutrinas correcionalistas da pena como técnica de prevenção especial, caracterizadas, também, como se tem visto, pela mesma confusão entre direito e moral, ou entre direito e natureza. Mais precisamente, as doutrinas que valorizam o substancialismo do elemento subjetivo do delito costumam estar associadas às doutrinas pedagógicas da emenda ou às terapêuticas do tratamento curativo, que apontam sobretudo para a prevenção especial positiva; enquanto as baseadas na relevância atribuída à materialidade do elemento objetivo e, particularmente, na periculosidade costumam estar associadas às doutrinas da defesa social, as quais se orientam sobretudo para a prevenção especial negativa. Em qualquer caso, todas dão ensejo, junto às correspondentes doutrinas acerca do fim da pena, a modelos de direito penal máximo e antigarantista, nos quais, de fato, remete-se à livre valoração do juiz a decisão não somente do ‘quando’, senão, também, como se verá, do ‘como’ punir.

Em função dos perigos adjacentes à interseção entre o direito penal e os elementos externos, apenas as definições do delito que atendam aos parâmetros da legalidade – no caso, da mera e da estrita legalidade – é que serão compatíveis com o sistema garantista. Ferrajoli (2002, p. 305) explica que o princípio de mera legalidade impõe ao juiz a obrigação de “estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal”. Ferrajoli (2002, p. 305) explica, ainda, que a estrita legalidade impõe ao legislador a obrigação de empregar “termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados”. O produto do pensamento antigo e moderno, portanto, se une

para limitar o poder punitivo, pois “enquanto o princípio de mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista” (Ferrajoli, 2002, p. 308).

Não basta que o tipo tenha sido emanado de uma fonte legislativa competente, pois é igualmente imprescindível que o tipo seja taxativo e não conceda abertura para as considerações acerca da pessoa, porquanto tais aberturas corrompem o direito penal democrático ao possibilitar o manejo de conceitos vagos que igualmente foram utilizados nos tipos penais dos governos totalitários. Se o tipo é definido pela lei, atende-se ao pressuposto da mera legalidade. Por outro lado, se o tipo se encontra descrito de modo taxativo, atende-se ao pressuposto da estrita legalidade. O tipo não pode dar abertura para questões valorativas ou para questões acerca da personalidade do indivíduo. Não basta que o delito decorra da lei, porque, caso assim o fosse, as doutrinas substancialistas – que, conforme dito, atualmente subsistem a partir da introdução de elementos extrajurídicos no texto da lei – condicionariam a definição do delito.

Ambos os pressupostos da legalidade igualmente precisam ser atendidos. A legalidade impõe que os tipos estejam previstos em lei (mera legalidade), bem como que os tipos tenham a redação legal mais precisa possível (estrita legalidade). Porém, ambas as premissas decorrentes do princípio da legalidade – da mera e da estrita legalidade – são corriqueiramente violadas no âmbito do poder disciplinar que opera na execução penal.

O principal imperativo derivado do princípio da legalidade – no caso, que apenas as condutas previstas em lei podem ser sancionadas no âmbito penal – é violado no âmbito da execução penal porque os Estados federados possuem a competência para legislar acerca da matéria disciplinar, bem como porque algumas instituições indevidamente legislam acerca da matéria disciplinar.

O art. 22, I, da CF prevê que compete privativamente à União legislar acerca de qualquer matéria que porventura possua natureza penal (Brasil, 2024a). Por sua vez, o art. 49 da LEP prevê que a União possui competência para legislar acerca das hipóteses de faltas graves e que, por sua vez, os Estados possuem a competência residual para legislar acerca das faltas leves e médias (Brasil, 2024b). Portanto, embora todas as modalidades de faltas possuam natureza penal, a LEP prevê que os Estados possuem competência para especificar as faltas leves e médias com as suas respectivas sanções e, como se não bastasse, não consegue impedir que algumas instituições invadam a competência exclusiva da União ao legislar acerca das hipóteses de faltas graves.

Os Estados, ao legislar acerca de faltas leves e médias, invadem a competência exclusiva que a União possui na medida em que legislam, em última instância, acerca de uma matéria de

natureza penal. Inclusive, a análise das sanções impostas, respectivamente, às faltas de natureza leve e média não deixam dúvidas e indicam que tais modalidades de faltas, embora menos graves, igualmente possuem natureza penal.

O art. 670 do ReNP estabelece que as faltas leves serão sancionadas com “advertência verbal” e “repreensão” (Minas Gerais, 2016), sendo que ambas as modalidades de sanções se encontram igualmente previstas em uma legislação extravagante de natureza penal como, respectivamente, pena e reforço da pena que devem ser impostas quando da prática de um determinado crime. Nesse sentido, o art. 28, I, da Lei 11.343/06 prevê que a posse e o porte de drogas para consumo será sancionada com pena de advertência e, por sua vez, o art. 28, §6º, I, da Lei 11.343/06 prevê que a recusa em cumprir com a referida pena será sancionada com pena de admoestação verbal, o que equivale a uma espécie de repreensão (Brasil, 2022a). Portanto, a advertência verbal e a repreensão impostas no âmbito disciplinar são, também, sanções de natureza penal.

O art. 670 do ReNP estabelece, ainda, que as faltas médias serão sancionadas com “suspensão ou restrição de direitos”, bem como com o “isolamento na própria cela ou local adequado por um período mínimo de 10 (dez) dias até 20 (vinte) dias, cumulado com a suspensão ou restrição de direitos por igual período” (Minas Gerais, 2016). A restrição de direitos e o isolamento em própria cela igualmente são sanções de notório caráter penal, pois o art. 32, II, CP prevê expressamente que a restrição de direitos é uma pena e, da mesma forma, prevê que a privação de liberdade – que, naturalmente ocorre com o isolamento na própria cela – é uma pena (Brasil, 2024c).

As sanções impostas quando da prática de uma falta leve e média são impostas quando da prática de algumas determinadas figuras delitivas – tais como quando o indivíduo pratica o crime de posse e porte de drogas para o consumo pessoal ou quando, ainda, atende aos requisitos que possibilitam a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Ademais, caso seja constatada alguma hipótese agravante,⁵¹ a pena disciplinar pode ser majorada até o ponto de se impor uma sanção típica das faltas graves, as quais naturalmente repercutem no âmbito de liberdade do agente. As hipóteses de faltas leves e médias igualmente possuem natureza penal e, em virtude do imperativo extraído da mera legalidade, não deveriam ser regulamentadas pelas legislações locais, mas pelo próprio legislativo federal, que é aquele que

⁵¹ Art. 663, ReNP: São circunstâncias que agravam a sanção: I - a reincidência; II - a coação ou indução de outros presos à prática da falta; III - a prática de falta pelo preso em virtude de confiança nele depositada; IV - a ação em concurso com outro preso; e V - a prática da falta em local público. Parágrafo único. Será considerado reincidente o preso que tiver cometido qualquer outra falta disciplinar (Minas Gerais, 2016).

possui a competência privativa para legislar acerca de matérias afetas ao direito penal (art. 22, I, CF; Brasil, 2024a).

Por sua vez, os arts. 50 e 52 da LEP (Brasil, 2024b) apresentam as hipóteses de falta grave e, considerando que a legislação penitenciária concede expressamente à legislação local apenas a prerrogativa de legislar acerca das faltas leves e médias, as hipóteses de falta grave previstas na legislação penitenciária supostamente comporiam um rol taxativo cuja alteração igualmente deveria ser submetida ao devido processo legislativo federal. Não obstante, determinados estabelecimentos prisionais, valendo-se do argumento de que o cumprimento de pena em suas respectivas instituições está condicionado à adesão de suas normas específicas, instituem outras hipóteses de faltas graves.

A disciplina nas APAC de Minas Gerais, por exemplo, é regida por um Regulamento Disciplinar que conta, ao todo, com um total de 20 (vinte) hipóteses de faltas graves,⁵² as quais transcendem as hipóteses de faltas graves previstas na própria legislação penitenciária e buscam controlar o comportamento do recuperando até mesmo quando ele excepcionalmente se encontra em contato com o meio externo. Justamente nesse sentido, o art. 17, XVII, do Regulamento Disciplinar (Minas Gerais, 2020) prevê que o uso de drogas ou de bebidas alcoólicas durante as saídas temporárias configura uma hipótese de falta grave, extrapolando as disposições contidas na própria LEP. Portanto, outras espécies normativas, que não leis editadas pelo poder legislativo federal, instituem hipóteses de faltas graves, sendo que tais previsões violam as premissas da mera legalidade e, ainda, a competência legislativa exclusiva da União.

⁵² Art. 17, Regulamento Disciplinar: Consideram-se faltas disciplinares de natureza GRAVE: I. Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e disciplina; II. Evadir, fugir ou abandonar o cumprimento do regime; III. Agredir fisicamente, recuperandos, funcionários, voluntários, familiares ou visitantes; IV. Usar indevidamente as ligações telefônicas, quando autorizadas pela administração da APAC, e/ou fornecer dados falsos quando do cadastro próprio; V. Caluniar, injuriar ou difamar funcionários, recuperandos, voluntários ou visitantes; VI. Fabricar, guardar, portar ou fornecer material destinado a fuga, e/ou para atentar contra a integridade física de outrem; VII. Possuir indevidamente qualquer instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; VIII. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça; IX. Fazer uso das celas de convivência dos presos, ou outros espaços coletivos, para visita íntima; X. Provocar, intencionalmente, acidentes de trabalho; XI. Deixar de executar trabalhos, tarefas e ordens recebidas; XII. Ser omissos aos movimentos individuais ou coletivos de evasão, fuga e abandono, ou de subversão da ordem e da disciplina; XIII. Abster-se de tratar com urbanidade e respeito os demais recuperandos; XIV. Possuir documento público ou particular, falso ou falsificado; XV. Possuir substância corrosiva, inflamável ou venenosa; XVI. Praticar fato previsto como crime doloso; XVII. Introduzir e/ou manter, em qualquer dos regimes de cumprimento de pena na APAC, a posse de celulares, notebook e similares; XVIII. Introduzir e/ou fazer uso de drogas de qualquer espécie, incluindo bebidas alcoólicas, em qualquer regime de cumprimento de pena dentro do CRS da APAC e/ou nas saídas durante o benefício do Trabalho Externo e/ou Saídas Autorizadas em família e outros; XIX. Descumprir as normas constantes do Termo de Audiência Admonitória para Trabalho Externo, permissão de saída esporádica e/ou para conseguir trabalho, as normas presentes nos termos de saída temporária em família, cursos profissionalizantes, cursos de ensino médio e superior e outras atividades que concorram para o retorno ao convívio social; XX. Manter conduta decente no horário de visita, sendo vedado conduta desrespeitosa com os recuperandos e familiares (Minas Gerais, 2020).

Por outro lado, o principal imperativo extraído da estrita legalidade – qual seja, o de que os tipos precisam ser os mais taxativos possíveis – é violado porque a redação das faltas graves são abertas e possibilitam toda sorte de interpretações. As faltas graves previstas na LEP, bem como as faltas leves e médias previstas nas legislações estaduais não observam as máximas que integram o princípio da legalidade, notadamente a exigência de taxatividade.

A amplitude semântica de algumas hipóteses de faltas graves – tais como as hipóteses previstas no art. 50, I, III e VI, da LEP, os quais preveem, respectivamente, as condutas de “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”, de “possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem” e de inobservância do dever de “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” (Brasil, 2024b) – fazem com que tudo configure uma hipótese de falta grave. Inclusive, registra-se que o termo tudo não é hiperbólico e efetivamente coaduna com a realidade vigente no âmbito da execução penal, pois Juliana Sanches Ramos (2023) analisou os procedimentos disciplinares do Estado do Rio de Janeiro e conclui que lá *Tudo é falta grave*, sendo que tal conclusão intitula o nome do livro que é fruto de sua dissertação.

Ademais, tal característica não é exclusiva das hipóteses de faltas graves. A conduta de “retirar a atenção de outros presos” – prevista no art. 640, III, do ReNP como falta disciplinar de natureza leve (Minas Gerais, 2016) –, é tão ampla que até mesmo comportamentos involuntários – tais como espirros e tosses – podem ser considerados para fins de configuração desta hipótese de falta leve. Por outro lado, a conduta de “impedir, retardar, deixar de praticar ou praticar indevidamente qualquer procedimento” – prevista no art. 641, III, do ReNP como falta disciplinar de natureza média (Minas Gerais, 2016) –, é tão ampla que até mesmo atrasos indesejados – tais como o eventual atraso para acordar, se levantar e apresentar para eventual atividade – podem ser considerados para fins de configuração desta hipótese de falta média. Tais condutas não poderiam ser sancionadas, pois, conforme destaca Francisco de Assis Toledo, “uma pena cominada para um espirro (ato impulsivo automático), para a sede (estímulo orgânico incontrolável), para o ódio ou para algum tipo de aversão seria uma total inutilidade, além de absurda”.

Para Andrei Zenkner Schmidt (2002, 117-118), a execução penal brasileira se encontra alicerçada em um “modelo penal de legalidade atenuada, em que a elasticidade e a indeterminação das faltas disciplinares fazem com que o sistema de definição da desviação fundamente-se numa epistemologia antigarantista, de sancionamento *quia peccatum*, e não *quia prohibitum*”. Para que se possa instituir um modelo pragmático e redutor de danos, a legalidade

atenuada vigente no âmbito da execução penal, precisaria ser substituída pelo modelo de legalidade estrita vigente na dogmática penal.

A legalidade é hodiernamente violada na execução penal em ambas as suas perspectivas. Portanto, para que a distância entre a execução e o garantismo penal possam ser minoradas, é preciso ocorrer a incorporação das determinações emanadas da mera legalidade e, também, da estrita legalidade. Nesse sentido, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 43) defende que a “aplicação do princípio da legalidade supõe não apenas que as faltas e sanções estejam legalmente previstas, mas que sejam ainda estritamente interpretadas, sob pena de tornar sem sentido o princípio”.

Para que a mera legalidade seja observada, é preciso reconhecer que o Poder Legislativo Federal é o único com competência para criar condutas passíveis de serem sancionadas no âmbito disciplinar e que, conseqüentemente, é vedado aos Estados e aos estabelecimentos prisionais reputados como mais benéficos legislar acerca de quaisquer hipóteses de faltas disciplinares. Por sua vez, para que a legalidade estrita seja observada, é preciso reconhecer que os tipos disciplinares devem ser taxativos, a fim de evitar quaisquer imprecisões que possibilitam a ampliação do conteúdo da proibição.

Registra-se, ainda, que ambas as perspectivas do princípio da legalidade podem ser relacionadas, cada uma, a uma outra garantia que igualmente deve reverberar na execução penal. Conforme explica Ferrajoli (2002, p. 307), “a irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio de mera legalidade” e veda a sanção daqueles comportamentos que foram praticados antes da vigência de uma lei penal. Com efeito, alterações penitenciárias que de qualquer modo prejudiquem a pessoa presa – tais como a obrigatoriedade do exame criminológico imposto a partir da vigência da Lei 14.843/24 – não podem ser aplicadas para fatos praticados antes de sua vigência. Por outro lado, conforme igualmente explica Ferrajoli (2002, p. 307), “a proibição da analogia [...] é um corolário do princípio de estrita legalidade” e veda a utilização de analogias para majorar o conteúdo da proibição. Com efeito, interpretações jurisprudenciais que ampliam as hipóteses de faltas graves – tais como a utilização de chips de telefones para configurar a hipótese de falta grave prevista no art. 50, VII, da LEP – não podem ser realizadas. Inversamente, a superveniência de uma lei mais benéfica e a realização de uma interpretação analógica não violam o princípio da legalidade e podem ser aplicadas indistintamente em benefício da pessoa presa, notadamente porque tal prática corrobora com a finalidade perseguida pelo princípio da legalidade, no caso, a finalidade de limitar o poder punitivo e aumentar o âmbito de liberdade do indivíduo.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 43) também indica que o princípio da legalidade desempenha um papel essencial na contenção do poder punitivo, bem como destaca que cada uma das máximas repercute de uma determinada maneira no âmbito da execução penal. Nesse sentido, o autor explica que: da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, extrai-se que a lei penal não pode retroagir para sancionar a pessoa presa que praticou uma conduta que apenas posteriormente foi prevista como tipo disciplinar (Roig, 2018); da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, extrai-se que “os tipos disciplinares devem ter redação clara e precisa, evitando fórmulas genéricas ou indeterminadas que possam dar margem ao abusivo arbítrio estatal e, conseqüentemente, do ‘descolamento’ da legalidade” (Roig, 2018, p. 47); da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, extrai-se que é vedado “o uso de analogia para criar [...] faltas disciplinares e para aplicar e executar [...] sanções disciplinares”, sendo que deve-se entender por analogia “a aplicação, a uma hipótese não prevista em lei, da disposição relativa a um caso semelhante (Roig, 2018, p. 49); da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, extrai-se que é vedada a criação de “faltas disciplinares, penas ou sanções disciplinares pelos costumes” (Roig, 2018, p. 50). A conduta de “descumprir as normas do Sistema Prisional ou as normas internas da Unidade Prisional” – prevista no art. 641, II, do ReNP (Minas Gerais, 2026) como falta disciplinar de natureza média – não poderia, portanto, ser reconhecida em razão da inobservância de procedimentos costumeiros – como a determinação de se abaixar a cabeça ao passar por eventuais visitantes.

O princípio da legalidade foi expressamente recepcionado pela execução penal, pois o art. 45 da LEP prevê que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar” (Brasil, 2024b). Porém, o referido dispositivo consagra expressamente apenas uma das máximas que podem ser extraídas do princípio da legalidade – a saber, a da anterioridade. Todas as determinações que podem ser extraídas do princípio da legalidade são extremamente caras para a execução penal e, conseqüentemente, devem ser incorporadas no âmbito do poder disciplinar.

6.3 Do *nulla lex sine necessitate* à necessidade de incorporação das considerações acerca da dignidade da pessoa humana

O terceiro axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei sem necessidade), o qual recepciona o princípio da necessidade ou da economia do direito penal. Enquanto os dois primeiros axiomas indicam quando se deve castigar, o terceiro axioma indica como se deve punir.

Ferrajoli destaca (2002, p. 317) que os iluministas – tais como, Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani – uniram-se em torno da tese de que “a pena [...] deve ser ‘necessária’ e ‘a mínima dentre as possíveis’ em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos” para coibir as penas demasiadamente excessivas. Ferrajoli (2002) destaca, ainda, que outros argumentos de cunho moral e humanitário – notadamente os que partem do pressuposto de que o indivíduo não pode ser destituído da condição de ser humano para ser tratado como coisa ao cumprir a pena que lhe é imposta – igualmente foram cunhados para coibir as penas demasiadamente excessivas.

Os princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana indicam, respectivamente, os limites mínimo e máximo das penas. O princípio da necessidade (que concede guarita para os argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção do delito) e o princípio da dignidade da pessoa humana (que concede guarita para os argumentos morais e humanitários) não são excludentes e, na realidade, são complementares e indicam as características que, segundo as principais premissas da modernidade, as penas precisam ter. A modernidade introduziu considerações acerca da igualdade, portanto é preciso reconhecer “a ilegitimidade de qualquer forma de diferenciação na execução penal” (Ferrajoli, 2002, p. 319). A modernidade introduziu, também, considerações acerca da legalidade, portanto é preciso reconhecer “a inadmissibilidade de qualquer forma de flexibilidade ou de incerteza na duração da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 319). A modernidade estabeleceu, ainda, que as penas deveriam promover apenas a restrição da liberdade do indivíduo, portanto é preciso reconhecer “a intolerabilidade de qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 319).

Ocorre que, embora os princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana não sejam excludentes e “embora a tradição iluminista tenha insistido sobretudo nos argumentos do primeiro tipo, os do segundo são certamente mais fortes, no plano teórico e filosófico, em apoio à mitigação das penas e sobretudo da supressão da pena de morte e da prisão perpétua” (Ferrajoli (2002, p. 318).

Os argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção do delito são úteis para delimitar o limite mínimo das penas, porém não são úteis para delimitar o limite máximo das penas, notadamente porque estes mesmos argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção podem igualmente conduzir ao entendimento que alguns casos excepcionais demandam a imposição de penas de morte e de caráter perpétuo. Inclusive, para exemplificar as limitações adjacentes aos argumentos utilitaristas, Ferrajoli (2002) destaca que Beccaria, mesmo sendo um dos principais expoentes do pensamento de tradição iluminista, entendia que

a pena de morte é a sanção mais adequada para o traidor do Estado, sobretudo porque ele poderia influenciar a prática de outras ações subversivas enquanto permanecesse na prisão.

O extermínio do outro pode ser justificado a partir do interesse dos demais. Diante de tal panorama, constata-se que são os argumentos morais e humanitários que apresentam respostas mais satisfatórias para o problema do limite máximo das penas. Para Ferrajoli (2002, p. 318),

acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.

Os pressupostos introduzidos pela modernidade e que supostamente deveriam ter sido incorporados à execução penal de um sistema eminentemente garantista são corriqueiramente violados na prática penitenciária brasileira. A execução penal concede tratamento distintos às pessoas presas – apenas alguns poucos conseguem exercer atividades laborativas e educativas dentro das unidades prisionais, *v.g.* –, violando a igualdade. A execução penal, ainda, viabiliza a alteração do tempo de duração da pena – as faltas graves e as circunstâncias subjetivas que condicionam a progressão de regime majoram o tempo no cárcere, *v.g.* –, violando a legalidade. A execução penal, por fim, é orientada para fins corretivos – a integração social do condenado é, inclusive, expressamente indicada como um dos escopos a serem perseguidos, conforme art. 1º, da LEP (Brasil, 2024b) –, extrapolando o caráter exclusivamente restritivo da liberdade que supostamente deveria ter a pena de prisão.

Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 33), “a busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito”. Assim, considerando que o cárcere promove a violação massiva de direitos fundamentais do indivíduo, apenas a dignidade da pessoa humana pode rechaçar a necessidade da intervenção penal, fornecendo a fundamentação para coibir as principais ilegalidades que aportam durante a execução da pena privativa de liberdade.

6.3.1 A dignidade da pessoa humana enquanto critério de legitimação externa que conduz à minoração do tempo de duração da prisão

A República Federativa do Brasil se encontra fundamentada na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, todas as instituições que aqui porventura surgem igualmente deveriam estar fundamentadas na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF; Brasil, 2024a). Em síntese, a dignidade da pessoa humana abarca, em um único conceito, uma série de compromissos que são voltados para salvaguardar a individualidade das pessoas e, ainda, para garantir que as pessoas vivam em condições mínimas existenciais.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (1993) afirma que o fundamento da dignidade da pessoa humana, na constituição portuguesa, está assentado na teoria dos cinco-componentes de Podlech, os quais ora fazem acenos para a necessidade de se respeitar a autonomia, a individualidade e a personalidade da pessoa, ora vedam a imposição de uma existência angustiante. *In verbis*, veja o que fundamenta a dignidade da pessoa humana para o autor português:

Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito «fixista», filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido «cristão e/ou cristológico», em sentido «humanista-iluminista», em sentido «marxista», em sentido «sistémico», em sentido «behaviorista»).

1. Teoria de cinco componentes

Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma «integração pragmática», susceptível de ser condensada da seguinte forma:

- (1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável (CRP, arts. 24.º, 25.º, 26.º).
- (2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade (cfr. refração desta ideia no art. 73/2.º da CRP).
- (3) Libertação da «angústia da existência» da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53.º, 58.º, 63.º, 64.º).
- (4) Garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito.
- (5) Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, (cfr. CRP, art. 13.º), isto é, igualdade perante a lei (Canotilho, 1993, p. 363).

Portanto, quando o constituinte originário opta por eleger a dignidade da pessoa humana como o fundamento de sua própria ordem jurídica, as instituições que porventura são criadas sob a égide dessa ordem jurídica igualmente têm o compromisso de, em última análise: afirmar a individualidade; garantir o livre desenvolvimento da personalidade; garantir a socialidade e a manutenção de mínimos existenciais; garantir a autonomia individual; e garantir a igualdade jurídica e social dos cidadãos.

Ademais, é importante salientar que a dignidade da pessoa humana também impõe mandamentos específicos para a execução penal. Para Roig (2018, p. 33), “o princípio da humanidade é pano de fundo de todos os demais princípios penais, e se afirma como obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo” (Roig, 2018, p. 33). Ainda para Roig (2018, p. 35), a dignidade da pessoa humana deslegitima “o manejo da execução como instrumento de recuperação, reeducação, reintegração, ressocialização ou reforma dos indivíduos, típicos da ideologia tratamento positivista”. Portanto, no âmbito da execução penal, a dignidade da pessoa humana impede que a pessoa presa seja tratada como inimiga e deslegitima a pretensão de modificar seu comportamento.

A dignidade da pessoa humana, entendida a partir das concepções supracitadas – segundo as quais a autonomia, a individualidade e a personalidade de qualquer pessoa devem ser respeitadas, tornando ilegítima a ressocialização como escopo da execução penal por violar tais princípios; segundo as quais o indivíduo não pode ser reduzido à categoria de não pessoas, devendo o Estado desenvolver mecanismos que garantam condições mínimas de existência – integram-se e deveriam nortear a execução penal.

Não obstante, a execução penal e o poder disciplinar violam as determinações genéricas e específicas emanadas pela dignidade da pessoa humana. Isso ocorre porque, em um primeiro momento, a execução penal estigmatiza a pessoa presa para que ela possa ser vista como um ser tão diferente que não possui dignidade e que, portanto, pode ser submetida a uma existência angustiante na medida em que a criação dos mecanismos de libertação do modo de vida angustiante beneficia, apenas, às pessoas que são dotadas de dignidade. Isso ocorre, ainda, porque, em um segundo momento, o poder disciplinar atua impondo uma forma de ser para supostamente promover a ressocialização que não respeita a autonomia, a individualidade e a personalidade da pessoa presa, posto que o seu objetivo é inculcar nas pessoas presas um comportamento massificado que teoricamente atenderia aos anseios do bem comum. Inclusive, sobre as violações impostas pelo poder disciplinar à dignidade da pessoa presa com a justificativa de promover a ressocialização, veja o que afirma Douglas Maranhão (2023, p. 39-40):

Nada mais impositivo, autoritário e desrespeitador da individualidade humana do que as perspectivas ressocializadoras da escolha de valores que não necessariamente são afeitos à totalidade da sociedade para moldar o indivíduo. Medida essa que não encontra amparo no texto constitucional brasileiro. Nem tampouco, no mínimo que se espera de um sistema que demonstre respeito à individualidade e à dignidade humana.

Conforme destaca Luigi Ferrajoli (2002, p. 318), o principal argumento para se combater a falta de humanidade das penas é “o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e, por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um ‘meio’ ou ‘coisa’, senão sempre como ‘fim’ ou ‘pessoa’ ”. Tal premissas configura um obstáculo intransponível para qualquer pretensão de incorporação de penas de morte e cruéis, porém, considerando que tais penas já são vedadas no ordenamento jurídico brasileiro,⁵³ podem contribuir de maneira ainda mais peculiar quando são transplantadas para as discussões acerca da qualidade e da quantidade da pena imposta. Em síntese, em virtude da dignidade da pessoa humana representar o limite máximo intransponível para a pena,

toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa. Já se tem dito que esta medida é o limite máximo não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias. (Ferrajoli, 2002, p. 319).

Não são apenas as penas de morte, cruéis e de caráter perpétuo que violam o principal critério de legitimação externa das penas, porque as penas excessivamente longas igualmente violam a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana. Conforme destaca Luigi Ferrajoli (2002, 327), não é justo e – considerando que os critérios de legitimidade externa estão embasados nas considerações acerca da dignidade da pessoa humana – viola a dignidade da pessoa fazer com que ela continue “sofrendo uma pena depois de, pelo longo tempo transcorrido, ter se convertido numa pessoa completamente diferente da condenada” (Ferrajoli, 2002, p. 327). Justamente em função disso, Luigi Ferrajoli (2002) defende que o limite máximo das penas privativas de liberdade deve ser reduzido para o limite máximo de até 10 (dez) anos.

Para que a dignidade concreta da pessoa presa possa ser respeitada, a execução penal precisa abandonar os ideais correcionalistas e reduzir o tempo do indivíduo no cárcere, sendo que ambos os escopos podem ser atingidos caso a concessão dos direitos previstos na execução penal – tais como, o direito a progressão de regime – sejam desvinculados de critérios subjetivos – como o comportamento do indivíduo – e passem a estar condicionados exclusivamente a critérios objetivos – como o tempo de permanência em determinado regime.

⁵³ Art. 5º, XLVII, CF: Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (Brasil, 2024a); Art. 24, Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil: São proibidos, como sanções disciplinares, os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura (Brasil, 1995).

Ao refletir acerca da pós determinação da pena na esfera executiva, Luigi Ferrajoli (2002, p. 326) questiona se “é lícito à administração carcerária, ou inclusive ao juiz de execução reduzir ou aumentar a pena conforme os resultados do tratamento”. Caso este questionamento seja respondido afirmativamente, o preso que se arrepende ou não se arrepende antes do fim de sua pena deverá ser liberado, respectivamente, antes ou depois de sua pena. Porém, para Luigi Ferrajoli (2002, p. 326), “é de todo evidente que a segunda solução contrasta de forma patente com cada um dos dez axiomas do nosso sistema SG”.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 327), “a correção do réu num sentido verdadeiramente disciplinar” é incompatível com o sistema de garantias. Isso ocorre porque a pretensão de correção afronta diretamente a dignidade da pessoa humana, a qual é o principal elemento de legitimação externa do direito penal. Isso ocorre, ainda, porque a pretensão de correção majora o tempo do indivíduo no cárcere e, em virtude dos efeitos da prisionalização, faz com que o indivíduo se transforme em uma outra pessoa completamente distinta durante o processo de execução penal.

Assim, Luigi Ferrajoli (2002, p. 328) afirma que o poder que a administração penitenciária e os juízes da execução possuem para alterar de forma quantitativa e qualitativa a pena imposta quando da condenação trata de um poder imenso e incontrolado tão despótico quanto o poder que os juízes detinham para aplicar as penas pré modernas, bem como pondera que a única distinção que se verifica entre ambos os poderes reside no fato de que o arbítrio na era das penas pré-modernas restringa-se ao ato de imposição da pena de suplício e, em contrapartida, o arbítrio atualmente se prolonga durante todo o decorrer da aplicação da pena privativa de liberdade.

Não sendo lícito à administração carcerária ou ao Juiz aumentar a pena com base nos eventuais resultados do tratamento, a necessária aproximação entre o garantismo e a execução penal exige a superação das circunstâncias subjetivas que condicionam a concessão de direitos, que passariam a depender exclusivamente de requisitos objetivos vinculados ao tempo de cumprimento da pena. Nesse sentido, a progressão de regime não estaria mais subordinada ao arbítrio do diretor do estabelecimento prisional ou à avaliação do exame criminológico, responsáveis, nos termos do art. 112, §1º, da LEP (Brasil, 2024b),⁵⁴ por atestar a boa conduta carcerária da pessoa presa. A progressão de regime ficaria, portanto, exclusivamente condicionada ao cumprimento do tempo estabelecido para cada regime prisional. Com isso,

⁵⁴ Art. 112, § 1º, LEP: Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão (Brasil, 2024b).

entende-se que a dignidade concreta da pessoa presa seria respeitada, pois a execução penal se desvincularia da pretensão de reformar a pessoa, além de reduzir o tempo necessário para a execução da pena de prisão.

Ao se extirpar qualquer finalidade disciplinatória, a execução penal seria orientada, apenas, pela finalidade de se tornar menos aflitiva possível para não piorar a pessoa presa. É o que, inclusive, defende Luigi Ferrajoli (2002, p. 319):

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, ‘não perverta o réu’: quer dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho - não obrigatório, senão facultativo - juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão - os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. - não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos.

Nada obsta, por outro lado, que as circunstâncias subjetivas sejam consideradas para adiantar a concessão de um direito cujo tempo de prisão ainda não autorizaria o usufruto, posto que a ampliação do âmbito de liberdade do agente não pode ser vedada a partir do conteúdo de qualquer norma.

A compatibilização da execução penal com o garantismo penal e a consequente instituição de um sistema mais racional não pode prescindir das contribuições que são fornecidas pela dignidade da pessoa humana. O imperativo de respeito máximo à pessoa e, como seu corolário, a necessidade de reduzir o tempo em que ela permanecerá no cárcere pode reduzir – vale frisar, não suprimir – a distância abissal existente entre o garantismo e a execução penal.

6.4 Do *nulla necessitas sine injuria* à necessidade de incorporação das considerações acerca da lesividade na análise das hipóteses de faltas graves

O quarto axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico), o qual recepciona o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento. O quarto axioma encontra-se

diretamente conectado com o terceiro axioma, porque “a absoluta necessidade das leis penais, requerida pelo axioma A3, fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio recolhido no nosso axioma A4, *nulla necessitas sine iniuria*” (Ferrajoli, 2002, p. 373). A necessidade (indicada pelo terceiro axioma), portanto, é condicionada à existência de lesividade (indicada pelo quarto axioma).

Do quarto axioma do sistema de garantias, extrai-se que “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais [...] e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições” (Ferrajoli, 2002, 372). No cálculo dos custos individuais e sociais, precisaria ser contabilizado, além dos danos inerentes à prática de um crime, os danos adjacentes à eventual reação informal ao delito. Para Ferrajoli (2002), não é apenas o crime propriamente dito que gera violência, pois a reação informal igualmente gera violência, portanto deve-se considerar os custos da reação informal quando da realização do cálculo da proporcionalidade entre a violência adjacente ao delito e a violência adjacente a intervenção penal.

Do quarto axioma do sistema de garantias, extrai-se, ainda, que o sistema garantista veda “a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos” (Ferrajoli, 2002, p. 372). A pretensão de criminalização dessas condutas é igualmente limitada pela dignidade da pessoa humana, pois a dignidade da pessoa humana impõe o respeito da individualidade e, conseqüentemente, toda atitude ou conduta que porventura não seja lesiva a terceiros deve ser tolerada com a finalidade de tutelar a liberdade pessoal e, ainda, a independência do direito em relação à moral (Ferrajoli, 2002).

A sanção imposta através do Direito Penal promove a violação de bens extremamente caros – legalmente, restringe a liberdade; ilegalmente, viola diversos outros direitos fundamentais –, portanto apenas as ofensas aos bens jurídicos mais relevantes podem ser sancionadas pelo direito penal. A pena privativa de liberdade necessariamente violará a liberdade do apenado e, caso se prolongue durante um período considerado, poderá violar até mesmo a vida. Assim, “porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo”, o qual apenas pode ser ministrado com a finalidade de remediar patologias extremas (Ferrajoli, 2002, p. 372). As proibições, portanto, apenas são justificadas caso atuem “como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes” (Ferrajoli, 2002, p. 373).

O quarto axioma – assim como os quinto e sexto axiomas – busca indicar quando e como se deve proibir, assim apresenta parâmetros que, sobretudo, devem ser observados

quando da elaboração da norma penal proibitiva. Como resposta ao questionamento do “quando proibir”, o quarto axioma indica que a lei penal apenas pode proibir ou impor um determinado comportamento através da ameaça de uma pena com o objetivo de coibir as manifestações do comportamento mais lesivas para um determinado indivíduo ou para a sociedade. Assim, para que a execução penal possa se aproximar do garantismo penal, é imprescindível que as considerações acerca da lesividade sejam observadas no processo de criação das hipóteses de faltas disciplinares.

6.4.1 Valores passíveis de tutela pelo poder disciplinar: dos direitos das instituições prisionais aos direitos das pessoas presas

O princípio da lesividade proíbe o legislador de tipificar como crime uma conduta incapaz de violar o bem jurídico (Bitencourt, 2021), sendo que esta proibição deve igualmente nortear a atividade legislativa penitenciária. O princípio da lesividade não é expressamente recepcionado na legislação penitenciária, porém o poder disciplinar desenvolvido no âmbito da execução penal tem natureza penal na medida em que lida com a liberdade do indivíduo e, conseqüentemente, precisa ser limitado pelas considerações acerca do princípio da lesividade.

Não obstante, algumas das hipóteses de faltas previstas sobretudo nas legislações editadas pelos entes federados não acarretam qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão a um interesse juridicamente relevante. Isso, inclusive, é uma marca característica do poder disciplinar, porquanto Michel Foucault (2014) indica que o referido poder se preocupa em controlar cada mínima manifestação da autonomia e da espontaneidade do indivíduo.

Os elementos que caracterizam a sanção normalizadora de Michel Foucault (2014) se encontram presentes na execução penal brasileira. Porém, um ponto de interseção específico entre ambos os sistemas considerados merece ser destacado, qual seja: o poder disciplinar brasileiro, na esteira do poder disciplinar esquadrihado por Michel Foucault (2014), conserva a prática de prever que condutas inexpressivas – que não trazem um prejuízo efetivo para a administração penitenciária e que jamais passariam pelos filtros instituído pelos princípios da lesividade do Direito Penal – configuram infrações disciplinares cuja constatação prolongam o tempo de duração da pena privativa de liberdade.

As condutas de “descuidar da higiene pessoal”⁵⁵ ou de “deixar de usar uniforme” – que, respectivamente, encontram-se previstas como faltas disciplinares de natureza leves e médias

⁵⁵ Douglas Maranhão (2023) destaca que o cuidado com a higiene pessoal é distintamente sancionado no Paraná, pois “se o preso cumpre pena na unidade estadual, esses atos são faltas leves (Estatuto Penitenciário do Paraná,

no art. 640, IV e 641, XVIII, do ReNP (Minas Gerais, 2016) – são condutas que ingressam no âmbito da autonomia do agente e que não acarreta qualquer tipo de ofensa expressiva a um bem juridicamente tutelado, de modo que violam o princípio da lesividade. Inclusive, para exemplificar que condutas completamente inexpressivas são sancionadas pelo poder disciplinar, veja que Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 200) indica que a tendência de sancionar como falta as condutas de descuidar de sua higiene pessoal ou da higiene da cela viola os princípios da lesividade:

[...] enquanto os deveres de higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento tendem a afrontar a lesividade e a secularização, impondo determinada condução de vida carcerária sem que a mesma necessariamente ofenda direitos ou bens de terceiros, a obrigação de conservação dos objetos de uso pessoal fere o direito à propriedade (art. 5º, XXII, da CF), que encontra na disponibilidade uma de suas características. Nessa perspectiva, a conservação dos objetos de uso pessoal é um direito, não um dever.

A principal determinação emanada pelo princípio da lesividade – no caso, de que o legislador deve se abster de proibir ou impor condutas que não lesionem ou coloquem em perigo um bem jurídico digno de proteção penal – igualmente deveria nortear a atividade legislativa penitenciária que culmina na tipificação de faltas disciplinares, notadamente porque tal atividade repercute no âmbito da liberdade do agente. Não obstante, o princípio da lesividade é sistematicamente violado nos dispositivos que tipificam as faltas disciplinares. Assim, a redução da distância existente entre a execução e o garantismo penal pressupõe a incorporação de considerações acerca do princípio lesividade, o qual delimita que a liberdade restringida através da imposição ou proibição de determinada conduta apenas se justifica quando tal restrição for imprescindível para a tutela dos valores mais importantes para o indivíduo.

As considerações acerca da lesividade necessariamente desembocam nas considerações acerca de quais interesses seriam passíveis de proteção e, por sua vez, nas considerações acerca do bem jurídico. Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 376), a evolução do conceito de bem jurídico pode ser considerado como deprimente, “porque reflete [...] a involução autoritária sofrida pelo pensamento penal desde a época iluminista”, bem como a extraordinária confusão de ideias que deriva sempre do delineamento desordenado dos problemas”. Ao apresentar o processo de construção do instituto, Luigi Ferrajoli (2002) demonstra que os iluministas consideravam que o delito tinha como objetivo a tutela dos direitos subjetivos das pessoas, bem como que, durante o transcurso do tempo, notadamente com o advento dos movimentos totalitários que surgem no

art. 61, VIII), mas se recolhido em unidade federal, os mesmos atos são faltas médias (Regulamento Penitenciário Federal, art. 44, VIII” (Maranhão, 2023, p. 133). O grau de reprovabilidade que se atribui a esta mesma conduta, portanto, varia conforme a natureza do estabelecimento prisional e é subjetivo.

início do século XX e que têm o nazismo como o principal expoente, o bem jurídico foi vinculado à ideia de que os valores do Estado é que deveriam ser objeto de proteção. Já ao apresentar os nuances adquiridos pelo instituto após a queda dos regimes totalitários, Luigi Ferrajoli (2002) demonstra que ainda há muita confusão acerca do que efetivamente deve se considerar como bem jurídico.

Talvez porque já embasou ideias totalitárias e talvez porque ainda hoje se trata de um instituto que gera inúmeras controvérsias, Rodrigo Duque Estrada (2009) defende que uma execução penal mais racional e redutora de danos depende da criação da teoria do tipo disciplinar, a qual supostamente prescindiria das considerações acerca do bem jurídico. De acordo com Rodrigo Duque Estrada (2018, p. 201-202), “a execução penal em nosso país ainda é finalisticamente orientada para a proteção de certos ‘bens jurídicos’, tais como a ordem, disciplina e segurança, corriqueiramente usados como pretexto para a violação de direitos fundamentais das pessoas presas”. Assim, o autor defende que o bem jurídico deve ser afastado do tipo disciplinar para que o mesmo não possa ser utilizado para proteger a ordem e a disciplina às custas de outros direitos da pessoa presa, conforme indica o seguinte trecho a seguir transcrito:

Nesse sentido, deve afastar-se de um dos mais consagrados paradigmas do direito penal: o bem jurídico. Não há mais espaço para se conceber na execução penal a permanência de um *ius puniendi* disciplinar estatal, nem para se defender o império dos ‘bens jurídicos’ ordem e disciplina carcerárias. Caso contrário, o direito subjetivo do Estado e a necessidade de incondicional proteção dos referidos ‘bens jurídicos’ seriam fundamentos suficientes para a punição de todo e qualquer incidente carcerário, sobrepondo-se necessariamente aos direitos dos presos e legitimando um modelo autoritário e incompatível com o Estado Democrático de Direito. (Roig, 2009, p. 09).

Embora defenda que o bem jurídico não possa acarretar qualquer tipo de vantagem e que a teoria do tipo disciplinar prescinde de qualquer consideração acerca de tal instituto, o próprio Rodrigo Duque Estrada (2009) demonstra que não é possível construir uma teoria do tipo – quer seja penal ou disciplinar – que pretenda limitar o poder punitivo sem a premissa de que a conduta sancionada deve necessariamente atingir algum valor ou interesse jurídico expressivo. Afirma-se isso porque o autor, ao discorrer acerca dos elementos que integrariam o seu tipo penal disciplinar, menciona que, quando da análise de subsunção ao tipo disciplinar, notadamente, quando da análise da presença da função que ele designa de conglobante, deve-se aferir “se houve lesividade na conduta do encarcerado”, bem como explica que “por lesividade entende-se a afetação significativa, por dano ou perigo concreto de dano, de um determinado interesse jurídico” (Roig, 2009, p. 10). Quando se afere a existência de dano ou de

perigo de dano a um interesse jurídico se está, em última análise, aferindo se houve dano ou perigo de dano ao bem juridicamente tutelado. Portanto, embora não admita, o bem jurídico continua tendo participação na teoria do tipo disciplinar proposta por Rodrigo Duque Estrada Roig (2009).

Não é possível prescindir das considerações acerca do bem jurídico, porquanto são elas que fornecem o arcabouço teórico com idoneidade para rechaçar a prática de sancionar condutas inexpressivas. Para Hugo Soares (2022), independentemente dos debates historiográficos e das indefinições acerca do que motivou a criação do instituto, a teoria do bem jurídico sobrevive e possui autoridade sobre o legislador democraticamente eleito, de modo que precisa ser aprofundada para que o seu potencial de instrumento limitador possa ser maximizado. Hugo Soares (2022, p. 197) indica que o bem jurídica deriva do princípio constitucional da proporcionalidade e representa “a preocupação com a justiça e proporcionalidade da criminalização de condutas, como um contrapeso, ancorado no princípio do Estado de Direito, ao poder democrático de incriminar”. Ademais, Hugo Soares (2022) explica que o contrapeso do Estado de Direito – o qual exige que os direitos individuais sejam considerando frente aos direitos coletivos democráticos – poder-se-ia, por exemplo, limitar a vontade democrática pulsante por mais incriminação. A democracia constitucional ou de direito do sistema de garantias, não se concentra no que a maioria pode decidir, “mas justamente o que ela não pode – é dizer, a esfera do indizível: a igualdade dos cidadãos e a tutela de seus direitos e garantias fundamentais” (Barbosa e Silva, 2029, p. 163). Ao se partir da premissa de que o bem jurídico deve ser balizado pelo princípio da proporcionalidade, pode-se extrair proveitosas repercussões para o tipo disciplinar.

Ademais, é importante destacar que o problema não está com a instituição bem jurídico propriamente dita, mas com a desconsideração dos limites delimitados pelo principal elemento externo de legitimação do sistema penal – no caso, a dignidade da pessoa humana – e a consequente eleição de valores que não são dignos de proteção no âmbito do Direito Penal. Conforme identificado por Luigi Ferrajoli (2002), durante o processo de construção do bem jurídico ocorreu um paulatino deslocamento do objeto de proteção, porquanto inicialmente entendia-se que o objeto de proteção do delito seriam os direitos das pessoas naturais e, sob a égide dos governos totalitários, consolidou-se o entendimento de que o objeto de proteção dos delitos eram os valores estatais. Os governos totalitários passaram por um processo de redemocratização, porém o foco da tutela ainda se encontra voltado para salvaguardar os direitos das instituições porque elas são os principais sujeitos de direito desde muito antes do advento de governos totalitários.

Conforme explica Franz Josef Hinkelammert (2002), as Declarações de Direitos Humanos publicadas no século XVIII opuseram-se ao governo anterior e à igreja católica para sacralizar uma outra instituição que apenas reproduz o despotismo e a intolerância das sociedades anteriores. Essa nova sociedade sacralizada, que surge a partir das Declarações de Direitos Humanos publicadas no século XVIII, é a sociedade civil ou burguesa, a qual não buscava reafirmar a dignidade dos indivíduos, mas preservar a propriedade privada em detrimento de todos os demais direitos.

Franz Josef Hinkelammert (2002, p. 282, tradução nossa) explica que a “sociedade civil é um conjunto de instituições que alcançam sua unidade a partir da instituição da propriedade privada. Portanto, o direito humano central reivindicado em nome da sociedade civil é o direito à propriedade privada”.⁵⁶ Com as Declarações de Direitos Humanos publicadas no século XVIII, portanto, as instituições é que passam a ser detentoras de direitos – sobretudo, do direito de proteger a propriedade – e, por outro lado, as pessoas que não se conformam com esta ordem são despojadas de quaisquer direitos.

De acordo com Franz Josef Hinkelammert (2002), a instituição que mais possui direitos é o mercado, porém a referida instituição conforma todas as demais e, conseqüentemente, é possível afirmar que as demais instituições igualmente estão voltadas, de modo manifesto ou latente, para atender aos interesses do mercado. Registra-se que, para Eugenio Raul Zaffaroni e Ílison Dias Dos Santos (2020), o poder punitivo não estaria a serviço do mercado, pois, para impor o seu modelo mundial de exclusão, o totalitarismo financeiro igualmente teria erigido dois deuses, no caso, o mercado e, também, o poder punitivo.

Não obstante, independentemente de colaborar de forma igualitária ou de ser subordinada ao mercado, o poder punitivo é fundamental para o projeto de exclusão dos marginalizados. Isso fica claro quando, por exemplo, se analisa qual é o principal direito tutelado pelas instituições que integram esta sociedade civil e, ainda, quem são as pessoas que ingressam nas unidades prisionais. A sociedade civil existe para proteger a propriedade e, por sua vez, o poder punitivo seleciona e introduz em suas unidades prisionais, sobretudo, aqueles que não têm propriedade.

As instituições prisionais igualmente buscam tutelar o bem mais caro da sociedade civil, no caso, a propriedade. Ocorre que, conforme destaca Hinkelammert (2002, p. 284, tradução nossa),

⁵⁶ Sociedad civil es un conjunto de instituciones, que llegan a tener su unidad a partir de la institución de la propiedad privada. Por tanto, el derecho humano central que se reclama en nombre de la sociedad civil es el derecho de propiedad privada.

quando as instituições possuem direitos humanos, os seres humanos os perdem. Os próprios seres humanos são substituídos por instituições absolutizadas. As instituições tornam-se os únicos titulares dos direitos humanos, e os seres humanos possuem esses direitos apenas na medida em que se identificam com essas instituições. Com isso, os direitos humanos se dissolvem. A própria pessoa humana se reduz a um indivíduo que recebe seus direitos da instituição e os possui apenas na medida em que renuncia a ser algo além de um mero representante da instituição.⁵⁷

Não se olvida que o conceito de dignidade da pessoa humana foi criado e é usualmente manipulado para transmutá-lo em um conceito excludente, que não atende aos interesses das pessoas propriamente ditas, sobretudo o das marginalizadas. É extremamente desafiador dedicar-se ao estudo da dignidade da pessoa humana quando tal análise parte de uma sociedade que lidou e, em alguma medida, ainda lida com a dizimação dos povos originários, a comercialização de escravos, o genocídio dos judeus e dos palestinos, bem como com a figura do inimigo.

Porém, a renúncia aos direitos humanos seria ainda pior e, conseqüentemente, não se pode renunciar aos direitos humanos. De acordo com Franz Josef Hinkelammert (2002, p. 287-288, tradução nossa), “a constatação da frustração do projeto do Iluminismo do século XVIII não implica necessariamente a renúncia à emancipação humana [...] mas evidencia a necessidade de um profundo reexame”.⁵⁸

A emancipação humana ainda poderá se dar através desses mesmos direitos humanos que são manipulados para prejudicar as pessoas, porém os direitos humanos precisam ser ressignificados. É preciso criticar os direitos consagrados nas Declarações de Direitos Humanos publicadas no século XVIII, sendo que esta crítica parte da constatação de que as instituições não podem ter direitos e que, em contrapartida, as pessoas é que são detentoras de direitos. Isso é o que defende Franz Josef Hinkelammert (2002, p. 288, tradução nossa):

Levando em conta o desenvolvimento e as razões da frustração da emancipação humana a partir desses direitos humanos, nos é imposto um núcleo dessa crítica, que não podemos mais postergar. Trata-se da constatação básica de que as instituições, quaisquer que sejam, jamais podem ter direitos humanos, e que não se pode legitimar instituições por meio de direitos humanos. Instituições jamais são direitos humanos objetivados.

O século XVIII negou o direito natural dos reis e o direito substancial das instituições que sustentavam a sociedade feudal medieval. Mas, em sentido literal, não conseguiu formular direitos humanos do ser humano. Em vez disso, transformou novamente as instituições – com o mercado como instituição central – nos representantes da

⁵⁷ Cuando las instituciones tienen derechos humanos, los seres humanos los pierden. Los seres humanos mismos son sustituidos por instituciones absolutizadas. Las instituciones llegan a ser los únicos portadores de derechos humanos, y los seres humanos tienen estos derechos en el grado en el cual se identifican con estas instituciones. Con eso los derechos humanos se disuelven. La propia persona humana se reduce a un individuo que recibe sus derechos de la institución y los recibe en el grado, en el cual renuncia a ser algo más que portador de la institución.

⁵⁸ La constatación de la frustración del proyecto de la iluminación del siglo XVIII no implica necesariamente la renuncia a la emancipación humana [...] pero hace ver la necesidad de un replanteo a fondo.

legitimidade, atribuindo-lhes uma vigência substancial. Do direito natural dos reis, passou-se ao direito natural das burocracias privadas das empresas. Isso foi o resultado de uma rebelião do indivíduo que acabou sendo esmagada por seus próprios resultados.

Hoje, trata-se de negar os direitos humanos às instituições. Jamais pode haver uma legitimação de qualquer instituição por meio de direitos humanos. Os direitos humanos, finalmente, precisam ser concebidos como direitos dos seres humanos, que não são transferíveis para as instituições. Nenhuma instituição pode substituí-los. Hoje, não se trata de uma rebelião do indivíduo, mas de uma rebelião do ser humano como sujeito. Não se trata de sacralizar outras instituições por meio de outros direitos humanos. Trata-se de mudar a própria relação com as instituições.⁵⁹

As instituições prisionais naturalmente violam a dignidade da pessoa humana porque, na esteira do que é feito desde as primeiras instituições constituídas na modernidade, encontram-se inteiramente voltadas para atender outros direitos, que não os das pessoas que ali estão inseridas. As instituições não podem ser detentoras de direitos, porque as pessoas é que são detentoras de direitos.

Ao se aplicar tal máxima para a matéria que constitui o objeto desta pesquisa, extrai-se que os supostos direitos consagrados pela execução penal – sobretudo, a ordem e a disciplina – devem ser substituídos pelos direitos da pessoa presa – notadamente, por aqueles que promovam a autonomia e a vivência de uma vida com qualidade. De acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 42), “o princípio da humanidade constitui o cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado”. Portanto, ordem e a disciplina não podem ser consideradas bens jurídicos dignos de proteção, pois versam sobre direitos das instituições e não das pessoas que integram a instituição. Por outro lado, a preservação da autonomia e da vida com condições mínimas existenciais são bens dignos de proteção, pois verdadeiramente versam sobre os direitos das pessoas que integram a instituição.

⁵⁹ Tomando en cuenta el desarrollo y las razones de la frustración de la emancipación humana a partir de estos derechos humanos, se nos impone un núcleo de esta crítica, que no podemos postergar más. Se trata de la constatación básica de que instituciones, cualquiera que sean, jamás pueden tener derechos humanos, y que no se pueden legitimar instituciones por medio de derechos humanos. Instituciones jamás son derechos humanos objetivados.

El siglo XVIII negó el derecho natural de los reyes y el derecho substancial de las instituciones portadores de la sociedad feudal medieval. Pero, en sentido literal, no logró formular derechos humanos del ser humano. En vez de eso, transformó otra vez instituciones – con el mercado como institución central – en los representantes de legitimidad, adjudicándoles vigencia substancial. Del derecho natural de los reyes se pasó al derecho natural de las burocracias privadas de las empresas. Eso resultó de una rebelión del individuo que fue aplastada por sus propios resultados.

Hoy se trata de la negación de los derechos humanos a las instituciones. No puede haber jamás una legitimación de institución alguna por derechos humanos. Derechos humanos, por fin, tienen que ser concebidos como derechos de seres humanos, que no son transferibles a instituciones. Ninguna institución puede sustituirlos. Hoy no se trata de alguna rebelión del individuo, sino de la rebelión del ser humano como sujeto. No se trata de sacralizar otras instituciones por medio de otros derechos humanos. Se trata de cambiar la propia relación con las instituciones.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 377), “não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico”. Não obstante, há alguns critérios que necessariamente precisam ser observados para que a noção de bem jurídico seja orientada para promover a tutela máxima dos bens com o mínimo necessários de castigos, sendo que “o primeiro e mais elementar critério é o de justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social” (Ferrajoli, 2002, p. 328). Portanto, para a perspectiva garantista, a execução penal não poderia ser orientada pelo propósito de salvaguardar a ordem e a disciplina, mas pelo propósito de tutelar os direitos das pessoas presas. Tal premissa deve nortear a análise de legitimidade das faltas já previstas e, ainda, das que porventura venham a ser incorporadas na legislação penitenciária.

6.5 Do *nulla injuria sine actione* à necessidade de aferir a existência do nexo de causalidade entre a ação e o resultado

O quinto axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem ação), o qual recepciona o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação. De tal axioma, extrai-se que “nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação” (Ferrajoli, 2002, 384). Em função disso,

os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal. (Ferrajoli, 2002, p. 384).

De acordo com Ferrajoli (2002), o quinto axioma é igualmente sustentado pelos mesmos fundamentos que sustentam a garantia da necessidade, quais sejam, o utilitarismo jurídico e a separação axiológica entre o direito e a moral. O critério da utilidade indica que os atos internos – tais como, pensamentos, intenções, vícios ou maldade – não são passíveis de punição, bem como que o Direito Penal apenas pode ocupar-se de atos externos. Portanto, necessariamente precisa haver “uma relação de causalidade entre a ação e o resultado danoso (ou perigoso), cujos elementos serão configurados pela dogmática do século XVIII como requisitos essenciais do denominado ‘elemento objetivo’ do delito” (Ferrajoli, 2002, p. 384). Essa relação de causalidade materializa o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, “posto que somente a ação externa está em condições de produzir uma modificação do mundo exterior

qualificável de lesão” (Ferrajoli, 2002, p. 384). Por sua vez, o critério axiológico de separação entre o direito e a moral igualmente afasta a pretensão de sancionar atos internos, pois delimita o âmbito de atuação do Direito Penal e indica que a moral não pode ser sancionada (Ferrajoli, 2002, p. 385).

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 388), as transformações sofridas pelas teorias da ação são tão desoladoras quanto as transformações sofridas pelas teorias do bem jurídico, bem como indica que a ruptura das teorias da ação com o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, assim como a ruptura do bem jurídico com o princípio da lesividade, ocorreu no final do século XIX, “quando tomam corpo os projetos políticos de controle social disciplinatório, que suportam mal a estreiteza do princípio de legalidade e da natureza externa da ação, orientando-se para formas de subjetivação do direito penal”. A ruptura das teorias da ação com a tradição iluminista ocorreu “com a elaboração não só das doutrinas mas também da legislação correccionalista e de medidas de segurança que a orientação do controle penal passa dos corpos às almas, segundo descreve incisivamente Michel Foucault” (Ferrajoli, 2002, p. 388). Portanto, quando o poder punitivo deixou de ocupar-se das ações e passou a ocupar-se do sujeito desviante, as teorias da ação começaram a entrar em declínio.

De todo modo, para aferir se os pressupostos delineados pelo quinto axioma foram atendidos, é imprescindível aferir a existência de um nexo de causalidade entre um dano e uma ação. Para minorar a distância abissal existente entre o garantismo e a execução penal, a existência do nexo de causalidade entre a ação e o dano igualmente deverá ser analisada para aferir se é o caso de se reconhecer uma falta grave, sobretudo a conduta prevista no art. 50, I, da LEP – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina (Brasil, 2024b).

A referida hipótese de falta não possui legitimidade para constituir uma hipótese de falta grave, pois a ordem e a disciplina não são bens legitimamente passíveis de tutela penal na medida em que buscam tutelar direitos da instituição penitenciária, não das pessoas presas. Porém, a referida hipótese igualmente é exemplificativa de outra incoerência que majora o distanciamento entre o garantismo e a execução penal, sendo que tal incoerência reside no fato de que tal falta possibilita a sanção de condutas que não podem ser vinculadas a partir de um nexo de causalidade com um dano.

Conforme delineado no terceiro capítulo, Andrei Zenkner Schmid (2002), promoveu uma incursão na execução penal do Rio Grande do Sul e, na ocasião, constatou que duas condutas extremamente díspares foram incursionadas na falta grave prevista no art. 50, I, LEP. No caso, tais condutas foram as condutas de promover greve de fome e de se recusar a cortar o

cabelo (Schmid, 2002). No caso concreto, não foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre as condutas consideradas para fins de reconhecimento da falta grave – greve de fome e recusa em cortar o cabelo – com a subversão da ordem ou disciplina, portanto a eventual sanção imposta em virtude da prática de tais condutas não atende às premissas instituídas pelo quinto axioma.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 387), “o princípio de materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias”. Portanto, para que a distância abissal entre o garantismo e a execução penal possam ser minoradas, é imprescindível que as condutas potencialmente puníveis como faltas graves possam ser externamente identificadas, bem como estejam vinculadas através de um nexo de causalidade com o resultado danoso.

6.6 Do *nulla actio sine culpa* à necessidade de aferir o vínculo subjetivo entre o agente e o fato faltoso

O sexto axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), o qual recepciona o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal. De tal axioma, extrai-se que “nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão”, bem como que “não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer” (Ferrajoli, 2002, p. 390).

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002), a culpabilidade seria composta por três elementos cuja ausência necessariamente afastaria a pretensão de sancionamento, a saber: a personalidade, a imputabilidade ou capacidade penal e a intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito. A personalidade designaria “a susceptibilidade de adscrição material do delito à pessoa do seu autor, isto é, a relação de causalidade que vincula reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito” (Ferrajoli, 2002, p. 392). Por outro lado, a imputabilidade ou capacidade penal designaria “uma condição psicofísica do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer” (Ferrajoli, 2002, p. 392). Por sua vez, a culpabilidade em sentido estrito designaria “a consciência e a vontade do delito concreto e que, por sua vez, pode assumir a forma de dolo ou de culpa, segundo a intenção esteja referida à ação e ao resultado ou somente à ação e não ao resultado, não querido nem previsto, embora previsível (Ferrajoli, 2002, p. 392).

Na dogmática contemporânea, os elementos que, segundo Ferrajoli (2002), caracterizam a culpabilidade não se restringem, exclusivamente, a culpabilidade enquanto princípio ou

enquanto elemento da teoria do crime. As ponderações que o autor desenvolve acerca da personalidade referem-se ao princípio da culpabilidade e, por outro lado, as ponderações que o autor desenvolve acerca da imputabilidade ou da capacidade penal referem-se à culpabilidade enquanto elemento da teoria do crime. Porém, as reflexões sobre a intencionalidade ou a culpabilidade em sentido estrito situam-se no âmbito da tipicidade subjetiva. Não obstante e embora existam inúmeras construções acerca da culpabilidade, Luigi Ferrajoli (2002) indica que os referidos elementos – decompostos a partir da construção alemã de *schuld* e da anglo-saxã de *mens rea* – caracterizariam a culpabilidade.

Independentemente das incompatibilidades existentes entre a culpabilidade de Luigi Ferrajoli (2002) e as definições apresentadas pela dogmática contemporânea acerca do princípio da culpabilidade ou da culpabilidade enquanto elemento da teoria do crime, as proposições apresentadas pelo filósofo italiano acerca do axioma *nulla actio sine culpa* igualmente podem ser utilizadas para limitar o poder punitivo que atua na execução penal através do poder disciplinar. Ademais, ao se analisar as proposições apresentadas, é possível constatar que, para Ferrajoli (2002), o sexto axioma veda, sobretudo, a responsabilização objetiva e possibilita a incorporação dos elementos que compõe a culpabilidade enquanto teoria do crime.

Conforme destaca Luigi Ferrajoli (2002), na fase arcaica, quando o direito penal era aplicado de forma privada, a responsabilidade penal não era igual para todos e transcendia a pessoa do ofensor. A responsabilidade das mulheres era atenuada porque elas eram consideradas seres inferiores e, para além disso, a responsabilidade do ofensor se estendia e alcançava os seus parentes (Ferrajoli, 2002). No Império Romano, “o princípio de culpabilidade e de responsabilidade pessoal foi consagrado por uma lei de Numa Pompílio e perdurou na doutrina e na jurisprudência, salvo contadas exceções, até a compilação justinianéia” (Ferrajoli, 2002, p. 390). Neste segmento, “passando-se da tradição romana à cristã, o princípio foi teorizado pelo pensamento penal iluminista, para depois ser reelaborado organicamente pela dogmática do século XIX e codificado em todos os ordenamentos modernos” (Ferrajoli, 2002, p. 390). Ademais, é importante salientar que a culpabilidade nem sempre esteve vinculada a um componente humano, pois processos penais já foram movidos contra animais, defuntos, objetos inanimados, entidades e universalidades.

A culpabilidade foi ignorada pelos ordenamentos jurídicos primitivos na medida em que apenas foi incorporada nos ordenamentos jurídicos que paulatinamente surgiram na modernidade. Em função disso, Luigi Ferrajoli (2002, p. 390) afirma que “a igualdade e a identidade subjetiva de todos os seres humanos no âmbito penal é uma conquista relativamente

recente”, bem como ressalva que a culpabilidade vem sofrendo duros ataques desde o final do século XIX.

Nesse sentido, o direito penal estalinista negou o elemento subjetivo do delito e, por sua vez, o direito penal nazista negou o elemento objetivo, bem como seu respectivo nexos com o elemento subjetivo (Ferrajoli, 2002). Estes duros ataques perpetrados em desfavor do princípio da culpabilidade se perpetuaram através “de doutrinas e ordenamentos autoritários que tendem a debilitá-la, a integrá-la ou a substituí-la pela ‘periculosidade’ do réu e por outros meios de qualificação global de sua personalidade, como são a capacidade para delinquir ou a culpa de autor” (Ferrajoli, 2002, p. 390-391). Tais obras e ordenamentos autoritários possibilitaram, inclusive, o desenvolvimento de teorias que classificam o indivíduo que violou a norma penal como inimigo.

Os ordenamentos jurídicos incorporaram o princípio da culpabilidade em suas estruturas normativas, o qual, contrapõe-se a modelos de responsabilização objetiva e, como condição essencial de justificação da proibição e da punição de uma conduta, exige que o ato seja fruto de uma decisão consciente e voluntária de uma pessoa capaz de entender e querer um resultado. Embora tal incorporação não tenha superado todas as práticas adjacentes ao menoscabo de tal garantia, o princípio da culpabilidade indica que o direito penal não admite a responsabilidade objetiva e exige, portanto, a devida individualização da conduta do agente. Dessa forma, a culpabilidade, na perspectiva de Ferrajoli (2002), busca estabelecer uma tríade relação de causalidade entre a decisão do réu, a ação e o resultado, consideradas a imputabilidade e potencial consciência do ilícito.

A garantia consubstanciada no princípio da culpabilidade é extremamente cara para a execução penal e, dada sua importância, foi expressamente recepcionada pela legislação penitenciária. O art. 45, §3º, da LEP estabelece que “são vedadas as sanções coletivas” (Brasil, 2024b), portanto a legislação penitenciária recepciona expressamente o princípio da culpabilidade ao proibir a aplicação de sanções àquele cuja conduta não tenha sido devidamente identificada.

Conforme destaca Francisco de Assis Toledo (1994, p. 327), “ninguém pode ser punido por um comportamento que não seja seu”, conseqüentemente, “torna-se indispensável, antes da aplicação da pena, fixar-se, de uma vez por todas, a quem pertence verdadeiramente a ação que se quer punir. Assim, brigas ocorridas no interior de uma determinada cela não podem ensejar a responsabilização indistinta de todos os integrantes da cela, pois é imprescindível que se apure quem efetivamente integrou o entrevero. De igual modo, não se pode permitir que a punição recaia de forma indistinta sobre todos os integrantes de uma cela quando ocorre a apreensão de

objetos ilícitos – tais como de aparelhos telefônicos e de drogas – ou a constatação de atividades vedadas – tais como a abertura de buracos para a fuga e danos em grades –, pois é imprescindível que se apure quem são os proprietários daqueles objetos ilícitos ou quem aderiu à prática daquela atividade vedada. Em síntese, “não se pode admitir que a punição recaia a quem não se impõe reprovabilidade pessoal pelo ato” (Maranhão, 2023, p. 98). Por outro lado, “falar em coparticipação omissiva para legitimar a punição daqueles que não se envolveram diretamente significará consagrar a responsabilização penal objetiva” (Roig, 2018, p. 71).

Ademais, é igualmente importante considerar que a perspectiva de culpabilidade apresentada por Luigi Ferrajoli (2002) também possibilita a introdução de considerações acerca da culpabilidade enquanto elemento da teoria do crime, notadamente acerca da inexigibilidade de conduta diversa. De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 399), a culpabilidade deve ser entendida como um elemento que analisa se “alguém ‘devia (deonticamente) ter atuado de outra forma’: isto é, as condições empíricas em cuja presença a lei penal permite afirmar (e em cuja ausência não permite afirmar) que podia (aleticamente) ter atuado de outra forma”. Assim, em função da garantia inculpada na culpabilidade enquanto teoria do crime, igualmente é preciso analisar se o indivíduo tinha condições de agir de outra maneira.

Francisco de Assis Toledo (1994, 218) destaca que “só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça de pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar fatos indesejáveis, nocivos ao semelhante, à tribo, à comunidade, à sociedade, quando tais fatos indesejáveis são evitáveis”. Essa análise é extremamente cara e igualmente precisa ser transplantada para o âmbito da execução penal, notadamente porque, não raras vezes, a experiência prisional inevitavelmente impõe a prática de condutas que apenas em um primeiro momento poderiam ser consideradas como indisciplinadas.

Para Roehrig (2024), alguns atos de indisciplina não podem ser evitados e podem ser considerados como atos de sobrevivência ou de resistência, de modo que precisam ser exculpados. Para o autor, as condutas que eventualmente são incorporadas quando do ingresso no cárcere e que usualmente são atribuídos aos efeitos da prisionalização configuram atos de resistência, os quais podem ser definidos como aquelas condutas que eventualmente são praticadas com o objetivo de garantir a sua sobrevivência ou a sobrevivência de seus respectivos familiares. A vida no cárcere demanda a internalização de algumas condutas com o objetivo de proteger a si e aqueles que integram o seu círculo de convivência, portanto não poderiam ser sancionadas. Nas palavras do próprio Roehrig (2024, p. 8, tradução nossa):⁶⁰

⁶⁰ Se entenderá por estrategias de supervivencia en el contexto penitenciario el comportamiento individual o colectivo que objetiva garantizar su supervivencia o la de su familia, así como tratar de aliviar los rigores del

Se entenderá por estratégias de sobrevivência no contexto penitenciário o comportamento individual ou coletivo que busca garantir a sobrevivência própria ou de sua família, bem como aliviar os rigores do encarceramento, sejam eles relacionados à própria prisão ou a outros direitos afetados pela condenação. Como exemplo, podem ser mencionados o uso de telefones celulares dentro das prisões, as fugas, o consumo de drogas, as greves de fome e o descumprimento de ordens diretas da administração penitenciária.

Em síntese, o raciocínio desenvolvido por Roehrig (2024), é que algumas condutas classificadas como indisciplinadas são, na realidade, a única reação possível às condições impostas pelo cárcere. Portanto, considerando que o indivíduo não teria a opção de atuar de nenhum outro modo, as condutas que em um primeiro momento seriam classificadas como indisciplinadas não podem ser sancionadas e devem ser exculpidas.

Quando da apuração de uma falta grave, “difícilmente a realidade vivida por aquele que é conduzido ao julgamento disciplinar é levada em consideração para a tomada de decisão” (Maranhão, 2023, p. 71). Porém, caso considerações acerca da inexigibilidade de conduta diversa adjacentes à culpabilidade enquanto elemento da teoria do crime fossem introduzidas na análise da prática de uma falta grave, aquele que não retorna da saída temporária em virtude do adoecimento de um ente querido, por exemplo, não poderia ser sancionado por praticar uma conduta que é equiparada à fuga.

Ainda que de forma incipiente e, por vezes, inconsciente, as considerações sobre a inexigibilidade de conduta diversa têm, excepcionalmente, orientado alguns julgamentos proferidos no âmbito disciplinar, possibilitando, nessas ocasiões, uma solução mais coerente para o caso em análise. Nesse sentido, Douglas Maranhão (2023) relata que, em 2017, na Penitenciária Estadual de Londrina II, o Conselho Disciplinar entendeu que não era o caso de sancionar um indivíduo que tinha trânsito em toda a unidade prisional por entregar marmitas e que foi encontrado sob a posse de um aparelho celular enrolado em sua perna com uma fita adesiva, sobretudo porque ele e seus familiares haviam sido ameaçados para que este indivíduo aceitasse entregar este aparelho celular em uma determinada cela da unidade. Na ocasião, a inexigibilidade de conduta diversa não foi expressamente mencionada para afastar o reconhecimento da hipótese de falta grave, porém, por ter se considerado que o indivíduo não poderia ter atuado de nenhuma outra forma na medida em que ele e seus familiares vinham sendo ameaçados, é incontroverso que foram as reflexões impulsionadas pela inexigibilidade de conduta diversa que afastaram o reconhecimento desta hipótese de falta grave.

encarcelamiento, ya estén relacionados con el propio encarcelamiento o con otros derechos afectados por la condena. Como ejemplo podemos mencionar el uso de teléfonos celulares dentro de las cárceles, las fugas, el consumo de drogas, las huelgas de hambre y el incumplimiento de órdenes directas de la administración penitenciaria” (Roehrig, 2024, p. 8).

Apenas “age culpavelmente [...] aquele que, no momento da ação [...], não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso” (Toledo, 1994, p. 328). Portanto, caso seja identificado que a pessoa presa não poderia agir de outro modo, a responsabilidade na execução penal igualmente deve ser afastada em virtude da inexigibilidade de conduta diversa.

Por fim, registra-se que, embora a LEP estabeleça que todos devem ser cientificados do regramento disciplinar,⁶¹ a pessoa presa não tem conhecimento de todas as normas que devem ser observadas no âmbito do estabelecimento prisional. Algumas normas correspondem às normas que igualmente regem a sociedade em geral e, conseqüentemente, presume-se que as pessoas presas igualmente saibam que devem observá-las no ambiente prisional. De modo geral, as pessoas sabem que não devem matar e, conseqüentemente, pode se presumir que o indivíduo que é inserido em uma instituição prisional saiba que igualmente deve observar tal norma no cárcere, bem como que poderá ser sancionado caso não a observe. Porém muitas das normas disciplinares não possuem qualquer correspondência com as normas que regem a sociedade em geral. Portanto, o eventual descumprimento de uma norma cujo conteúdo não se conhece deve excluir a culpabilidade disciplinar, nos exatos termos defendidos por Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 206):

No tocante à disciplina, prossegue a Lei de Execução Penal dispondo que o condenado ou denunciado, no início da execução da pena, deve ser cientificado das normas disciplinares (art. 46). O desrespeito a essa regra por parte da administração prisional é fundamento legítimo para a absolvição disciplinar de acusados, por erro de proibição (causa de exclusão da culpabilidade disciplinar), uma vez que as normas disciplinares não se presumem. Não é à toa que as novas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos impõe que todo preso, na sua entrada, deve receber informações escritas sobre: ‘a) A legislação e os regulamentos concernentes à unidade prisional e ao sistema prisional; b) Seus direitos, inclusive métodos autorizados de busca de informação, acesso à assistência jurídica, inclusive gratuita, e procedimentos para fazer solicitações e reclamações; c) Suas obrigações, inclusive as sanções disciplinares aplicáveis; d) Todos os assuntos necessários para possibilitar ao preso adaptar-se à vida de reclusão’ (Regra 54)”.

O sexto axioma do sistema de garantias assegura que o indivíduo não poderá ser sancionado de forma objetiva – isto é, sem que se analise se aderiu subjetivamente ao resultado delituoso –, bem como introduz considerações acerca da inexigibilidade de conduta diversa e do erro de proibição. Em tal axioma, “há que se estabelecer se a ação que se quer punir pode

⁶¹ Art. 46, LEP: O condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares (Brasil, 2024b).

ser atribuída à pessoa do acusado, como algo realmente seu, ou seja, derivado diretamente de uma ação [...] que poderia ter sido por ele de algum modo evitada” (Toledo, 1994, p. 327). Portanto, para que a distância abissal entre o garantismo e a execução penal possam ser minoradas, é imprescindível que as contribuições trazidas pela culpabilidade – enquanto princípio e, também, enquanto elemento da teoria do crime – sejam devidamente incorporadas no âmbito disciplinar.

6.7 Do *nulla culpa sine iudicio* à efetiva jurisdicionalização da execução penal

O sétimo axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), o qual recepciona o princípio da jurisdicionalidade no sentido lato e estrito. Esta é a principal garantia processual na medida em que pressupõe todas as outras. Sem a garantia da jurisdição, não há como se falar em separação das funções desenvolvidas pelos atores processuais, ônus probatório ou ampla defesa. Portanto, as demais garantias processuais apenas podem ser implementadas se antes ocorrer a implementação da jurisdicionalidade, evidenciando a importância da garantia processual ora em questão.

A garantia da jurisdicionalidade pode ser compreendida a partir dos sentidos amplo ou estrito, sendo que Luigi Ferrajoli (2002, p. 432) define ambos os sentidos do seguinte modo:

Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 ‘*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*’-, em sentido estrito, pela tese T63 ‘*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*’. Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais.

Portanto, da garantia da jurisdicionalidade extrai-se que “não há culpa sem juízo” (jurisdicionalidade em sentido lato), tampouco “juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação” (jurisdicionalidade em sentido estrito) (Ferrajoli, 2002, p. 441). No entanto, considerando que nem mesmo o sentido amplo da garantia da jurisdicionalidade é observado no contexto da execução penal, a aproximação entre o garantismo e o poder disciplinar depende, antes de mais nada, da solidificação da premissa de que o juízo da execução penal efetivamente precisa analisar, ao menos, todas as faltas graves porventura comunicadas no curso do processo de execução penal.

Embora seja uma garantia extremamente importante para o sistema garantista, a jurisdicionalidade não é observada no processo de apuração das faltas comunicadas no curso da execução penal porque o poder disciplinar é, nos termos do art 47, da LEP (2024b),⁶² exercido pela autoridade administrativa, o qual concentra as funções de acusar, produzir provas e julgar.

A imposição de algumas sanções, tais como a inclusão no regime disciplinar diferenciado e a regressão de regime, pressupõe a intervenção do juiz da execução, o qual deverá, respectivamente, prolatar uma decisão motivada para fins de inclusão no regime disciplinar diferenciado⁶³ e, ainda, deverá ouvir previamente o condenado para fins de regressão de regime.⁶⁴ Porém este limitado controle jurisdicional posteriormente realizado não supera as irregularidades anteriormente praticadas e, tampouco, preserva materialmente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, CF (Brasil, 2024a).

As funções desempenhadas pelo juiz da execução são residuais e meramente formais. O juízo da execução não é instado a se manifestar acerca das faltas leves e médias, as quais igualmente promovem o cerceamento de direitos e que, ainda, podem ensejar o isolamento. Ademais, o juízo da execução é legalmente obrigado a se manifestar apenas acerca de um reduzido número de faltas graves, notadamente quando o reconhecimento da falta grave culminar na inclusão do regime disciplinar diferenciado e na regressão de regime. Por fim, o juízo da execução tende a acompanhar as decisões prolatadas pela administração penitenciária e não considera, efetivamente, o que é produzido no âmbito da Audiência de Justificação porventura realizada. Assim, as funções atualmente desempenhadas pelo juízo da execução não são de natureza jurisdicional, mas de natureza meramente administrativa.

Esse problema não é identificado apenas na execução penal brasileira, pois Luigi Ferrajoli (2002, p. 328) indica que, na Itália, o papel desempenhado pelos juízes de vigilância penitenciária igualmente não possui natureza jurisdicional, mas natureza administrativa. Nesse sentido, veja o que afirma o autor:

⁶² Art. 47, LEP: O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares (Brasil, 2024b).

⁶³ Art. 53, LEP: Constituem sanções disciplinares: [...] V - inclusão no regime disciplinar diferenciado (Brasil, 2024b).

Art. 54, LEP: As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente (Brasil, 2024b).

⁶⁴ Art. 118, LEP: A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; §2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado (Brasil, 2024b).

Por mais dotados de humanidade e de sabedoria que possam ser os juizes de vigilância penitenciária, é o objeto e a natureza das suas decisões que faz com que sua função não seja jurisdicional, senão administrativa. A autoridade que dispensa ou que nega um benefício penal, qualquer que seja, não comprova fatos em um processo contraditório e público, senão que valora e julga diretamente o interior das pessoas; não decide sobre o cometimento de um delito, quer dizer, sobre uma hipótese empírica verificável e refutável, como exige o caráter cognitivo próprio da jurisdição, senão imediatamente sobre a ‘ausência de periculosidade’ de um homem, a sua ‘boa conduta’, o ‘seu arrependimento posterior’ ou sobre outras valorizações análogas inverificáveis e irrefutáveis por sua natureza. (Ferrajoli, 2002, p. 328).

Rodrigo Duque Estrada Roig (2009, p. 16) defende que todos os instrumentos de limitação do poder punitivo previstos nos outros ramos do ordenamento jurídico devem ser incorporadas na execução penal, porém ressalva que “todas as medidas supramencionadas serão pouco eficazes [...] se as faltas disciplinares graves não estiverem incluídas no rol de competências dos Juízos de Execuções”. Ou seja, a incorporação dos instrumentos de limitação do poder de punir previstos nos outros ramos do direito não limitará o poder de punir que se reverbera para a execução penal caso o juiz da execução não promova o julgamento efetivo, não meramente homologatório, da eventual decisão anteriormente prolatada no âmbito administrativo acerca dos conflitos carcerários. Em função disso, Rodrigo Duque Estrada Roig (Roig, 2018, p. 207) afirma que “todos os incidentes que possam ensejar a aplicação de sanção por falta disciplinar (sobretudo de natureza grave) deveriam ser julgados pelo juízo da execução”. Portanto, em uma execução penal efetivamente jurisdionalizada, não apenas as faltas graves, mas, também, todos os incidentes da execução deveriam ser indistintamente julgados pelo juízo da execução.

Registra-se que o conteúdo do art. 47, da LEP – o qual estabelece que a administração penitenciária é quem exerce o poder disciplinar – não pode obstaculizar o deslocamento da competência para o juízo da execução, pois o art. 5º, XXXV, CF consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 2024a; Brasil, 2024b). Ademais, é importante salientar que o respeito a tal princípio não ocorre através da revisão meramente formal que se faz acerca do julgamento administrativo instaurado para se apurar faltas graves, notadamente porque a revisão de atos administrativos ainda se encontra vinculada a conveniente concepção oriunda do direito administrativo de que “o Judiciário não pode é ir além do exame de legalidade, para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração” (Meirelles, 2016, p. 847).

Não basta apenas e tão somente aferir se a administração penitenciária agiu dentro de sua competência e observou os ditames legais, pois é preciso enfrentar o mérito e aferir se a

falta em apreciação efetivamente se configurou e, caso positivo, se sua homologação efetivamente é conveniente. Portanto, é o juízo da execução que desde o início deve promover o julgamento de todas as modalidades de faltas – quer sejam elas de natureza leve, média ou grave –, sendo que o juízo da execução pode avocar a competência do julgamento dessas faltas com fundamento do princípio da inafastabilidade da jurisdição, expressamente prevista no art. 5º, XXXV, CF (Brasil, 2024a).

Em uma execução efetivamente jurisdicionalizada, o poder disciplinar deve ser exercido pelo próprio juiz e não pela autoridade administrativa – tal como prevê o art. 47, da LEP (Brasil, 2024b) –, sendo que à autoridade administrativa, caberia, apenas, o dever de executar a sanção disciplinar eventualmente imposta pelo juiz da execução. Ademais, embora seja imprescindível para o sistema de garantias porque cria as condições necessárias para que as demais garantias possam ser observadas, o exercício da jurisdição precisa ser norteado por algumas premissas para que efetivamente possa ser compatível com o sistema de garantias.

Luigi Ferrajoli (2002, p. 433) pondera que, “enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo, ainda que nela não esteja pressuposta”. Luigi Ferrajoli (2002, p. 432) explica, ainda, que “a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições da prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta”. Portanto, para que possa ocorrer a aproximação entre o garantismo e a execução penal, a jurisdicionalidade deve igualmente promover a efetividade de todas as demais garantias do acusado.

6.7.1 A liberdade do indivíduo enquanto limite de atuação jurisdicional: a proporcionalidade como ferramenta de compatibilização entre o poder disciplinar e a dignidade concreta da pessoa presa

Luigi Ferrajoli (2002, p. 437) destaca que “o exercício do Poder Judiciário, seja nas suas funções judicante ou de postulação, incide sobre as liberdades do cidadão enquanto indivíduo”. Justamente por incidir no direito à liberdade, a atuação jurisdicional deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, o qual é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e impõe a realização de um juízo de ponderação entre o eventual dano decorrente da conduta proibida e a sanção porventura imposta.

Entre a pena e o delito não há uma relação natural, porém, ainda assim, “o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro” (Ferrajoli, 2002, p. 320). Quando da edição das normas e por exigência do quarto axioma do sistema de garantias – *nulla necessitas sine injuria* –, o legislador realiza uma primeira análise de proporcionalidade. Por conseguinte, ao se deparar com a análise do caso concreto e por exigência do sétimo axioma do sistema de garantias – *nulla culpa sine iudicio* –, o magistrado realiza uma nova análise de proporcionalidade.

Ocorre que, precisamente por não haver uma relação natural entre pena e delito, a atividade desempenhada pelo legislador e pelo magistrado de analisar a qualidade e a quantidade da pena deve ser balizada por critérios externos, consoante o entendimento de Luigi Ferrajoli (2002, p. 320):

Uma vez dissociada a qualidade da primeira da qualidade do segundo e reconhecida a inevitável heterogeneidade entre uma e outro, não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito. Disso resulta que o problema da justificação do tipo e da medida da pena aplicáveis em cada caso, da mesma forma que o dos limites máximos da pena, independentemente do delito cometido, é um problema moral e político, quer ‘dizer, exclusivamente de legitimação externa’.

A dignidade da pessoa humana é o principal critério externo de legitimação do direito penal e, também, da própria atuação jurisdicional. No âmbito das instituições prisionais, o poder disciplinar concede proeminência a ordem e a disciplina, bem como afronta a autonomia do indivíduo ao impor ou vedar comportamentos que não tutelam qualquer valor digno de proteção. O poder disciplinar, portanto, apenas busca atualizar o poder que a instituição prisional possui sobre os corpos da pessoa presa na medida em que deixa vivo a concepção de que se está à mercê dos mandos irracionais da instituição prisional. Não obstante, é a dignidade da pessoa humana que deve pautar a execução penal.

Embora já tenha atuado como um simulacro que possibilita a proteção de outros direitos diversos dos direitos das pessoas individualmente consideradas, não é possível prescindir dos direitos humanos porque a solução está nos próprios direitos humanos (Hinkelammert, 2002). As Declarações de Direitos Humanos publicadas no século XVIII concederam direitos às instituições e, agora, deve se conceder direitos às pessoas (Hinkelammert, 2002). O poder disciplinar deve, portanto, ser reorientado a partir da premissa de que a execução penal está a serviço da pessoa presa, não a pessoa presa que está a serviço da execução penal.

Surge, então, o seguinte questionamento: como a atuação jurisdicional pode ser compatibilizada com a necessidade de se considerar a dignidade concreta das pessoas presas durante o exercício do poder disciplinar? A compatibilização do poder disciplinar com a dignidade da pessoa presa pressupõe uma atuação multifacetada, porém parece ser imprescindível que as condutas identificadas pelo poder disciplinar que porventura possam repercutir na execução penal, indeferindo ou revogando direitos, sejam submetidas à apreciação do juiz da execução para que seja analisado se, no caso concreto, ocorreu a violação de algum valor que efetivamente é digno de reprovação e, ainda, se há proporcionalidade entre tal violação e a sanção que porventura será imposta.

A atuação jurisdicional deve ser pautada por tais premissas porque a dignidade da pessoa humana impõe o respeito à autonomia e à individualidade do indivíduo e, conseqüentemente, as manifestações da autonomia e da individualidade apenas podem ser sancionadas caso igualmente promovam a violação de algum valor digno de proteção penal. Apenas se a resposta a ambos os questionamentos for positiva – isto é, se for identificada a violação de algum valor digno de proteção e, ainda, se há proporcionalidade entre tal violação e a sanção porventura imposta – é que o juiz da execução poderá ultrapassar a referida fase preliminar e dar início a análise do caso que lhe é colocado à apreciação – notadamente, se é o caso de reconhecer ou não a prática de uma falta.

Para que os danos ocasionados pela execução penal possam verdadeiramente ser reduzidos, a dignidade da pessoa humana precisa ser invocada para sustentar a alegação de que as condutas que a princípio são sancionadas pelo poder disciplinar apenas podem repercutir no processo de execução penal propriamente dito caso ofendam ou coloquem em perigo algum bem jurídico digno de proteção, bem como caso haja proporcionalidade entre a ofensa constatada e a sanção a ser imposta. O princípio da dignidade, portanto, estabelece uma conexão com o princípio da proporcionalidade, possibilitando afastar a pretensão de sancionar condutas que não violem ou coloquem em risco bens jurídicos merecedores de proteção, ou que sejam punidas de forma desproporcional.

Do princípio da dignidade da pessoa humana extrai-se, sobretudo, que a autonomia da pessoa deve ser respeitada ao máximo e que apenas pode ser restringida quando a manifestação desta autonomia atingir algum valor que legitimamente precisa ser protegido. O princípio da proporcionalidade busca preservar a autonomia, logo pode ser entendido como um desdobramento da dignidade da pessoa humana. Justamente nesse sentido, Guillermo J. Yacobucci (2002, p. 338, tradução nossa) afirma que “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade operam dentro do sistema penal [...] relacionando as exigências do bem

comum político com a preservação dos âmbitos de autonomia e desenvolvimento individual das pessoas”.⁶⁵

Assim, da junção dos princípios da dignidade da pessoa presa e da proporcionalidade extrai-se que o ordenamento jurídico apenas pode impor ou proibir uma conduta caso tal conduta venha a violar um valor juridicamente relevante, bem como que a violação desse valor juridicamente relevante deve ser sancionada com proporcionalidade. Esta determinação orienta a aplicação do direito penal, porquanto em tal ramo é evidente que a sanção imposta – comumente, a pena de prisão – viola um dos direitos fundamentais mais caros à pessoa – no caso, o direito à liberdade. Não obstante, esta determinação permanece relativamente alheia ao direito administrativo penitenciário materializado através do poder disciplinar, porquanto tal ramo inicialmente aplica uma sanção administrativa e apenas subsidiariamente fundamenta decisões que revogam ou vedam a concessão de direitos que repercutem no direito de liberdade do agente.

Independentemente das discussões acerca da natureza da execução penal, a proporcionalidade igualmente deveria nortear o poder disciplinar, pois o art. 21 das Regras Mínimas Para o Tratamento do Preso no Brasil estabelece que as restrições porventura impostas com a finalidade de manter a ordem e a disciplina devem ser proporcionais e não podem extrapolar a medida necessária para resguardar a segurança e a boa organização da vida comum (Brasil, 1995). Porém, a proporcionalidade não é contemporaneamente observada no âmbito da execução penal, pois as limitações impostas através das faltas de natureza leve e média promovem uma intervenção injustificada na individualidade das pessoas presas e, por sua vez, os danos adjacentes ao reconhecimento de uma falta de natureza grave superam e muito os inexistentes ou quase inexistentes danos adjacentes ao fato que ensejou o reconhecimento de uma falta.

As faltas leves e médias impõe ou vedam às pessoas encarceradas a prática de comportamentos que não são impostos ou vedados às pessoas em sociedade e, portanto, injustificadamente promovem intervenções na autonomia do indivíduo. Acerca das incongruentes determinações impostas às pessoas presas, veja o que afirma Douglas Maranhão (2023, p. 47):

Firma-se o referido paradoxo pois o comportamento exigido do encarcerado através das diretivas disciplinares, por muitas vezes, não condiz com o mínimo que se exige

⁶⁵ Los principios de razonabilidad y proporcionalidad operan dentro del sistema penal [...] relacionando las exigencias del bien común político con la preservación de los ámbitos de autonomía y desarrollo individual de las personas.

para o convívio entre pessoas. Assim, por vezes, não se pode: falar em determinados ambientes; dirigir-se a algum funcionário; sorrir; impondo-se até mesmo a forma de andar. Esses comportamentos não estão em harmonia com a vida em sociedade.

Por sua vez, as faltas graves – que supostamente deveriam impor ou vedar a prática de condutas extremamente graves para a ordem e a disciplina – fazem com que os indivíduos encarcerados sejam sancionados com muita mais gravidade do que os indivíduos que se encontram em liberdade.

Um determinado indivíduo primário que é condenado a uma pena de 20 (vinte) anos de reclusão no regime inicialmente fechado em função de cinco roubos praticados em concurso material, por exemplo, precisaria cumprir com um total de 05 (cinco) anos para progredir para o regime semiaberto, sendo que, caso os roubos tenham sido praticados antes da vigência da Lei nº 14.843/24 (Brasil, 2024f), que restringiu a possibilidade de saídas temporárias para os crimes praticados com violência, este indivíduo começaria a gozar de saídas temporárias e, conseqüentemente, poderia voltar a ter contato com seus familiares e com o meio externo. Porém, o direito a saídas temporárias será revogado caso este indivíduo, por exemplo, ofenda a honra subjetiva de um policial penal e ocorra a homologação da falta grave prevista no art. 50, VI, da LEP – por inobservar a obrigação prevista no art. 39, II, da LEP de “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” (Brasil, 2024b). Com efeito, este indivíduo, caso tenha o total de 15 anos de pena remanescente, ainda precisará cumprir com um total de mais 3 anos e 09 meses no regime fechado para que possa progredir para o regime semiaberto e volte a gozar de saídas temporárias. Assim, o indivíduo que até então vinha tendo contatos pontuais com o meio externo retornará para um regime que não lhe permite ter qualquer tipo de contato com o meio externo e, como se não bastasse, precisará permanecer neste regime por mais 3 anos e 09 meses até que possa readquirir os direitos que detinha antes de ofender a honra subjetiva do policial penal. Incongruentemente, este mesmo fato – isto é, a ofensa à honra subjetiva de outrem – no máximo ensejaria a instauração de uma queixa-crime caso este indivíduo não estivesse em cumprimento de pena, sendo que ações penais de iniciativa privada não acarretam repercussões mais graves porque estão sujeitas aos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 (Brasil, 2021). Assim, as sanções impostas em virtude da ofensa a honra subjetiva considerada para reconhecer a falta grave prevista no art. 50, VI, da LEP (Brasil, 2024b) são desproporcionais.

Incongruências como as supracitadas poderiam ser evitadas caso o conflito carcerário supracitado passasse por uma análise prévia de um juízo de proporcionalidade, o qual analisaria: primeiro, se a conduta faltosa efetivamente violou um valor digno de proteção; segundo, se a

sanção que será imposta é, à luz do ordenamento jurídico como um todo, proporcional ao valor violado com a conduta faltosa. Através desse duplo juízo de proporcionalidade realizada pelo juiz da execução, a autonomia que é inerente à dignidade das pessoas seria preservada porque não se permitiria que condutas tão inexpressivas promovessem o cerceamento da autonomia que é intrínseca a sua dignidade e, conseqüentemente, de direitos adquiridos.

De acordo com Yacobucci (2002), para que a intervenção na esfera da autonomia privada atenda aos ditames da proporcionalidade, é preciso que a imposição ou a vedação da prática de uma conduta esteja prevista em uma lei, bem como que, durante o exercício da atividade jurisdicional, seja avaliado se aquela conduta abstratamente imposta ou vedada que poder vir a ser sancionada com a violação de direitos fundamentais efetivamente viola um valor digno de proteção. Nas palavras do próprio autor:

A função jurisdicional nesse controle pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está constitucionalmente justificada pela importância do bem perseguido e pela inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor afetação particular [...]. A primeira exigência nesse contexto é que as limitações tenham como fonte uma lei emanada do Poder Legislativo, utilizando, portanto, um critério restritivo ou estrito de legalidade, conforme a doutrina internacional sobre direitos humanos. A existência de uma lei em sentido estrito, na realidade, não passa de um primeiro degrau na legitimação das decisões, já que, a partir dela, deverão ser ponderados os motivos ou razões da ingerência no âmbito das pessoas. Essa avaliação, como já mencionado, é uma função própria dos juízes, pois cabe a eles considerar a razoabilidade, proporcionalidade, entre outros critérios, que justifiquem a incursão na intimidade individual. (Yacobucci, 2002, p. 339, tradução nossa).⁶⁶

Não basta que uma conduta seja imposta ou vedada através da ameaça da imposição de uma sanção prevista em lei, pois é preciso aferir se tal conduta violou um bem jurídico digno de proteção, sendo que, conforme anteriormente mencionado, a ordem e a disciplina não são valores dignos de proteção porque tutelam os interesses da instituição, não das pessoas na instituição. Conforme ressalta Yacobucci (2002, p. 340, tradução nossa), “o que hoje se denomina 'privacidade' e 'intimidade' aparece, em princípio, como inviolável, e toda

⁶⁶ La función jurisdiccional en ese control pondera si la decisión política o jurisdiccional en materia penal o procesal penal, restrictiva de derechos, está justificada constitucionalmente por la importancia del bien perseguido y la inexistencia, dentro de las circunstancias, de otra medida de menor afectación particular [...]. La primera exigencia en ese orden es que las limitaciones tengan por fuente una ley emanada del Poder Legislativo, utilizando por tanto un criterio restrictivo o estricto de ley conforme la doctrina internacional sobre derechos humanos. La existencia de una ley en sentido estricto en realidad no es más que un primer escalón en la legitimación de las decisiones, ya que a partir de este deberán ponderarse los motivos o razones de la injerencia en el ámbito de las personas. Esta evaluación, como se dijo ya, es una función propia de los jueces, ya que son estos los que deben considerar la razonabilidad, proporcionalidad, etc., que justifiquen la incursión en la intimidad individual.

intromissão nesse campo será de caráter excepcional, exigindo, além da existência de uma lei, a verificação de necessidades de comprovada relevância comunitária”.⁶⁷

As referidas proposições, embora cunhadas para o direito penal e processual penal, devem igualmente nortear a aplicação das sanções do poder disciplinar que transcendem a esfera do âmbito administrativo na medida em que prolongam o tempo em que a pessoa presa permanecerá no cárcere. Assim, para que a dignidade concreta da pessoa presa seja considerada no âmbito prisional, é preciso analisar se a conduta tida como faltosa efetivamente é lesiva e guarda proporcionalidade com a sanção que porventura será imposta, sendo que, caso a resposta seja negativa, tal conduta não pode repercutir no âmbito penal ou, se de baixa reprovabilidade, poderão, quando no muito, receber o tratamento que se destina aos crimes de menor potencial ofensivo.

Para tanto, os conflitos carcerários que transcendem o âmbito administrativo e podem prolongar o tempo do indivíduo no cárcere – ou seja, ao menos os conflitos que configuram faltas graves – precisam ser submetidos à apreciação do juízo da execução, o qual, antes de mais nada, identificará a existência da lesão alegada e aferirá se há proporcionalidade entre a conduta passível de ser sancionada e as repercussões engendradas com a homologação de uma falta de natureza grave. Esse procedimento deve ser adotado porque, na atividade jurisdicional, necessariamente “deve-se considerar se a medida aplicada não é excessiva para o fim perseguido” (Yacobucci, 2002, p. 345, tradução nossa).⁶⁸ A restrição da liberdade é a sanção legal mais grave prevista no ordenamento jurídico, portanto apenas pode ser imposta – quer seja diretamente, quando da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável; quer seja indiretamente, quando da prática de uma falta grave que posteriormente prolongará o tempo do indivíduo no cárcere – caso outras sanções – tais como as penas restritivas de direitos, do direito penal; e as administrativas, da execução penal – não forem suficientes para reprová-la conduta legalmente imposta ou vedada.

As condutas abstratamente previstas como faltas disciplinares normalmente não provocam lesões expressivas a qualquer bem digno de proteção e, portanto, se for verificada que uma falta grave concretamente considerada já foi suficientemente reprimida no âmbito administrativo pelo poder disciplinar, o Juiz da Execução pode utilizar o princípio da proporcionalidade para fundamentar a adoção de caminhos alternativos, que não a

⁶⁷ Lo que hoy se denomina ‘privacidad e ‘intimidad’, aparece por principio como inviolable y toda intromisión en esse campo será de carácter excepcional, excepcional, exigiendo, además de la existencia de una ley, la verificada concurrencia de necesidades de probada significación comunitaria.

⁶⁸ Se ha de considerar si la medida aplicada no resulta excesiva para el fin perseguido

homologação da falta grave que possibilitará o indeferimento ou a revogação dos direitos da execução. Em síntese, caso a conduta praticada intra muros do presídio não viole um valor digno de proteção ou possa ser beneficiada com alguma medida despenalizadora extra muros do presídio – tais como no caso dos crimes de menor potencial ofensivo, que são beneficiados com as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/90 (Brasil, 2021) –, a conduta praticada intra muros não pode ensejar a aplicação de uma sanção ou, quando no muito, poderá ensejar a aplicação de outras medidas que não repercutem no processo de execução.

Para que dignidade da pessoa presa seja resgatada no âmbito da execução, é preciso que os comportamentos exigidos e proibidos no ambiente prisional estejam em coerência com os comportamentos exigidos e proibidos na sociedade em geral. Inclusive, Douglas Maranhão (2023) apresenta um caso ocorrido em 2017 na Penitenciária Estadual de Londrina II que, embora tenha sido arquivado já no âmbito administrativo, coaduna com a proposta apresentada nesta pesquisa, notadamente com a proposta de que aquelas condutas que não violem um valor digno de proteção e que não são sancionadas na sociedade igualmente não podem ser sancionadas no âmbito administrativo.

Em apertada síntese, Douglas Maranhão (2023) relata que um preso em cumprimento de pena no regime fechado andava pela galeria quando se deparou com um grupo de estudantes de direitos e, dentre eles, com um amigo de infância que, também, era pastor de uma igreja que ele tinha o hábito de congregar. Tal preso, mesmo sabendo que as normas da unidade prisional vedam o contato com visitantes externos, não se conteve e foi ao encontro do amigo e pastor, momento em que se abraçaram e iniciaram um diálogo (Maranhão, 2023). Este caso foi comunicado ao Conselho Disciplinar, porém o preso não foi sancionado porque reconheceu-se que tal “conduta não era nada mais do que um ato corriqueiro e que orienta o bom convívio social entre pessoas que se conhecem, não sendo identificado nada naquela conduta que pudesse causar algum transtorno à ordem e à disciplina da unidade penitenciária” (Maranhão, 2023, p. 178). Com esse entendimento, o Conselho Disciplinar entendeu, em última instância, que a conduta de cumprimentar o amigo pastor não violou um valor digno de proteção e que, conseqüentemente, não era digno de reprovação.

É importante salientar, ainda, que os conflitos carcerários já são naturalmente submetidos a processos informais que podem obstaculizar, respectivamente, a instauração de um procedimento administrativo disciplinar ou a homologação de uma falta disciplinar. Os guardas efetuam um juízo de seletividade e decidem se vão levar ou não ao conhecimento da administração penitenciária uma determinada falta. Por conseguinte, caso a falta seja efetivamente noticiada, o Diretor pode determinar o arquivamento do comunicado interno caso

entenda que não há indícios suficientes de autoria.⁶⁹ Por fim, caso a pessoa presa seja condenada em razão da prática de uma falta grave, o Juiz da execução pode homologar ou não a falta grave em eventual audiência de justificação. Há, portanto, processos informais que podem obstaculizar o reconhecimento de uma infração disciplinar. Há certa discricionariedade nas referidas decisões, que necessariamente são tomadas pelos policiais penais, Diretores Prisionais e Juizes da Execução para que uma determinada conduta seja efetivamente incursionada em uma infração disciplinar. O que se sugere, portanto, é que aos processos informais seja agregado um processo formal que pode obstaculizar a homologação de uma falta, sobretudo, da de natureza grave.

Por fim, reitera-se que não há qualquer óbice formal com idoneidade para implementar tal proposta. Embora o art. 47, da LEP (Brasil, 2024b) estabeleça que o poder disciplinar deva ser exercido pelo diretor do estabelecimento prisional, o art. 5º, XXXV, CF (Brasil, 2024a) garante que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser afastada da apreciação do poder judiciário, portanto o juízo da execução deve ser instado a se manifestar sobre a pretensão de reconhecimento de uma falta grave.

Alguns juizes da execução promovem uma interpretação extensiva do art. 118, I, da LEP (Brasil, 2024b), analisando as condutas que a administração penitenciária indica como configuradoras de faltas graves. Contudo, tal análise não é indistintamente realizada por todos os juizes da execução e, além disso, normalmente restringe-se a acatar as decisões tomadas pela própria administração. Portanto, tal prática precisa ser institucionalizada e, ainda, é importante ocorrer uma análise prévia acerca da proporcionalidade em se sancionar a conduta que configurou a falta grave. Ademais, o art. 47, da LEP (Brasil, 2024b) prevê que disposições regulamentares discorrerão acerca do exercício do poder disciplinar e, portanto, basta que a LEP ou os regulamentos que porventura discorram acerca dos procedimentos que devem ser observados quando do julgamento de uma falta estabeleçam que o procedimento administrativo que conclua pela configuração de uma falta grave deve ser submetido à apreciação da autoridade judicial.

Enquanto a pena de prisão ainda é imprescindível para o sistema punitivo, é preciso, ao menos, ter a consciência de que a dignidade concreta da pessoa presa precisa ser considerada. Estando a execução fundamentada na dignidade concreta da pessoa humana, não é possível

⁶⁹ Art. 677, ReNP: O Diretor Geral, ao receber o comunicado interno, proferirá despacho motivado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas ou no máximo no primeiro dia útil subsequente em caso de feriado e/ou final de semana, determinando: I – O arquivamento, quando a conduta não estiver prevista como falta disciplinar ou quando não existir indícios suficientes de sua autoria (Minas Gerais, 2016).

admitir que normas que impõem ou vedam um determinado comportamento que não lesiona expressivamente um valor juridicamente relevante possam ocasionar repercussões tão gravosas às pessoas encarceradas. A dignidade concreta da pessoa humana exige que os mandados de comportamentos comissivos e omissivos sejam coerentes e, caso contrário, a violação de tais mandatos de comportamento tratam de um imperativo para reafirmar a dignidade perdida.

6.8 Do *nulla judicium sine accusatione* à separação das atividades desempenhadas pelos sujeitos processuais

O oitavo axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla judicium sine accusatione* (não há processo sem acusação), o qual recepciona o princípio acusatório ou o da separação entre o juiz e a acusação. Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 455), tal princípio

comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte - em posição de paridade com a defesa - consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado.

Os princípios e os institutos do direito processual penal, notadamente os afetos ao sistema acusatório, também podem contribuir com a limitação do poder de punir que se reverbera para a execução penal através do poder disciplinar. Embora tenha passado por sucessivas reformas, o atual Código de Processo Penal (CPP) (2024d) se inspirou em uma legislação de natureza inquisitorial – no caso, no Código Rocco italiano de 1930 e que vigorou durante a ditadura fascista de Benito Mussolini –, portanto apenas os princípios e institutos compatíveis com o sistema acusatório podem auxiliar na limitação do poder de punir que se reverbera para a execução penal.

O sistema acusatório é o único sistema processual compatível com o sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002). Tal “sistema processual deve atentar para a garantia da imparcialidade do julgador, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição” (Lopes Júnior, 2020, p. 58, livro eletrônico). Embora não se olvide que o processo penal efetivamente praticado está muito aquém daquele que verdadeiramente caracteriza o sistema acusatório, os princípios deste sistema devem igualmente nortear o processo de apuração de faltas, sendo que, para o oitavo

axioma, importa, sobretudo, a separação da atuação de cada um dos sujeitos processuais delineada pelo princípio acusatório.

O princípio acusatório determina que o juiz não deve arrogar para si a função da acusação, bem como é pressuposto de uma garantia prevista em outro axioma, no caso, a garantia de que a acusação é que deve se desincumbir do ônus de comprovar a sua acusação. No processo desenvolvido a partir de uma perspectiva acusatória, há um sujeito processual específico que é designado para fazer a acusação, sendo que este sujeito precisa se desincumbir do ônus de comprovar suas respectivas alegações para que a pretensão punitiva estatal possa ser julgada procedente.

De acordo com Aury Lopes Júnior (2020, p. 57, livro eletrônico), no sistema penal acusatório há a “clara distinção entre as atividades de acusar e julgar”, o que implica dizer que o Juiz deve manter-se “como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova”, bem como que “a iniciativa probatória deve ser das partes”. Não obstante, tal garantia, tão cara ao sistema acusatório, não é observada no processo de apuração de faltas porque o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa, a qual concentra as funções de acusar, produzir provas e julgar.

Quando ocorre a violação de alguma norma administrativa, é a própria administração penitenciária – normalmente, através de seus policiais penais porque são eles que lidam diretamente com as pessoas presas – que comunica a prática da falta e impulsiona o início do procedimento administrativo.⁷⁰ Portanto, é a própria administração penitenciária que acusa. Já na instrução propriamente dita, é a própria administração penitenciária – mais uma vez, através de seus policiais penais, porque os presos usualmente se negam a prestar declarações na medida em que podem prejudicar um colega ou, até mesmo, ajudar ou majorar os conflitos com algum desafeto – que, sobretudo, figura como testemunha. Portanto, é, também, a própria administração penitenciária que produz provas. Por fim, é a própria administração penitenciária, que julga, sendo que, no caso do Estado de Minas Gerais, por exemplo, o Conselho Disciplinar é presidido pelo Diretor da Unidade Prisional ou de seus Diretores Setoriais, bem como possui como membro votante servidores do próprio estabelecimento prisional, sendo, no mínimo, um representante da equipe de segurança e dois técnicos ligados

⁷⁰ O regulamento penitenciário mineiro expressamente atribui ao servidor a incumbência de formalizar e, consequentemente, de impulsionar o início do processo disciplinar. Nesse sentido, o art. 675, I, ReNP, estabelece que “o servidor que presenciar ou tiver ciência do cometimento de qualquer infração disciplinar deverá providenciar a formalização do comunicado com a descrição detalhada dos fatos, individualização dos envolvidos e rol de testemunhas” (Minas Gerais, 2016).

à Diretoria de Atendimento.⁷¹ Portanto, é a própria administração penitenciária que igualmente julga.

Diante deste cenário, constata-se que “no cotidiano carcerário, a Administração Penitenciária ostenta autêntico caráter de parte” (Roig, 2009, p. 16). Não obstante, Aury Lopes Júnior (2020, p. 58) afirma que “é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive”. Portanto, para reduzir a distância abissal existente entre a execução e o garantismo penal, é imprescindível haver a nítida separação entre os indivíduos que acusam e julgam, sendo que isso apenas acontecerá com a reorganização dos papéis que atualmente são desempenhados por cada um dos sujeitos envolvidos na execução.

Aos indivíduos que integram a administração penitenciária caberia a realização do trabalho investigativo que é usualmente desempenhado pelas polícias investigativas, isto é, pelas polícias civil e federal. Por sua vez, ao Ministério Público caberia analisar tudo quanto fora investigado e, se for o caso, representar pelo reconhecimento da falta grave. Por fim, ao Juiz caberia julgar, dentro de um procedimento cujo rito observe todos os demais direitos e garantias do acusado, a procedência ou improcedência da representação ministerial.

Registra-se, ainda, que oitavo axioma, além de garantir a separação funcional e objetiva entre os indivíduos responsáveis por julgar e acusar, igualmente corresponde a uma “garantia processual ao imputado da contestação de uma acusação determinada como ato prejudicial (prévio) e delimitador do juízo” (Ferrajoli, 2002, p. 485). Em linhas gerais, essa garantia, que igualmente precisa ser incorporada no processo de apuração das faltas disciplinares, indica que a acusação deve ser precisa e fundamentada, bem como que o acusado deve ter conhecimento de tudo quanto lhe é imputado para que lhe seja assegurada a oportunidade de refutar integralmente todas as acusações formuladas em seu desfavor (Ferrajoli, 2002).

⁷¹ Art. 99, ReNP: O Conselho Disciplinar é composto por, no mínimo, 06 (seis) titulares, capazes e experientes, a saber: I – Presidente: representado pelo Diretor Geral da Unidade Prisional, que poderá delegar a função a um dos Diretores Setoriais; II – Secretário: representado por servidor qualificado para exercer o secretariado junto ao Conselho Disciplinar; e III – Defesa: representada pela Defensoria Pública ou por Advogado constituído ou, na ausência ou inexistência destes, pelo Analista Executivo de Defesa Social/Analista Técnico Jurídico – ANEDS/ATJ, observados os limites legais de exercício da função previstos neste Regulamento, sem, contudo, deixar de contribuir eficientemente para a justa classificação da falta disciplinar. IV – Membros votantes: a) 1 representante da equipe de segurança; e b) 2 técnicos ligados a Diretoria de Atendimento. § 1º Serão no mínimo 03 (três) membros votantes, mantendo-se, para todos os efeitos, a composição ímpar, recomendada a alternância destes membros a cada 06 (seis) meses. § 2º Ao Presidente do Conselho Disciplinar não será permitido votar (Minas Gerais, 2016).

6.9 Do *nulla accusatio sine probatione* ao efetivo desempenho do ônus da acusação de comprovar suas alegações

O nono axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova), o qual recepciona o princípio do ônus da prova ou da verificação. De tal axioma, extrai-se que a pretensa verdade relativa ou formal perseguida pelo método acusatório “é adquirida [...] como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro” (Ferrajoli, 2002, p. 488).

A acusação realiza um primeiro movimento ao apresentar uma acusação fundamentada e, posteriormente, a defesa realiza um segundo movimento ao falsificar a acusação que lhe é imputada. Ambas as partes – acusação e defesa – precisam livremente apresentar seus respectivos pontos de vista, os quais, justamente por serem naturalmente contrastantes, conduzirão a melhor solução para o caso concreto.

Em função da rígida separação das funções desempenhadas por cada um dos atores processuais, o garantismo exige que apenas o sujeito investido da função de acusar – no caso, o Ministério Público – deve se desincumbir do ônus de comprovar suas respectivas acusações. Conforme destaca Luigi Ferrajoli (2002, p. 488), “sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”. A inocência é sempre presumida, portanto a acusação, por querer relativizar uma presunção, necessariamente precisará pessoalmente cumprir com o encargo de apresentar os elementos que fundamentam sua pretensão. Tal ônus não pode ser imputado ao acusado, “a quem compete o contraposto direito de contestação” e, tampouco, ao magistrado, “que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas” (Ferrajoli, 2002, p. 488).

Não obstante, conforme demonstrado quando da análise do oitavo axioma, a administração pública igualmente concentra as atividades de produzir provas, acusar e julgar. Aquele que igualmente concentra todas estas atividades naturalmente não está aberto para ouvir aquilo que é apresentado para refutar suas acusações, esvaziando por completo a garantia do nono axioma. Portanto, a efetiva jurisdicionalização da execução penal com a atribuição do ônus probatório a um sujeito que é destacado para promover a acusação, igualmente é pressuposto para diminuir a distância abissal existente entre a execução e o garantismo penal.

A acusação, deve desincumbir do ônus de efetivamente comprovar suas alegações. Luigi Ferrajoli (2002) destaca que, para uma determinada tradição escolásticas, havia três modalidades de provas, a saber, as confissões, os testemunhos e os documentos. Ademais, Luigi

Ferrajoli (2002, p. 489) pondera que é possível “conservar a tripartição das provas em confissões, testemunhos e documentos se incluirmos nos testemunhos também as perícias, os reconhecimentos e as acareações, e nos documentos qualquer depoimento, mesmo não escrito, que seja dotado de força indutiva”.

Não obstante, os procedimentos administrativos disciplinares giram em torno, sobretudo, de provas testemunhais, as quais, no ambiente prisional, são influenciadas por uma série de fatores externos ao fato julgado. Portanto, a aproximação entre o garantismo e a execução penal deve igualmente primar pela melhoria da qualidade da prova.

6.10 Do *nulla probatio sine defensione* à efetiva implementação do contraditório e da ampla defesa

O décimo axioma do sistema de garantias apresentado por Luigi Ferrajoli (2002) é o *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem ampla defesa), o qual recepciona o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

No sistema inquisitorial, o acusado era tratado como um objeto na medida em que era concebido como um mero instrumento que deveria ser violentamente manejado até o momento em que fornecesse a confissão necessária para subsidiar a condenação. O processo de desumanização ao qual era submetido aquele que era acusado da prática de um crime e inserido nos ritos do sistema inquisitorial é descrito, por Helio Tornaghi (1987, p. 3), da seguinte forma:

Depois de ter sido tratado no Direito Grego e Romano como pessoa, sujeito de direitos, o acusado, por influência dos costumes bárbaros, passou a ser visto como simples coisa, mero objeto do processo. Arrancado do lar sem qualquer explicação, era levado a uma enxovia que, dali por diante, iria ser o esquite de suas aspirações e o tumulto de seus anseios. Sonhos que sonhara, projetos que concebera, desejos que acalentara, tudo ali encontrava o termo final. O aconchego familiar desaparecia. E se ele saía da masmorra em que definhava era para ser conduzido à presença de um juiz que lhe fazia perguntas vagas sobre fatos que nem sempre conhecia. Não alcançando o objetivo das indagações e a correlação entre elas, era levado a responder ao que sabia e ao que ignorava. Ainda quando dissesse a verdade, não se livrava da acusação de estar mentindo ou de haver caído em contradição. Se respondia com firmeza era tachado de audacioso e petulante; se tremia era tido com delinquente confesso. Essa interposição de suas atitudes ainda mais contribuía para aumentar-lhe a confusão, perturbando-lhe a mente já cansada pelo número e pela diversidade das perguntas que se sucediam em atropelo. A partir daí, já não se lembravam nem do que havia dito nem do que realmente acontecera. E fraquejava, cedia ao pavor. Passava a negar a verdade, entrava pelo reino da fantasia e da imaginação. Ou emudecia. Uma só preocupação o dominava: dizer o que o juiz quisesse ouvir e livrar-se daquela tortura. Deslembrado do que já havia dito, temia expor-se ao perigo de contradizer-se. Percebia que à medida em que o interrogatório se prolongava, mais crescia a prevenção do julgador e aumentava o perigo de ser condenado. Ao fim da inquirição, que antes parecia um entrevero do que um ato processo, era mandado apodrecer no fundo de um calabouço escuro e sufocado. Só o tiravam dali para acará-lo com

peças que ele nem sempre tinha visto e cujos depoimentos não lhe eram mencionados. E não se havia manifestado o ter da acusação. Se o que os algozes desejavam era uma confissão, ele terminava por fazê-la, verdadeira ou falsa, contando que se libertasse daquele tormento e ainda que a admissão da culpa lhe pudesse trazer uma condenação à morte. Morte aliás redentora, que o libertava de um processo iníquo e de um juiz verdugo.

No sistema inquisitivo, o acusado não era concebido como sujeito de direitos, pois sequer tinha conhecimento do que exatamente lhe era imputado e, ao contrário, era submetido a um sofrimento profundo para fornecer aquilo que o juiz desejava, ou seja, a confissão. O acusado não tinha a oportunidade de conhecer as provas que eventualmente existissem em seu desfavor, sendo que a única prova que podia produzir era a confissão, a qual militava contra ele.

Já no sistema acusatório, o acusado possui o direito de falsificar a hipótese apresentada pela acusação e, para tanto, pode se valer de todos os meios que eventualmente repute como necessários para o exercício de sua defesa. Conforme ressalta Luigi Ferrajoli (20002, p. 490),

a defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

No garantismo penal, o acusado não pode ser tratado como um mero objeto sobre o qual recai a atuação dos demais sujeitos processuais, pois ele possui o direito de se defender de tudo quanto a ele é imputado. Não obstante, as premissas que fundamentam o décimo axioma igualmente são corriqueiramente violadas no âmbito da execução penal, notadamente porque o indivíduo acusado da prática de uma falta grave não possui condições para contestar livremente aquilo que lhe é imputado e, tampouco, de produzir todos os meios necessários para refutar a acusação.

O exercício da ampla defesa e do contraditório pressupõe a efetiva intervenção do acusado ou, ao menos, de seu constituinte, portanto qualquer prática que porventura exclua o acusado ou o seu defensor do debate são incompatíveis com o sistema de garantias. Contudo, a dinâmica penitenciária é regida por procedimentos que necessariamente promovem a exclusão do acusado e de seu defensor dos debates realizados.

O art. 690, do ReNP, por exemplo, prevê que a pessoa presa e o advogado devem ser retirados da sala para que o Conselho delibere reservadamente acerca da absolvição ou

condenação do acusado, concedendo um tratamento distinto às partes (Minas Gerais, 2016).⁷² Nem mesmo o rito do Tribunal do Júri pode socorrer tal norma porque, em tal rito, os jurados que julgam o acusado permanecem incomunicáveis e votam de forma sigilosa, tudo isso acompanhado pelo advogado do acusado que igualmente permanece em uma sala reservada. Na execução penal, os membros do Conselho podem influenciar os votos um dos outros – diretamente, porque não permanecem incomunicáveis; ou indiretamente, porque a votação não é sigilosa –, bem como tudo isso ocorre sem a presença do advogado. Os membros votantes têm, portanto, plenas condições de influenciar a decisão uns dos outros. Assim, normas como a prevista no art. 690 do ReNP excluem o acusado e seu defensor do debate e, portanto, são incompatíveis com a pretensão de aproximar a execução e o garantismo penal.

Luigi Ferrajoli pondera que o exercício da ampla defesa e do contraditório pressupõe a criação de meios que garanta a paridade de armas e, ainda, a efetivação em todas as fases do processo. Nesses termos, veja o que afirma o autor:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações. (Ferrajoli, 2002, p. 490).

Para criar-se o cenário necessário para o exercício da ampla defesa e do contraditório, é imprescindível que “o imputado seja assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público” (Ferrajoli, 2002, p. 490). Não obstante, nos termos da Tese 941 do STF,⁷³ a presença do advogado não é obrigatória no âmbito dos procedimentos administrativos disciplinares. Ocorre que a prescindibilidade da presença do advogado esvazia completamente a efetiva possibilidade de produção de provas, notadamente porque é a defesa técnica que terá o discernimento para indicar quais são as provas necessárias para a instrumentalização da defesa.

É importante salientar, ainda, que o contraditório e a ampla defesa dificilmente poderão ser implementados em um procedimento administrativo similar ao que hoje promove o

⁷² Art. 690, ReNP: Após ouvir a descrição dos fatos, o preso e a defesa serão retirados da sala, e os membros votantes do Conselho decidirão em votação reservada por maioria simples pela absolvição ou condenação do acusado (Minas Gerais, 2016).

⁷³ Tema 941 - Possibilidade de afastar-se o prévio procedimento administrativo disciplinar – PAD, ou suprir sua eventual deficiência técnica, na hipótese de oitiva do condenado em audiência de justificação no juízo da execução penal, realizada na presença do ministério público ou defensor (Brasil, 2020).

juízo das faltas graves. Diante desse panorama, Douglas Maranhão (2023, p. 142) defende que os procedimentos que regulamentam os processos administrativos devem ser observados durante os processos administrativos disciplinares desenvolvidos no âmbito da execução penal. Nesses termos, veja:

Não obstante a incipiência dos dispositivos em análise, tem-se que se pensar que o desenrolar do processo administrativo deve se dar estritamente nos termos da lei e, por conta disso, deve-se socorrer das legislações e princípios atinentes ao processo administrativo disciplinar, como já referido nesta obra.

Nesta trilha, pode-se pensar em um panorama da seguinte forma: uma fase de investigação - momento este de identificar indícios mínimos da autoria e materialidade infracional para fins de instauração do processo administrativo disciplinar; uma fase de persecução - momento de instrução do processo, durante o qual seriam respeitados todos os direitos e as garantias inerentes aos Processos Administrativos Disciplinares; e, por fim, a fase da execução da sanção aplicada. Ou seja, pode-se reproduzir o desenvolvimento análogo às fases investigativa, judicial e executória que envolvem qualquer infração penal.

Faz-se alusão à citada analogia procedimental, uma vez que a severidade de uma sanção administrativa poderia causar prejuízos de igual monta ou até mesmo superiores ao sancionamento feito pelo juízo penal, permitindo assim que a maturidade de alguns posicionamentos seja encampada no processo administrativo. (Maranhão, 2023, p. 142).

Porém, o ideal seria que as pessoas acusadas da prática de uma falta grave fossem julgadas através de um rito similar ao rito previsto para o procedimento comum ordinário. As pessoas acusadas das práticas de sanções disciplinares devem ter a oportunidade de se valer de todos os meios possíveis em suas respectivas defesas, sendo que a existência de um procedimento administrativo preparatório e de um procedimento judicial posterior, tal como é feito durante o decorrer da persecução penal propriamente dita, parece ser imprescindível para garantir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso, inclusive, é defendido por Rodrigo Duque Estrada Roig (2009, p. 16-17):

[...] um novo procedimento deveria ser adotado no julgamento das faltas disciplinares, notadamente as graves. Assim posto, após a conclusão do inquérito disciplinar, com a colheita probatória preliminar, os diretores dos estabelecimentos penais remeteriam os procedimentos aos Juízos das Varas de Execução Penais dos Estados, para que estes, após a respostas preliminar do acusado, procedessem à análise da viabilidade da instauração do processo disciplinar. (Roig, 2009, p. 16-17).

Portanto, para se reduzir a distância abissal existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal, é imprescindível que ocorra a adoção de um rito compatível com o rito comum ordinário propriamente dito, porquanto tal rito é o único com idoneidade garantir o contraditório e a ampla defesa.

7 AS PROPOSTAS DE REDUÇÃO DE DANOS E A SUPERAÇÃO DA PENA DE PRISÃO

A mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal pode limitar expressivamente o poder punitivo que se estende através do poder disciplinar para a execução penal. Essa proposta integra o rol de iniciativas que buscam reduzir os danos ocasionados pelo poder punitivo e não pode ser equiparada às demais propostas meramente reformistas, as quais visam reformar a pena de prisão para supostamente aperfeiçoá-la e garantir a sua incolumidade no posto de principal pena do sistema de punição vigente.

Enquanto as propostas meramente reformistas buscam preservar a pena de prisão para garantir a manutenção de um sistema punitivo que consegue reproduzir desigualdades em virtude da existência do aparato prisional, a mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal pode ser entendida como uma das etapas de um projeto maior, no caso, do projeto de superação de um sistema punitivo seletivo e estigmatizante estruturado a partir da pena de prisão. A pena de prisão é um instrumento que, a um só tempo, promove e aprofunda as desigualdades existentes na sociedade. Assim, apenas a superação da pena de prisão pode alterar o *status quo* e a incorporação, na execução, das proposições apresentadas pelo garantismo penal pode fornecer contribuições significativas para este propósito.

Portanto, uma vez demonstrado que o garantismo pode limitar o poder punitivo que se manifesta na execução penal através do poder disciplinar, é necessário distinguir tal proposta das demais que apenas visam reformar a pena privativa de liberdade e, ainda, situá-la no caminho que necessariamente precisa ser trilhado para se perseguir o objetivo final, que, no caso, é a superação da própria prisão. A compreensão desta distinção e do que ela representa é fundamental para sustentar a afirmação de que a mitigação dos danos causados pelo poder disciplinar, por meio do garantismo penal, não representa um fim em si mesma, mas um passo imprescindível rumo à construção de um modelo de justiça emancipatório e desvinculado da lógica punitivista.

7.1 A natureza das proposições embasadas no garantismo penal e o papel que desempenham no processo de superação da pena de prisão

De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade (2012), o direito penal é extremamente violento e encontra-se em crise porque não cumpre com as funções oficiais que a ele foram

designadas, de modo que os esforços da política criminal contemporânea se encontram voltados para fornecer respostas para esta crise. Ainda de acordo com Andrade (2012), os modelos efficientistas, minimalistas e abolicionistas enfrentam a crise do direito penal de maneiras distintas, porém tais modelos podem ser agregados em dois grandes eixos, no caso, em eixos que promovem a continuidade ou a descontinuidade do sistema penal atualmente vigente.

Os movimentos efficientistas, minimalistas e abolicionistas são múltiplos, de modo que é possível encontrar as mais diversas propostas que são enquadradas em suas respectivas bandeiras. Não obstante, embora deem guarita para inúmeras propostas, as bandeiras que genericamente são carregadas por tais movimentos são as seguintes:

o **abolicionismo** protagoniza em diferentes intensidades e mediações abolições punitivas e sua substituição por formas alternativas de resolução de conflitos, o **minimalismo** defende, associado ou não à utopia abolicionista, sua máxima contração, o **efficientismo**, negando a deslegitimação em nome de outra hermenêutica da crise, sustenta a maximização do controle penal. (Andrade, 2012, p. 286).

Os abolicionismos e os minimalismos partem da premissa de que a crise do sistema penal não é uma condição passageira, mas intrínseca ao próprio sistema punitivo fundamentado na pena de prisão. Os abolicionismos e os minimalismos, portanto, “instauram [...] um eixo de descontinuidade a partir de uma leitura da crise como crise estrutural de legitimidade” (Andrade, 2012, p. 286-287). Por sua vez, os efficientismos partem da premissa de que o sistema penal se encontra temporariamente em crise porque não está atuando de modo eficiente, vale dizer, da forma que deveria atuar. Os efficientismos, portanto, “instaura[m] um eixo de continuidade a partir de uma leitura da crise como crise conjuntural de eficiência” (Andrade, 2012, p. 286-287).

O senso comum é regido pela crença “de que abolicionismo e minimalismo são posturas antagônicas, razão pela qual a visão é de que é preciso tomar posição por um ou por outro, na forma de uma bipolaridade excludente” (Andrade, 2012, p. 299). Não obstante, a resposta para a crise do direito penal encontra-se nos movimentos de descontinuidade, os quais contrapõe-se aos movimentos de continuidade que efetivamente colonizam a política criminal contemporânea, no caso, os movimentos efficientistas. Isso é o que defende Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 270):

o que está em curso na era da globalização neoliberal não é a hegemonia de práticas minimalistas e abolicionistas, mas a mais gigantesca expansão e relegitimação do sistema penal, orquestrada pelo efficientismo penal (ou ‘Lei e Ordem’) a partir de uma leitura da crise do sistema como crise conjuntural de eficiência. (Andrade, 2012, p. 270).

O minimalismo e o abolicionismo igualmente têm consciência de que o sistema punitivo vigente é extremamente nocivo para as vidas daqueles que porventura são selecionados, portanto almejam, respectivamente, contrair e superar o sistema penal. Assim, “o impasse ou o dilema do nosso tempo não é a escolha entre minimalismo e abolicionismo, mas a concorrência absolutamente desleal entre a totalizadora colonização do eficientismo” (Andrade, 2012, p. 299). O eficientismo é o principal algoz de ambos os movimentos deslegitimantes por sustentar que o sistema penal está em crise porque não é suficientemente eficiente, bem como por sugerir que, para melhorar o déficit de eficiência, é preciso aumentar a repressão e, por via reflexa, o tamanho do sistema penal. O minimalismo e o abolicionismo não desejam majorar o tamanho do sistema penal e, na realidade, desejam promover alterações estruturais, portanto ambos, cada um à sua maneira, podem fornecer contribuições expressivas para a superação do sistema punitivo vigente. É o que defende Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 299):

Com efeito, se do ponto de vista da ordem vigente a continuidade do gigante punitivo é um imperativo, do ponto de vista da dignidade, dos direitos humanos e da própria salvação de vidas humanas despedaçadas, a descontinuidade é que é um imperativo. A saída do impasse com dignidade humana e funcionalidade criminológica crítica passa fundamentalmente - e esta é uma propositura - por um pacto político-criminal de descontinuidade, fundado na aliança abolicionismo-minimalismo-garantismo, mais especificamente no abolicionismo como utopia e no minimalismo-garantismo como metodologia (utopia abolicionista com metodologia minimalista-garantista).

Não há qualquer impasse intransponível entre o garantismo e o abolicionismo. Conforme destaca Andrade (2012, p. 269-270), “abolicionismos e minimalismos oferecem ferramentas de trabalho convergentes e precisíssimas para serem apropriadas cotidianamente na prática do sistema”. O minimalismo forneceria uma série de protocolos que prontamente podem ser implementados para minorar a utilização da pena de prisão e, por sua vez, o abolicionismo forneceria o objetivo que deve permanecer no horizonte enquanto tais protocolos são implementados, sendo que este objetivo é, sobretudo, a superação de um sistema punitivo vinculado a pena de prisão.

É importante salientar, ainda, que Vera Regina Pereira de Andrade (2012) distingue os minimalismos que podem contribuir para com a superação da pena de prisão, bem como inadvertidamente enquadra o sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) no rol de minimalismos que supostamente não poderiam contribuir para com a superação da pena de prisão. Para a autora, os minimalismos que podem contribuir com a abolição da pena de prisão seriam os minimalismos que “partindo da aceitação da deslegitimação do sistema penal concebida como uma crise estrutural irreversível, assumem a razão e a utopia abolicionistas

porque não veem possibilidade de relegitimação do sistema penal, nem no presente, nem no futuro” (Andrade, 2012, p. 265). Esses seriam os minimalismos como meio para o abolicionismo. Por outro lado, para a autora, os minimalismos que não podem contribuir para com a abolição da pena de prisão seriam os minimalismos que, embora partam da deslegitimação do sistema penal, acreditam que o sistema penal possa ser relegitimado (Andrade, 2012). Esses seriam os minimalismos como fim em si mesmo, rol no qual o garantismo penal supostamente estaria inserido. O referido posicionamento pode ser extraído do seguinte trecho da obra de Andrade (2012, p. 268):

O modelo minimalista denominado ‘garantismo’ de Luigi Ferrajoli, representativo da segunda linha enunciada e exposto em seu clássico ‘Direito e Razão’, parte da deslegitimação do sistema penal, mas acreditando que ele possa ser relegitimado, o minimalismo é apresentado como fim em si mesmo - um Direito penal mínimo para uma sociedade futura.

Enquanto o abolicionismo põe em relevo os custos do sistema penal, o Direito penal mínimo de Ferrajoli centra-se nos custos potenciais de uma anarquia punitiva, sustentando que o Direito penal mínimo estaria legitimado pela necessidade de proteger, a um só tempo, as garantias dos ‘desviantes’ e dos ‘não desviantes’.

O garantismo efetivamente pode ser categorizado como um modelo teórico minimalista. Nesse sentido, Adrian Barbosa e Silva (2019, p. 157) destaca que “o modelo político-criminal decorrente da perspectiva garantista não apenas é reflexo do minimalismo como a ele mesmo se confunde”. No entanto, diferentemente do que fora sustentado por Andrade (2002), o garantismo definitivamente não pode ser considerado um minimalismo meramente reformista.

A proposta de incorporar, no âmbito do poder disciplinar, os instrumentos de limitação do poder punitivo sistematizados pelo garantismo penal não pode ser equiparada às propostas meramente reformistas. As propostas meramente reformistas buscam conformar a prisão com os princípios orientadores das boas condições carcerárias, os quais supostamente deveriam garantir o êxito do projeto técnico corretivo da pena de prisão. Por sua vez, o diálogo entre o garantismo e a execução penal não busca conformar a prisão com os princípios orientadores das boas condições carcerárias, mas busca conformar a atuação do poder punitivo que se desenvolve no âmbito da execução penal.

Conforme destaca Michel Foucault (2014), as boas condições carcerárias são orientadas pelo princípio da correção, o qual indica que a prisão precisa promover a transformação do comportamento do indivíduo. Porém, o garantismo rechaça veementemente os escopos correcionalistas, sobretudo por entender que tais escopos violam a individualidade cujo respeito é imposto pelo principal elemento externo de legitimação do direito penal – no caso, a dignidade

da pessoa humana (Ferrajoli, 2002). Conforme ainda destaca Michel Foucault (2014), as boas condições carcerárias também são orientadas pelo princípio da modulação das penas, o qual indica que os progressos e as recaídas da pessoa presa têm o condão de modificar a qualidade e a quantidade da pena imposta. Porém, o garantismo igualmente rechaça veementemente a possibilidade de se considerar o comportamento da pessoa presa para alterar de forma quantitativa e qualitativa a pena imposta e, inclusive, equipara a atuação dos juízes que assim procedem à atuação daqueles que aplicavam as penas de suplício na era pré-moderna (Ferrajoli, 2002).

No âmbito da execução penal, o compromisso do garantismo não é com os princípios que supostamente garantiriam o êxito da prisão, mas com a limitação da selvageria que de forma institucionalizada é praticada pelo poder punitivo para supostamente perseguir a correção do indivíduo, bem como em reduzir ao máximo o uso da prisão para que posteriormente uma sanção menos aflitiva possa substituí-la. Assim, a incorporação dos instrumentos de limitação do poder punitivo sistematizados pelo garantismo penal constitui uma etapa significativa no processo de superação da própria pena de prisão.

Há inúmeros movimentos abolicionistas, os quais não entram em consenso acerca de qual modelo de resolução de conflitos deveria passar a ser utilizado para solucionar os conflitos de natureza penal. Porém, independentemente dos referidos conflitos serem solucionados por um modelo penal ou alternativo ao modelo penal, o ponto de intersecção entre os múltiplos movimentos abolicionistas parece ser que o abolicionismo necessariamente parte da abolição da própria pena de prisão.

Não se olvida que Louk Hulsman (1993), um dos maiores expoentes do movimento abolicionista, defendia a abolição de todo o aparato que compõe o sistema penal, porém a coluna dorsal do sistema penal é a pena de prisão, portanto o projeto abolicionista não pode ser engendrado sem que antes se combata a própria pena de prisão. A prova de que a superação da pena de prisão ocupa um papel central em tal modelo é evidenciado quando Andrade (2012, p. 263) indica que o abolicionismo trata de “desconstruir toda uma gramática própria da discursividade penal e, sem reticências, de abolir a instituição da prisão, substituindo-a, no próprio processo de transformação cultural e institucional, por outras formas de controle”. Partindo desta premissa – qual seja, a de que o abolicionismo necessariamente parte da abolição da pena de prisão – não é possível inserir o garantismo penal em nenhum outro rol senão no dos movimentos que deslegitimam o poder punitivo vigente.

Em *Direito e razão*, Luigi Ferrajoli (2002) já denunciava todos os dissabores adjacentes a pena de prisão, bem como defendia que era necessário substituir ou, ao menos, contrair ao

máximo a utilização da pena de prisão. Na referida obra, o autor pondera que a abolição da pena de prisão não podia se confundir com a abolição da pena, bem como destaca que a pena de prisão devia ser superada porque é lesiva para a dignidade das pessoas e que, em sua substituição, deve ocorrer a aplicação de uma pena menos aflitiva. Portanto, a despeito de reconhecer que o direito penal ainda é necessário para a resolução de conflitos de natureza penal, Luigi Ferrajoli (2002) igualmente defende a necessidade da abolição da pena de prisão. Isso é o que se depreende do seguinte trecho extraído de *Direito e razão*:

A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja. É, talvez, supérfluo lembrar depois do que se disse nos parágrafos 18.1 e 25, que o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena: este, de fato, quaisquer que sejam as ilusões dos seus defensores, corresponde a um programa de direito penal máximo, selvagem e/ou disciplinar; aquele, ao contrário, corresponde a um programa de direito penal mínimo, orientado à mitigação e à humanização da sanção punitiva. Inclusive admitindo que se algum dia, numa hipotética e improvável sociedade perfeita, deixarem de ter sentido os delitos e as vinganças, a pena deveria conservar-se como medida sancionadora mínima e exclusiva, para o único caso de que um delito provocasse alguma reação de caráter aflitivo. Por isso, qualquer estratégia de humanização das penas supõe, com a abolição das que em cada momento se manifestem intoleráveis para a consciência cívica, a defesa da forma legal da pena. Daqui segue-se que qualquer campanha pela supressão da prisão não pode mais do que ser distorcida, mal-entendida e obstaculizada, se é confundida com as orientações ideológicas que propugnam a abolição da pena e do direito penal enquanto tais e omite-se a indicação dos tipos de pena, menos aflitivos mas não menos eficazes, com certeza aptos para substituir a pena privativa de liberdade. (Ferrajoli, 2002, p. 331-332).

Ao analisar o mesmo trecho de *Direito e razão* citado anteriormente, Adrian Barbosa e Silva (2019) chega à mesma conclusão apresentada neste trabalho, pois indica que Ferrajoli concebe a prisão como uma instituição desprovida de sentido, bem como que Ferrajoli propõe a superação da prisão e pondera que, enquanto isso não for possível, deve ocorrer a drástica redução do uso da prisão através da alteração de seu tempo de duração. Nesse sentido, veja:

Além da constatação histórica de que a pena sequer possa ser considerada um instituto interessante do ponto de vista de efetivo cumprimento daqueles objetivos condizentes com uma perspectiva de direito penal mínimo, Ferrajoli irá tensionar a crítica - indo muito além de seu revestimento de legalidade e conformação com os direitos humanos - e assumir taxativamente a carência de sentido e natureza patológica circunstanciadas naquela instituição total: 'a prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva'. Tal afirmação permite concluir que a pena por si só produz altíssimos custos de sofrimento que sequer são recompensados com sua aplicação - cabendo, a longo prazo, a sua superação (abolição) e, a curto prazo, a sua drástica redução, da duração mínima e máxima; defendendo-se uma urgente reforma penal que atenda a este fim. (Barbosa e Silva, 2019, p. 160).

Ferrajoli (2002) sempre se mostrou cético quanto à possibilidade de a pena de prisão ser conformada ao direito de modo a criar condições adequadas para a execução da pena, capazes de suprimir os efeitos criminógenos do cárcere. Portanto, já em *Direito e razão*, Ferrajoli (2002, p. 319) afirmou que, ainda que o cárcere assumisse o compromisso de não perverter a pessoa presa e, para tanto, conseguisse criar condições ótimas de cumprimento da pena, “é provável que tudo isso, ainda que necessário, resulte insuficiente para impedir a função perversa e criminógena do cárcere: e isto [...] é um dos argumentos mais consistentes em favor da abolição da pena privativa de liberdade”. Assim, embora Andrade (2012) tenha sustentado que o garantismo contribui para a relegitimação do sistema penal, as proposições apresentadas por Luigi Ferrajoli (2002) em *Direito e razão* estão comprometidas com a deslegitimação do poder punitivo e podem, sim, ser situadas como um caminho para a superação da pena de prisão, especialmente porque se fundamentam na premissa de que essa superação é necessária.

Ademais, mais uma vez registra-se que Luigi Ferrajoli (2019), já em *Jurisdicción y ejecución penal*, defende abertamente que a política liberal atual deveria ter a coragem de “assumir como perspectiva de longo prazo a progressiva superação da prisão e, enquanto isso, desvincular a prisão de seu atual papel de pena principal e paradigmática”.⁷⁴ Portanto, se é que as proposições apresentadas em *Direito e razão* possam ser qualificadas como ambíguas, as proposições apresentadas em *Jurisdicción y ejecución penal* não deixam dúvidas e possibilitam inserir a construção teórica de Luigi Ferrajoli (2002; 2019) no rol de propostas que podem auxiliar na abolição da própria pena de prisão.

O modelo teórico minimalista de controle do arbítrio legislativo e judiciário é uma ferramenta que auxilia os objetivos perseguidos pela crítica criminológica. O sistema penal garantista tece uma série de críticas às ciências criminais e, conseqüentemente, “também é ferramenta crítica da qual a teoria criminológica problematizadora fará uso – a partir de sua programação minimalista e contestatória das agências do sistema penal, processos de criminalização, estigmatização, controle social excludente etc” (Barbosa e Silva, 2019, p. 157). Ademais, no âmbito da execução penal propriamente dita, o sistema penal garantista insurge-se contra as propostas pedagógicas que fundamentam a execução da pena e a adoção de práticas que maximizam a atuação do poder punitivo.

Conforme pondera o próprio Ferrajoli (2002, p. 332), a “superação da prisão não poderá ser senão o fruto de um processo gradual, ligado ao processo cultural e à redução das bases sociais da violência”. A progressiva minimização da duração da pena carcerária é uma etapa

⁷⁴ Asumir como prospectiva a largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual rol de pena principal y paradigmática

indispensável desse processo. Ao limitar o poder punitivo manifestado na execução penal por meio do poder disciplinar, o garantismo reduz significativamente o uso da pena de prisão, apresentando, assim, uma estratégia de curto e médio prazo para a transição para um sistema que prescindir da prisão. Por sua vez, o abolicionismo demonstra que conflitos que, à primeira vista, possuem natureza penal podem ser solucionados por métodos alternativos de resolução, além de oferecer contribuições significativas para a construção de um sistema punitivo dissociado da pena de prisão.

A incorporação, pela execução penal, de instrumentos de limitação do poder punitivo sistematizados pelo garantismo penal é um caminho necessário para a superação da pena de prisão. Trata-se de uma estratégia de curto e médio prazo que auxilia na transição dos sistemas punitivos, da prisão para sanções menos degradantes e aflitivas. Portanto, o garantismo constitui uma etapa primordial no processo de superação da pena de prisão.

7.2 A mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal enquanto uma proposta de redução de danos

A proposta de incorporar ao poder disciplinar os instrumentos de limitação do poder punitivo sistematizados pelo garantismo penal insere-se no conjunto de iniciativas voltadas à redução dos danos causados pela execução penal. Além disso, tal proposta pode ser prontamente implementada na prática penitenciária, mesmo sem a necessidade de quaisquer reformas legislativas substanciais.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 21) reconhece que “enquanto não prescindirmos da pena privativa de liberdade, teremos que continuar lidando com ela”. Tal constatação, embora pesada, é um dado da realidade. Ainda não é possível instituir um sistema punitivo dissociado da pena de prisão, portanto as propostas que adiantam etapas e encontram-se unicamente voltadas para um sistema punitivo dissociado da pena de prisão não podem ser prontamente implementadas e precisarão ficar engavetadas, aguardando um momento que não se sabe quando chegará.

Muito provavelmente por ser defensor público e diariamente ter que lidar com as agruras do sistema prisional, Roig (2018) distancia-se das propostas que não podem ser prontamente incorporadas no sistema punitivo atualmente vigente. Em contrapartida, o autor prefere partir da realidade para, por conseguinte, apresentar propostas que possam ser implementadas nesta mesma realidade, sendo que tais propostas são norteadas pela finalidade de promover a redução dos danos ocasionados pela execução penal (Roig, 2018).

Rodrigo Duque Estrada Roig (2018) reconhece que o direito penal é repressivo, seletivo e estigmatizante e, sem tentar disfarçar tal fato, nega que a prisão desempenhe quaisquer uma das finalidades atribuídas pelo discurso oficial – notadamente, a prevenção especial positiva. Além disso, Roig (2018) atribui à execução penal duas outras funções principais, que, no caso, são as funções de não tornar o sujeito um indivíduo pior e, ainda, de fornecer meios para que o indivíduo, se assim desejar, tenha condições de diminuir a sua vulnerabilidade diante do sistema penal. Nas palavras do próprio autor:

Estas observações aclaram os dois grandes desafios das agências executivas no curso do processo de execução, com os quais concordamos: não acentuar ainda mais as características deteriorantes e dessocializantes da prisionização (redução de danos ou ‘não dessocialização’) e oferecer (jamais impor) meios para que as pessoas presas tentem diminuir seu nível de vulnerabilidade ao poder punitivo (possibilidade de seleção criminalizante), se assim desejarem.

Estas são posturas pragmáticas, que se desapegam do infecundo debate sobre as finalidades da pena e de sua execução.

[...]

Partindo destas premissas, mostra-se coerente a teoria negativa, que não concede qualquer função positiva à pena, entendendo-a na verdade como uma coerção que almeja o controle social, impondo privação de direitos e dor, sem, no entanto, reparar, restituir ou deter lesões em curso, ou ainda, neutralizar perigos iminentes’. (Roig, 2018, p. 25-26).

Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018), a execução penal não deve ser orientada por quaisquer uma das finalidades que tradicionalmente são atribuídas à pena privativa de liberdade, mas deve ser orientada pelo propósito de não acentuar os efeitos da prisionização, os quais completam o processo de estigmatização e de segregação ao qual a pessoa presa é submetida muitas das vezes desde tenra idade. Ademais, para que os efeitos da prisionização não sejam acentuados, as agências executivas precisariam ser norteadas por uma perspectiva pragmática-redutora, a qual visa reduzir os danos causados pela execução penal. Essa é justamente a tese central da teoria redutora de danos desenvolvida e apresentada por Roig (2018, p. 28), a qual parte da premissa de que existe “um autêntico dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas, sejam elas condenadas ou não”.

Salo de Carvalho (2010), unificando as proposições apresentadas por Andrade (2012) e Roig (2018), ressalta que os sistemas punitivos vigentes na sociedade ocidental vivenciam uma crise expansionista que promove o menoscabo das garantias, bem como pondera que, nesse contexto, apenas a implementação de uma política de redução de danos parece ser uma estratégia viável. Nesse sentido, veja o que afirma o autor:

nos encontramos em presença, em toda sociedade ocidental, de uma crise dos sistemas punitivos, que é uma crise de expansão, e não de diminuição, como parece claro pelo fato de que, às suas contradições estruturais, acrescentam-se hoje aquelas contradições emergenciais devidas às atuais transformações no sentido ‘funcionalístico’ ou ‘eficientístico’ que elevaram ao mesmo tempo o nível repressivo e simbólico, avassalando, inversamente, aquele das garantias. Parece ser possível, de imediato, somente uma estratégia de redução do dano. (Carvalho, 2010, p. 128).

A crise vivenciada pelo direito penal é normalmente respondida através de propostas advindas dos movimentos de relegitimação do poder punitivo, os quais promovem a expansão do direito penal. As propostas abolicionistas sequer são vistas como opção. Diante deste cenário, a política de redução dos danos apresenta-se como a única proposta viável e o garantismo penal pode ser inserido no rol de propostas que reduzem os danos causados pelo poder punitivo.

Os danos ocasionados pelo sistema penal podem ser minorados através de múltiplas abordagens, porém Rodrigo Duque Estrada Roig (2009), em seu *Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos*, aponta as medidas necessárias para atenuar os danos causados por esse sistema. No referido ensaio, o autor defende que a teoria redutora de danos deve incluir um juízo de constitucionalidade sobre as normas da LEP e, ainda, acolher todos os instrumentos de limitação do poder punitivo presentes em outras legislações, tais como no CP e no CPP. Nas palavras do próprio Roig (2009, p. 02):

A visão pragmático-redutora da execução penal parte fundamentalmente de duas premissas: por um lado considerar subsistentes somente os dispositivos efetivamente recepcionados pela Constituição, afastando conseqüentemente aqueles eivados de inadequação constitucional. Por outro lado, aportar para a legislação e prática penitenciárias todos os instrumentos redutores do poder punitivo preconizados pela Constituição de 1988, Código Penal, Código de Processo Penal e pelos Tratados e Convenções internacionais sobre o tema. Acreditamos ser esta uma útil forma de ruptura com o ‘isolamento antidemocrático’ sofrido pela Lei de Execução Penal [...].

A CF foi promulgada em 05 de outubro de 1988 (Brasil 2024a), ou seja, quando a LEP já encontrava-se vigente há aproximadamente três anos, portanto as normas que compõem a legislação penitenciária precisam ser filtradas para aferir se, de fato, foram recepcionadas pelas disposições previstas na CF. Isso, inclusive, seria exigência da legalidade estrita, a qual proporia “uma releitura democrática da jurisdição constitucional ao consignar a necessidade de realização de um rígido controle de constitucionalidade não apenas formal, mas sobretudo material, da legislação infraconstitucional” (Barbosa e Silva, 2019, p. 154). Ademais, o CP e CPP vigentes contam com uma série de institutos destinados a limitar o poder punitivo, porém estes institutos permanecem à margem da execução.

O tratamento destinado a pessoa presa deve ser alterado e, para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 87), tal alteração passa por:

trazer, para o âmbito do Direito de Execução Penal, diversos institutos benéficos do Direito Penal (ex.: atenuantes, causas de atipicidade ou extinção da ilicitude ou culpabilidade etc.) e Processual Penal (ex.: suspensão condicional do processo etc.), pois não se justifica que sejam consagrados nestes dois mundos e alijados do primeiro.

As normas que discorrem acerca das hipóteses de faltas disciplinares e do exame criminológico afetam a liberdade da pessoa presa. No entanto, essas normas não são interpretadas à luz dos instrumentos limitadores previstos na CF, no CP e no CPP. Assim, para Roig (2009, p. 14), “diante da necessidade de se interpretar o ordenamento penal de forma ampla, sistemática e redutora, todos os benefícios legais, previstos ou não na Lei de Execução Penal, devem ser incorporados à execução da pena”. Em outras palavras, devido à sua repercussão sobre a liberdade da pessoa presa, as normas e os entendimentos jurisprudenciais acerca das faltas disciplinares deveriam ser limitados pelos instrumentos de limitação do poder punitivo estatal, notadamente com aqueles previstos na CF, no CP e no CPP.

Ao analisar a abordagem empregada por Rodrigo Duque Estrada Roig (2009) para alcançar o objetivo de reduzir os danos ocasionados pela execução penal, é possível concluir que a aproximação entre a execução e o garantismo penal igualmente constitui uma proposta que visa mitigar os danos engendrados pela execução penal. A CF, o CP e o CPP apenas recepcionaram expressamente os principais instrumentos de limitação do poder punitivo desenvolvidos ao longo dos séculos, os quais igualmente encontram-se concatenados no sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002).

Para Adrian Barbosa e Silva (2019, p. 153), o garantismo e o constitucionalismo estariam ligados a partir de uma relação de interdependência, pois “o garantismo necessita para a realização de seu projeto ilustrado do constitucionalismo, enquanto este necessita daquele para que consiga condicionar a legitimidade do poder estatal ao cumprimento das exigências para concretização de direitos”. Ainda para Adrian Barbosa e Silva (2019, p. 140), a CF deliberadamente teria optado pela recepção do modelo garantista, notadamente porque consolidou “normativamente os princípios republicano e democrático para o Estado de direito brasileiro, cujos fundamentos passam a residir na proteção da dignidade humana e nos direitos e garantias fundamentais do cidadão”. O garantismo trata de um paradigma que almeja promover a defesa intransigente dos direitos humanos, portanto, a CF, quando assinalou que

dignidade constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, igualmente recepcionou o sistema garantista.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação ao CP e ao CPP, os quais, embora editados durante a vigência de outras constituições, já passaram por múltiplas reformas com o escopo de compatibilizar seus regramentos com a ordem constitucional vigente e, por via reflexa, também com o próprio garantismo. As proposições apresentadas pelo garantismo com a finalidade de limitar o poder de punir podem ser vinculadas com quaisquer normas editadas com esta finalidade, portanto os instrumentos de limitação previstos na CF, no CP e no CPP podem ser diretamente vinculados com os axiomas que fundamentam o garantismo penal.

O segundo axioma, por exemplo, recepciona o princípio da legalidade e, por sua vez, o princípio da legalidade encontra-se expressamente previsto em todas as legislações de natureza penal que se preocupam com a limitação do poder punitivo – na CF, encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX (Brasil, 2024a); no CP, encontra-se previsto no art. 1º (Brasil, 2024c); na LEP (Brasil, 2024b), encontra-se previsto no art. 45; e nas Regras Mínimas Para o Tratamento do Preso no Brasil, encontra-se previsto no art. 23 (Brasil, 1994). Portanto, a aproximação entre a execução e o garantismo penal igualmente promove, em última instância, a incorporação dos instrumentos de limitação do poder de punir previstos na legislação constituinte, bem como nas legislações de natureza penal e processual penal.

É importante salientar, ainda, que a recepção dos instrumentos de limitação do poder punitivo sistematizados pelo garantismo penal e formalmente incorporados nas legislações que buscam limitar esse poder prescinde do desenvolvimento de quaisquer teorias ou reformas legislativas voltadas para a execução penal.

Ao indicar quais medidas precisam ser tomadas para que os danos ocasionados pela execução penal possam ser minorados, Rodrigo Duque Estrada Roig (2009) pondera que a recepção de determinados instrumentos de limitação depende do desenvolvimento de teorias que lhes adaptarão para a realidade carcerária, de modo que, por exemplo, a teoria do tipo não poderia ser prontamente utilizada para limitar as faltas disciplinares e seria preciso ocorrer o desenvolvimento de uma teoria do tipo disciplinar. Todavia, não é necessário desenvolver outras teorias, pois a proposta redutora de danos aqui defendida, consubstanciada na incorporação das premissas do garantismo, pode ser prontamente implementada na execução penal por dois mecanismos distintos: primeiro, pelo controle difuso e incidental de constitucionalidade; segundo, pela aplicação analógica das teorias e dos institutos já desenvolvidos pelos instrumentos de limitação do poder punitivo.

A criação de teorias voltadas para a execução penal dependeria da validação do poder legislativo para que sua aplicação pudesse vincular os juízes da execução. Esse, inclusive, é um dos múltiplos caminhos que alguns autores indicam que deve ser trilhado para lidar com o caos do sistema prisional e, à título de exemplificação, registra-se que, para Douglas Maranhão (2023, p. 39), “os esforços para que se alcancem os desideratos de [...] humanização no cumprimento das sanções penais deve ser realizado de forma conjunta, do campo legislativo ao prático, com o desenvolvimento das mais diversas políticas e, especialmente, as penitenciárias”.

Porém, estas linhas são escritas após a entrada em vigor da Lei n° 14.843/24 (Brasil, 2024f) – que alterou a LEP para restringir consideravelmente o rol de pessoas que podem gozar das saídas temporárias, bem como para reintroduzir expressamente a exigência da realização do exame criminológico para fins de progressão de regime –, portanto não se acredita que algo metodologicamente estruturado e voltado para a limitação do poder punitivo que reverbera-se para a execução penal possa ser desenvolvido pelo poder legislativo⁷⁵ e validado pelo poder executivo.

O Congresso Nacional (CN) precisaria aprovar as teorias porventura desenvolvidas com o escopo de limitar o poder punitivo que se prolonga para a execução penal, porém as últimas reformas promovidas na legislação penitenciária indicam que este tipo de proposta não conta com a adesão dos membros do poder legislativo e, como se não bastasse, daria margem para que ocorresse a incorporação, na execução penal, de todos os institutos prejudiciais que igualmente integram a CF, o CP e o CPP.

A CF de 1988, embora forjada sob a sombra das violações praticadas no âmbito do governo ditatorial e embora seja símbolo do processo de redemocratização do país, não possui apenas normas garantistas em seu corpo normativo. O art. 5° , XLIII, CF, por exemplo, previu que os crimes hediondos e os equiparados a hediondos – tortura, tráfico de substâncias

⁷⁵ Ainda para exemplificar e justificar a completa descrença na capacidade do poder legislativo em encabeçar mudanças que alterem os rumos da política criminal punitivista em curso no país, registra-se que tramita perante o CN a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45/2023, a qual altera o art. 5° da CF para acrescentar, no artigo que consagra os principais direitos e garantias fundamentais do indivíduo, um mandado de criminalização da posse e do porte de substâncias entorpecentes ilícitas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Pacheco, 2023). A proposta não foi acompanhada de qualquer estudo dos impactos que a criminalização da posse e do porte acarretará no sistema penitenciário ou na sociedade, sendo importante destacar que a prisão possui efeitos criminógenos que naturalmente serão posteriormente percebidos pela sociedade em geral. Para saber mais sobre os efeitos criminógenos da prisão, ver Baratta (1999). Ademais, a proposta foi claramente apresentada para afrontar o STF, porque, conforme indica a própria justificação da PEC, a proposta trata de uma resposta ao julgamento pelo STF do RE 635.659/SP, o qual discutia a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei n° 11.343/06 e, quando de seu encerramento, fixou a tese de que “não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*” (Brasil, 2024g). Portanto, o estado de coisas inconstitucional vigente no sistema prisional pode ser aprofundado em níveis abissais em virtude da tensão existente entre o CN e o STF.

entorpecentes ilícitas e terrorismo – tratam de crimes inafiançáveis e são insuscetíveis de graça ou anistia (Brasil, 2024a). Para além disso, possibilitou o advento da Lei 8.072/90, que apresentou o rol de crimes hediondos e concedeu a eles um tratamento mais grave daquele que era concedido aos demais crimes em geral (Brasil, 2024e). Nesse sentido, a Lei 8.072/90 inicialmente estabeleceu que a pena dos crimes hediondos deveria ser cumprida no regime integralmente fechado e, quando foi reconhecida a inconstitucionalidade da referida determinação, posteriormente estabeleceu que a pena dos crimes hediondos deveria ser cumprida no regime inicialmente fechado (Brasil, 2024e). Embora posteriormente também tenha sido reconhecida a inconstitucionalidade dessa última determinação, os crimes hediondos não foram equiparados aos crimes comuns, pois a LEP instituiu lapsos temporais maiores para a progressão de regime dos crimes hediondos (Brasil, 2024b). A CF pode ser diretamente responsabilizada pelos rigores do tratamento que se concede aos crimes hediondos, pois tais rigores não existiriam se, antes, a própria CF não houvesse previsto a figura dos crimes hediondos ou equiparados a hediondos.

Por sua vez, as reformas legislativas impulsionadas pela política criminal punitivista têm promovido o menoscabo do escopo da função de limitação do poder punitivo que deve nortear a legislação penal e processual penal. A Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019a) – a lei que ficou popularmente conhecida como Pacote Anticrime – promoveu alterações substanciais no CP e no CPP com a alegação de que se estaria aperfeiçoando ambas as legislações, sendo que, a título de exemplificação, registra-se que tal lei: *i*) alterou o art. 75 do CP, para majorar o tempo máximo de duração da pena privativa de liberdade, de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos (Brasil, 2024c); *ii*) inseriu o art. 133-A no CPP para autorizar que os órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia utilizem, no desempenho de suas atividades, bens sujeitos a medidas assecuratórias e que, portanto, não tiveram o perdimento formalmente decretado através de uma sentença penal condenatória transitada em julgado (Brasil, 2024d).

A CF, o CP e o CPP não contam apenas com normas que limitam o poder punitivo, portanto, considerando que são as propostas decorrentes dos movimentos efficientistas que atualmente colonizam a política criminal, o CN certamente transplantará normas que ampliam o poder punitivo caso tenha a oportunidade. Por outro lado, tal inconveniente não aconteceria com o controle difuso e incidental de constitucionalidade provocado pela pessoa presa, tampouco com a aplicação analógica dos dispositivos que limitam o poder punitivo e que se encontram previstos nas legislações infraconstitucionais.

As principais garantias do acusado podem ser depreendidas do texto constitucional, notadamente de seu arcabouço principiológico. Os princípios constitucionais jamais podem fundamentar qualquer decisão desfavorável ao agente, pois, conforme destacam Aleixo e Penido (2018, p. 161), “tendo em vista o pano de fundo constitucional que norteia os princípios, não se admite que a sua interpretação restrinja direitos salvaguardados pelo texto constitucional”. Portanto, quando normas penitenciárias eventualmente colidirem com os princípios constitucionais, a pessoa presa poderá se valer do controle difuso e incidental de constitucionalidade para provocar o juízo da execução.

O controle é difuso porque pode ser exercido por todos os membros do poder judiciário – não apenas por um determinado órgão, tal como pela Corte Constitucional –, bem como é incidental porque é exercido dentro de um determinado caso concreto – não através de uma demanda proposta de modo autônomo para deliberar acerca da constitucionalidade de determinada norma. Em síntese, “se o controle de constitucionalidade é deferido aos juízes em face de todo e qualquer caso, inexistindo previsão de via direta, o controle é difuso, porém, note-se bem, incidental” (Sarlet; Mitidiero; Marinoni, Luiz Guilherme, p. 1335, livro eletrônico). Assim, a vigência das normas contidas na legislação penitenciária que eventualmente entrem em colisão com alguma garantia prevista no texto constitucional poderá ser contestada individualmente pela parte interessada, através do controle difuso e incidental de constitucionalidade.

O controle difuso e incidental de constitucionalidade já originou importantes paradigmas para a execução penal. O STF, por exemplo, ao julgar o HC 111.840, valeu-se do controle de constitucionalidade difuso e incidental para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 – que, conforme mencionado, determinava que a pena dos crimes hediondos e equiparados deveria ser cumprida no regime inicialmente fechado. Ademais, já é possível encontrar decisões que isoladamente reconhecem a inconstitucionalidade da nova redação conferida ao art. 112, §1º, da LEP, o qual condicionou a progressão de regime à realização do exame criminológico. Nesse sentido, André Luis Bastos, juiz da Vara de Execução da Comarca de Sorocaba/SP, dispensou a realização do exame criminológico e deferiu o pedido de progressão para o regime semiaberto sob o fundamento de que a atual redação do art. 112, §1º, da LEP viola “o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que impõe genérica e indistintamente a realização do exame criminológico a todos os reeducandos, em flagrante desprezo a análise individual e concreta de cada caso” (São Paulo, PEP 0002961-97.2023.8.26.0521, 2024).

O Ministério Público já compreendeu que o controle difuso e incidental de constitucionalidade é uma ferramenta importante para contestar legislações que não estão alinhadas aos seus interesses, pois prontamente interpõe Agravos à Execução para contestar as disposições contidas em decretos de indulto que possuem disposições favoráveis a pessoa presa.⁷⁶ Cabe, portanto, aos responsáveis por defender os interesses das pessoas presas explorar, de forma equivalente, o potencial libertador desse instituto.

Por sua vez, os institutos previstos nas demais legislações infraconstitucionais – notadamente no CP e no CPP – que limitam o poder punitivo e ampliam o âmbito de liberdade do agente devem e podem ser transplantados para a execução penal por meio da interpretação analógica, sem que isso abra margem para a incorporação de institutos desfavoráveis. Apenas os dispositivos favoráveis às pessoas presas podem ser aplicados analogicamente na execução penal, pois o princípio da legalidade – notadamente, através do corolário *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* – veda a aplicação analógica de dispositivos que prejudiquem o agente.

Ao discorrer acerca dos limites impostos pelo método penal ao poder de punir, Cláudio Brandão afirma que a tipicidade restringe o método penal porque o juiz “não pode condenar fora do que dispõe a lei” (2014, p. 213) e, por outro lado, amplia o método penal porque “quando a conclusão for favorável ao agente [...] a tipicidade não é óbice a aplicação supra-legal do direito penal” (2014, p. 218). Ademais, o autor explica que isso ocorre porque “o princípio da legalidade foi criado como forma de limitar a violência do sistema e proteger o homem do poder de punir do Estado”, bem como que “o referido princípio visa aumentar o âmbito de liberdade e não diminuí-lo” (Brandão, 2014, p. 219). O referido raciocínio foi desenvolvido no bojo de reflexões acerca da teoria do crime, notadamente, no bojo da tipicidade, porém deve igualmente nortear a aplicação analógica de todo e qualquer dispositivo estranho a uma determinada legislação e que porventura repercuta no âmbito de liberdade do agente. Portanto, apenas institutos desenvolvidos pelos outros ramos do direito que limitem o poder punitivo e ampliem o âmbito de liberdade do agente podem ser transplantados para a execução penal.

O controle difuso incidental de constitucionalidade e a aplicação analógica das normas benéficas revelam-se mais convenientes do que o desenvolvimento de teorias específicas para a execução penal. Os princípios constitucionais podem refutar o conteúdo de uma norma penitenciária desfavorável à pessoa presa por meio do controle difuso e incidental de

⁷⁶ Em pesquisa de jurisprudência realizada no site do TJMG em 22 de janeiro de 2025 com o emprego dos parâmetros “controle”, “difuso”, “constitucionalidade”, “execução” e “penal”, os seis primeiros resultados exibidos na página versavam sobre recursos de Agravo à Execução Penal interpostos pelo Ministério Público para contestar disposições contidas em Decreto de Indulto (Minas Gerais, 2025).

constitucionalidade. Além disso, o princípio da legalidade já assegura que apenas dispositivos benéficos sejam aplicados analogicamente ao agente. Portanto, o controle difuso de constitucionalidade e a aplicação analógica de normas benéficas, diferentemente da criação de teorias que precisariam ser submetidas à validação pelo CN, não abriria margem para a incorporação de institutos desfavoráveis à pessoa presa.

Este trabalho não acredita que o desenvolvimento de teorias possa melhorar a realidade do sistema prisional, porque inúmeras metodologias distintas já nortearam a pena de prisão e, ainda, porque as últimas reformas legislativas realizadas no âmbito da execução agravaram ainda mais o estado de coisas inconstitucional já vigente no sistema prisional. Por outro lado, acredita que os danos acarretados pela execução penal podem ser minorados sobretudo a partir do trabalho individualmente realizado por agentes que possuem o poder decisório. Tais agentes efetivamente desempenham um papel primordial no sistema de garantias, pois, conforme destaca Adrian Barbosa e Silva (2019, p. 155):

A perspectiva garantista opera verdadeiro giro axial no que se refere ao papel do jurista (em especial, do julgador) - que, de uma posição meramente estática reprodutora da lei, própria da lógica formalista do paleopositivismo, adquire, a partir da incorporação substancialista dos direitos fundamentais nas constituições rígidas contemporâneas, um papel dinâmico, cuja atividade forense deverá estar pautada em constante vigilância e inquietação diante dos atos estatais; e, no campo processual de atividade das agências judiciais e demais atores processuais (defesa e Ministério Público), em crítica do direito vigente a partir do controle de validade (concepção não meramente formal, mas substancial de validade) das leis em face dos pressupostos substanciais constitucionais.

Os agentes que possuem o poder decisório já possuem o arcabouço necessário para prolatar decisões que limitem o poder punitivo e preservem a dignidade da pessoa presa, pois o garantismo penal – que teve suas principais premissas recepcionadas por dispositivos da CF, do CP e do CPP – já conta com uma ampla gama de institutos e normas que podem fundamentar decisões dessa natureza. Ademais, os magistrados – através do controle difuso e incidental de constitucionalidade, bem como da analogia *in bonam partem* – podem ser instados a se manifestar acerca das mais diversas matérias. Portanto a proposta redutora de danos aqui apresentada – consubstanciada na mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal – pode ser prontamente incorporada à execução penal sem a realização de quaisquer reformas legislativas.

7.3 As limitações do garantismo penal e a necessidade de avançar para que seja possível superar a pena de prisão

Massimo Pavarini (2012b), no curso intitulado *Como liberar-se da necessidade do cárcere: um curso de pesquisa-ação sobre a penalidade em Pernambuco*, ministrado no início do ano de 2011, afirmou que não havia a possibilidade concreta de se livrar definitivamente do cárcere naquele período, mas destacou que tal fato não era suficiente para se aceitar a situação como se está.

De lá pra cá, este cenário infelizmente não se alterou, pois ainda não há a possibilidade concreta de se libertar da necessidade do cárcere. Porém, tal como destacado por Massimo Pavarini (2012b), não se deve aceitar a situação como se está e, para que este cenário possa ser alterado, deve-se reduzir o papel desempenhado pelo cárcere e, posteriormente, desvincular o sistema punitivo da pena de prisão.

A atual dinâmica do poder disciplinar encontra-se na contramão deste movimento, pois pune os conflitos carcerários majorando o tempo que o indivíduo deve permanecer na prisão. A atuação que se concede ao poder disciplinar impacta diretamente no tamanho do cárcere, portanto é imprescindível que os conflitos carcerários sejam analisados sob a perspectiva do garantismo penal, o qual busca limitar o poder de punir estatal e, por via reflexa, limita as repercussões engendradas pelos conflitos carcerários.

A incorporação pela execução penal dos instrumentos de limitação do poder punitivo sistematizados pelo garantismo penal é o caminho necessário para que se possa superar a pena de prisão. Trata-se de uma estratégia de curto e médio prazo que auxiliará no processo de transição dos sistemas punitivos, isto é, de um sistema fundamentado na prisão para outro sistema fundamentado em alguma outra sanção menos degradante.

Porém, não se pode fechar os olhos para as limitações do garantismo, sobretudo porque esse sistema não conseguirá limitar completamente as arbitrariedades praticadas no ambiente carcerário. Casara (2015) atribui, inclusive, à teoria do garantismo penal a qualidade de mito, pois, para o referido autor, a legalidade estrita não conseguiria desempenhar o papel a que se propõe, isto é, o de obstaculizar a opressão e limitar o poder punitivo.

O garantismo possui suas respectivas limitações, as quais foram amplificadas no contexto marginal em função da incorporação acrítica de suas respectivas premissas, sem a promoção das devidas adaptações. Porém, é importante salientar que o garantismo não é ambicioso a ponto de ter a pretensão de extirpar completamente todas as arbitrariedades do poder e, inclusive, promove uma “constante problematização das formas de manifestação e

gestão de poder, por compreender que estas estão sempre tendentes ao descontrolo e o arbítrio – sobretudo quando se trata da manifestação do poder punitivo (*potestas puniendi*)” (Barbosa e Silva, 2019, p. 159). Ademais, o garantismo sequer poderia prometer tal feito, já que “nenhuma garantia pode se sustentar única e exclusivamente por normas abstratas” e só pode ser efetivada “a partir da luta propiciada por seus titulares e pelas forças políticas” (Barbosa e Silva, 2019, p. 166). Assim, em oposição aos objetivos garantistas, permanecem a inclinação ao descontrolo e ao arbítrio do poder, além do carácter não autorrealizável das garantias.

É importante salientar, ainda, que nem mesmo o próprio Luigi Ferrajoli (2016) acredita que o garantismo penal possa limitar completamente o poder punitivo e compatibilizar integralmente a execução da pena privativa de liberdade com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Justamente por não acreditar que o garantismo consiga conformar integralmente a execução penal e assegurar os direitos e garantias das pessoas que são inseridas na prisão, Luigi Ferrajoli (2016) abertamente defendeu que é preciso coragem para assumir o compromisso de superar a pena de prisão, bem como que, enquanto tal objetivo não possa ser concretizado, é preciso ter coragem para despojar a prisão do cargo de principal pena do sistema de punição, sendo que, para tanto, a prisão deve ser reservada para as ofensas aos direitos mais graves, tais como a vida e a integridade pessoal, bem como posteriormente deve ser superada. Nas palavras do próprio autor:

[...] uma política liberal deveria ter a coragem de concluir hoje – com o distanciamento de dois séculos e meio da invenção iluminista da pena privativa de liberdade como alternativa aos suplícios, às penas corporais, ao pelourinho e aos demais horrores do direito penal pré-moderno – dando um novo e verdadeiro salto de civilização: assumir como perspectiva de longo prazo a superação progressiva da prisão e, enquanto isso, retirar da reclusão o seu papel atual de pena principal e paradigmática, limitando drasticamente a sua duração e reservando-a apenas para as ofensas mais graves aos direitos fundamentais (como a vida e a integridade pessoal), que são as únicas que justificam a privação da liberdade pessoal, a qual também é um direito fundamental garantido constitucionalmente. (Ferrajoli, 2016, p. 08, tradução nossa).⁷⁷

O posicionamento atualmente defendido por Luigi Ferrajoli (2016) já era, anteriormente, defendido por outros autores que, dependendo de quem os analisa, são classificados como abolicionistas ou minimalistas que almejavam o abolicionismo. É o caso,

⁷⁷ [...] Una política liberal debería tener el coraje de concluir hoy – tras la distancia de dos siglos y medio de la invención iluminista de la pena detentiva como alternativa a los suplícios, a las penas corporales, a la picota y a los demás horrores del derecho penal pré-moderno – dando un nuevo y verdadero salto de civilización: asumir como prospectiva a largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual rol de pena principal y paradigmática, limitando drásticamente la duración y reservándolo sólo a las ofensas más graves a los derechos fundamentales (como la vida y la integridad personal), los cuales sólo justifican la privación de libertad personal la cual es, también, un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

por exemplo, de Alessandro Baratta (1999) e de Massimo Pavarini (2012a; 2012b), cujas produções no campo da criminologia crítica fornecem contribuições significativas para as limitações do garantismo, o qual, embora teça duras críticas ao positivismo, não deixa de ser um modelo positivista.

De todo modo, conforme mencionado anteriormente, o abolicionismo e o minimalismo como meio para o abolicionismo não configuram faces distintas de uma mesma moeda, pois é o eficientismo que se contrapõe a ambos os movimentos. No atual estágio da arte, o minimalismo e o abolicionismo concordam que o poder punitivo deve caminhar em um único sentido, a saber, no de limitar o uso da prisão para que, no futuro, seja possível conceber um sistema punitivo dissociado da pena de prisão. Diante desse cenário, os movimentos que deslegitimam o poder punitivo precisam se unir com a finalidade de implementar medidas de curto, médio e longo prazo que auxiliarão na superação da pena de prisão.

O principal argumento que rechaça a possibilidade de instituir um sistema punitivo dissociado da prisão é a alegação de que a vingança privada tornaria a sociedade caótica. Porém o referido argumento pode ser facilmente rechaçado a partir da constatação de que o sistema penal naturalmente já concede uma resposta a um número bem reduzido de crimes. De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2019, p. 163),

o sistema penal é a mais ineficiente instituição do Estado moderno, incapaz de dar conta de 10% do mercado, em regime de monopólio – o que parece dar razão ao abolicionismo, porque mais de 90% da criminalidade é absorvida pelo sistema social, sem a violência traumática dos 10% do sistema penal.

Ao se analisar a contradição existente entre a quantidade de crimes tipificados e sancionados – *in casu*, de que “as leis preveem mais de 6.000 delitos, mas os Tribunais reprimem cerca de cem delitos (a maioria contra a propriedade) e condenação/prisão ocorre em dez ou vinte delitos, apenas” (Santos, 2019, p. 160) –, constata-se que a abolição ou a redução do “Direito Penal parece depender menos da vontade do poder político, e mais da crise das grandes narrativas da penalidade” (Santos, 2019, p. 160).

É perfeitamente possível pensar em um sistema punitivo dissociado da pena de prisão. Tal objetivo não é utópico ou inalcançável, porque, conforme relembra Luís Carlos Valois (2021, p. 31), “a pena que temos hoje é resultado de um processo cultural e não um item dogmático que pode ser traçado em esquemas precisos e intocáveis”. Inclusive, prossegue o autor, a historiografia apresentada por Michel Foucault (2014) deixa muito claro que a pena de prisão configura apenas uma pequena etapa da longa trajetória dos sistemas de punições e que,

consequentemente, esta trajetória não pode se estagnar e precisa avançar para além da pena de prisão. Nas próprias palavras do autor:

A vantagem de uma análise como a de Foucault é colocar o nascimento da prisão dentro de uma dialética histórica, fazendo-nos pensar até quando a sociedade ficará estagnada em um método punitivo que já faz mais de três séculos. Se a prisão foi um avanço, é chegada a hora de superá-la, reservando-a, quando muito, para casos de extrema necessidade. (Valois, 2021, p. 50).

A pena de prisão é apenas uma das respostas que podem ser apresentadas aos conflitos que surgem a partir da prática de um crime e, desde os primórdios de sua utilização, se mostrou ser uma resposta extremamente inconveniente, porque é ineficiente e, ainda, porque gera muita dor e muito sofrimento. Não é razoável, portanto, fomentar a utilização da pena de prisão investindo em propostas que visam fomentar um espaço em que os direitos fundamentais mais básicos das pessoas não podem ser respeitados e que, consequentemente, não pode ser compatibilizado com um Estado de Direito que supostamente deveria estar inteiramente voltado para tutelar a dignidade humana.

O tamanho da pena privativa de liberdade deve ser prontamente minorado, mas é igualmente importante se debruçar sobre os compromissos que precisam ser realizados com o objetivo de superar a pena de prisão. Dentre tais compromissos, existe um que parece ser imprescindível para possibilitar a superação da pena de prisão, que é o compromisso para com a redução das desigualdades existentes na sociedade.

Massimo Pavarini (2012b) identificou o que considerou uma regra universal no contexto prisional: a necessidade de punição parece estar diretamente relacionada ao grau de desigualdade presente em uma sociedade. Conforme o autor (2012, p. 392), "uma sociedade igual terá menos castigos; quanto mais diferente, mais castigos". Nesse sentido, quanto maior o número de vulnerabilidades ou, utilizando a terminologia empregada pelo autor (2012), de deficiências que um indivíduo carrega – como baixo nível de escolaridade ou falta de qualificação técnica, por exemplo – maior será a sua probabilidade de ser selecionado pelo poder punitivo.

Embora a premissa apresentada aparentemente parta de uma concepção etiológica e determinista da criminalidade, Massimo Pavarini (2012b) destaca que sua afirmação se encontra devidamente fundamentada em dados coletados do sistema prisional, os quais indicam que são as pessoas com maiores vulnerabilidades que majoritariamente integram o cárcere. Nesse sentido:

[...] se os problemas sociais são problemas das pessoas que possuem menos, é preciso eliminar ou reduzir os déficits, porque pode ser que se elimine ou se reduza a pobreza, a doença, a loucura, a criminalidade.

Eu não posso dizer que este modelo solucionará por completo o problema - ele é um paradigma etiológico e, portanto, muito relacionado à ideia que a conduta humana é uma conduta determinada e determinável, mas a ideia de déficit felizmente parece ser evidente. No cárcere, 99% das pessoas são pessoas que têm menos, tiveram uma má educação, não possuem formação de trabalho, têm dificuldade de ler e escrever, são mais ou menos doentes, têm síndromes, alguns também são doentes mentais. Enfim, são pessoas que têm muitos déficits. Esta é a realidade do cárcere. (Pavarini, 2012b, p. 383).

Portanto, as propostas que buscam limitar o poder punitivo e o tamanho da prisão precisam igualmente caminhar, ao lado, de propostas que buscam diminuir as desigualdades na sociedade, notadamente porque o cárcere seleciona, sobretudo, as pessoas mais vulneráveis da sociedade.

A rota da política criminal precisa ser urgentemente recalculada para que se possa instituir um sistema punitivo mais humano, o que somente ocorrerá quando este for definitivamente desvinculado da pena de prisão. Além disso, para que a pena de prisão gradualmente deixe de ocupar o papel de destaque no sistema penal, é imprescindível que o garantismo caminhe ao lado das propostas que reduzam as desigualdades sociais. As iniciativas vinculadas ao garantismo limitariam o poder punitivo que se manifesta na execução penal por meio do poder disciplinar e, por sua vez, as propostas voltadas à redução das desigualdades diminuiriam os fatores que tornam o indivíduo mais vulnerável à seleção do poder punitivo. A criminalidade é, antes de tudo, uma questão de ordem social. Portanto, as iniciativas voltadas ao seu enfrentamento não podem se restringir ao direito penal e precisam ser acompanhadas de intervenções que promovam mudanças na estrutura social.

8 CONCLUSÃO

Esta pesquisa investigou quais são as funções desempenhadas pelo poder disciplinar na execução penal e, ainda, como os danos causados por tal poder podem ser minorados.

1. O primeiro capítulo desta pesquisa dedicou-se à análise do eco existente entre as funções atribuídas e desempenhadas pela pena de prisão, bem como investigou como o garantismo penal pode contribuir com a redefinição dos rumos da política criminal.

As funções desempenhadas pela pena de prisão podem ser analisadas a partir de um enfoque ideológico ou materialista, sendo que, enquanto o enfoque ideológico indica que a pena de prisão trata de um instrumento que combate a criminalidade, o enfoque materialista indica que a pena de prisão trata de um instrumento que preserva os interesses dos detentores de poder.

Os autores que estudam a pena de prisão a partir do enfoque ideológico atribuem as mais diversas funções à pena de prisão, porém as legislações penitenciárias, incluindo a brasileira, concedem primazia à função de promover a ressocialização do indivíduo. Ainda que em menor medida, a referida concepção – qual seja, de que a pena deveria promover a correção dos desviantes para que fosse possível reintroduzi-los na sociedade – pode ser encontrada desde a antiguidade, quando sequer havia a preocupação em justificar o exercício do poder punitivo. Porém foi apenas posteriormente, quando a pena de prisão paulatinamente colonizava o sistema de punição, que tal concepção veio a ser oficialmente incorporada ao discurso científico oficial para justificar a ascensão de tal modalidade de sanção.

Por sua vez, os autores que estudam a pena de prisão a partir do enfoque materialista indicam que a pena de prisão desempenha diversas funções – Michel Foucault (2014), afirma que a pena de prisão visa produzir a delinquência e possibilita o gerenciamento de ilegalidades; Alessandro Baratta (1999), afirma que a pena de prisão visa conservar as desigualdades existentes na sociedade; Massimo Pavarini (2012a), afirma que a pena de prisão visa exterminar os indivíduos que supostamente representam algum tipo de risco para os demais; Juarez Cirino dos Santos (2008;2019) afirma que a pena de prisão busca conservar uma determinada estrutura social –, porém todos igualmente concordam que a pena de prisão não cumpre com as funções designadas pelo discurso oficial e, em última análise, fomenta a criminalidade que supostamente deveria coibir.

As funções indicadas pelo enfoque ideológico – sobretudo a função de ressocialização – não é alcançada e o enfoque materialista explica que isso ocorre não porque a pena de prisão careceria de reparos que fariam com que ela cumprisse com os propósitos atribuídos pelo discurso oficial, mas porque a pena de prisão existe para atender aos interesses daqueles que

detêm o poder nas sociedades em que a pena de prisão atua como a principal modalidade de pena do sistema de punição.

A pena de prisão apenas corrobora para com a manutenção das relações de poder, portanto esta pesquisa adotou as proposições garantistas de Luigi Ferrajoli (2002; 2016) como marco teórico e parte da premissa de que a prisão precisa ser prontamente limitada e posteriormente superada. Na busca pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, o garantismo penal limita o poder punitivo e, também, o emprego da própria prisão.

Não obstante, os direitos fundamentais dos indivíduos não poderiam ser integralmente assegurados no cárcere ainda que fossem engendrados os mais laboriosos esforços para compatibilizá-lo com o garantismo penal. Assim – considerando que o cárcere trata de uma contradição institucional por ser um local instituído pelo direito em que os direitos das pessoas presas não podem ser observados –, o garantismo penal limitaria o emprego da prisão para que posteriormente fosse possível desvincular o sistema punitivo da própria prisão. A adoção de tal marco teórico de pronto já indica que os conflitos carcerários que porventura surjam no âmbito prisional precisam ser preferencialmente solucionados através de formas que não prolonguem o tempo de encarceramento imposto à pessoa presa.

2. O segundo capítulo desta pesquisa analisou o poder disciplinar através da realização de um paralelo entre a definição apresentada por Michel Foucault (2014) e a execução penal brasileira.

Michel Foucault (2014) define o poder disciplinar como aquele que tem a função de adestrar aqueles que são inseridos em determinadas instituições com a finalidade de instituir a ordem dentro desse micro espaço de convivência, bem como de fazer com que os indivíduos inseridos dentro desse micro espaço de convivência internalizem um comportamento que seja útil para os escopos perseguidos pela instituição. Tal adestramento supostamente deveria ser alcançado através da convergência de três mecanismos distintos – da vigilância hierárquica, da sanção e do exame –, os quais igualmente podem ser encontrados na execução penal brasileira.

O primeiro mecanismo apresentado por Michel Foucault (2014) como responsável pela eficácia do poder disciplinar é a vigilância hierárquica, que, valendo-se de instrumentos que propiciam a vigilância recíproca, imprime a sensação de que se é constantemente vigiado. Para Michel Foucault (2014), essa vigilância seria plenamente exercida através do panóptico, isto é, uma estrutura arquitetônica criada por Jeremy Bentham (2020) com a finalidade de imprimir nos indivíduos a sensação de que se era constantemente vigiado. Esse mecanismo encontra-se presente nas instituições prisionais brasileiras porque todos vigiam-se reciprocamente no cárcere e, ainda, porque as câmeras de vigilância existentes em grande parte das unidades

prisionais imprimem na pessoa presa exatamente a mesma sensação que deveria ser impressa através do panóptico – no caso, a sensação de que se é vigiado sem que se saiba, ao certo, se efetivamente se é vigiado.

O segundo mecanismo apresentado por Michel Foucault (2014) como responsável pela eficácia do poder disciplinar é a sanção normalizadora, a qual sanciona aqueles que não se comportam conforme as normas de conduta instituídas pela instituição. Esse mecanismo também se encontra presente nas instituições prisionais brasileiras porque aqueles que não seguem as normas previstas na LEP ou nas legislações editadas pelos entes federados serão administrativamente sancionados e, caso a violação configure uma hipótese de falta grave, serão igualmente sancionados no âmbito penal, com a revogação ou o indeferimento de direitos adquiridos que prolongam o tempo de encarceramento.

O terceiro mecanismo apresentado por Michel Foucault (2014) como responsável pela eficácia do poder disciplinar é o exame, o qual combina os dois mecanismos anteriores – a vigilância e a sanção – com a finalidade de examinar minuciosamente o indivíduo e supostamente aferir se ocorreu a internalização do comportamento prescrito. Esse mecanismo também se encontra presente na execução penal brasileira, notadamente através do exame criminológico, o qual examina o indivíduo e emite um parecer indicando se ele encontra-se apto ou inapto para usufruir de direitos que, sobretudo, possibilitam o contato com o meio externo.

Todos os mecanismos indicados por Michel Foucault (2014) como responsáveis pelo sucesso do poder disciplinar – no caso, a vigilância hierárquica; a sanção normalizadora; e o exame – encontram-se presentes na execução penal brasileira. Ademais, em função da pena prisão brasileira ter sido forjada em meio ao contexto escravocrata, o poder disciplinar desenvolvido na execução penal brasileira também agregou outros instrumentos de controle dos corpos dos escravos, fazendo com que o poder disciplinar adquirisse contornos ainda mais nefastos.

As instituições prisionais deveriam promover o adestramento das pessoas presas, ou, para adequar a terminologia foucaultiana à terminologia penitenciária, deveria promover a ressocialização da pessoa presa. Porém os referidos mecanismos não promovem a ressocialização e, em contrapartida, possibilitam o prolongamento do tempo do indivíduo no cárcere, bem como retroalimentam o mito da ressocialização.

3. O terceiro capítulo desta pesquisa analisou as funções desempenhadas pelo poder disciplinar no plano prático e, dada a influência que possui sobre o tempo de permanência nos regimes mais rigorosos do sistema prisional, constatou que o poder disciplinar atua prolongando

o tempo de encarceramento com a finalidade de promover a deterioração e o extermínio da pessoa presa.

A constatação de uma falta grave ou do resultado desfavorável do exame criminológico promove a revogação ou o indeferimento de uma série de direitos adquiridos, porém a majoração do tempo em que o indivíduo precisará permanecer nos regimes prisionais mais rigorosos do sistema penal é o principal prejuízo acarretado por ambos os incidentes. O percurso natural que supostamente deveria ser trilhado através dos regimes prisionais – do fechado, para o semiaberto; do semiaberto para o aberto – é interrompido quando se constata a prática de uma falta grave ou o resultado desfavorável do exame criminológico. Em virtude desses incidentes, o indivíduo, respectivamente, terá o pedido de progressão indeferido ou regredirá de regime, de modo que precisará permanecer nos regimes mais rigorosos do sistema prisional por tempo superior ao que inicialmente precisaria permanecer.

O tempo de aprisionamento nos regimes mais rigorosos do sistema prisional encontra-se proporcionalmente vinculado à probabilidade de aniquilamento da personalidade e do próprio corpo da pessoa presa. O cárcere promove a transformação daqueles que permanecem aprisionados durante um período expressivo de tempo porque a vivência no cárcere impulsiona, respectivamente, o distanciamento dos valores necessários para a vida em sociedade e a internalização dos valores necessários para a vida no cárcere. O cárcere promove, ainda, a morte daqueles que permanecem aprisionados durante um período expressivo de tempo porque trata de um espaço de exceção em que os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo são sistematicamente violados. A permanência prolongada em um espaço de exceção inevitavelmente deteriora a saúde e expõe o indivíduo a conflitos que podem resultar em morte. Ademais, embora os estudos acerca de tal problemática sejam incipientes, o sistema prisional igualmente pode ser diretamente responsabilizado por mortes diretas e indiretas que ocorrem quando o indivíduo deixa o cárcere.

Portanto, ao prolongar o tempo de aprisionamento, o poder disciplinar atua como um instrumento de extermínio da personalidade e dos corpos das pessoas presas, permitindo que o cárcere concretize o projeto de eliminação dos indesejáveis e excluídos da sociedade.

4. O quarto capítulo desta pesquisa examinou as funções ideológicas desempenhadas poder disciplinar e constatou que, ao indicar se a pessoa presa se encontra apta ou inapta para ser reinserida na sociedade com base na análise do histórico de faltas e do exame criminológico, esse poder reforça o mito da ressocialização, que, por sua vez, legitima a própria pena de prisão.

O mito é um significante que possui múltiplos significados, porém, ao unir os conceitos apresentados por Nicola Abbagnano (2007) e Rubens Casara (2015), esta pesquisa definiu o

mito como uma narrativa fundamentada em valores de uma determinada comunidade e que é apresentada como verdadeira para fornecer uma explicação para um fenômeno desconhecido ou que, caso conhecido, se deseja ocultar.

Ao se partir do conceito supracitado, é possível concluir que a ressocialização também é um mito. A ideia de que a pena deve corrigir o violador do pacto social pode ser identificada na historiografia do poder punitivo, mesmo antes de sua formal vinculação à pena de prisão. Ademais, esta ideia tenta ocultar os nefastos efeitos da prisionalização ao defender que a pena de prisão deve transformar o condenado, tornando-o apto para o convívio social. A ressocialização trata, portanto, de um mito porque é uma justificativa baseada em valores antigos da sociedade que busca mascarar o fenômeno da prisionalização.

Por sua vez, o poder disciplinar retroalimenta o mito da ressocialização porque, por intermédio de seus elementos constitutivos, indica se o indivíduo encontra-se ressocializado. Em síntese, isso ocorre porque, por meio do histórico de faltas e do exame criminológico, o poder disciplinar indica se o indivíduo apresenta o comportamento esperado pela instituição e se, conseqüentemente, estaria pronto para retornar ao convívio em sociedade. Ademais, quando o poder disciplinar indica que a pessoa presa não se encontra ressocializada, tal afirmação é vista como uma verdade absoluta, como um dogma, que muito dificilmente será refutado, bem como que servirá de paradigma para fundamentar outras decisões que igualmente fomentarão o ideal de ressocialização.

5. O quinto capítulo desta pesquisa analisou como as proposições concatenadas no sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) podem limitar o poder punitivo que se manifesta na execução penal e, para tanto, analisou como as garantias consubstanciadas em cada um de seus dez axiomas podem ser incorporadas no âmbito disciplinar.

O garantismo penal foi estruturado para limitar o poder punitivo e tal escopo pode ser perseguido por tal paradigma independentemente do local em que o poder punitivo se manifeste. O poder punitivo não se manifesta apenas nos processos instaurados com a finalidade de apurar a prática de um crime, pois também se faz presente no processo instaurado para executar a pena porventura imposta após a constatação da prática de um crime. Assim, foi indicado que as manifestações do poder punitivo na execução penal também precisam ser limitadas.

O garantismo penal igualmente pode limitar as intervenções que o poder punitivo, por intermédio do poder disciplinar, realiza na execução penal, sendo que tal limitação pode minorar os danos ocasionados pelo poder punitivo durante o cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Assim, o quinto capítulo desta pesquisa se debruçou sobre os dez

axiomas do garantismo penal e analisou como cada um deles pode impactar no âmbito disciplinar.

Os três primeiros axiomas do sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) agregam as principais garantias relativas à pena e indicam quando e como punir. O axioma *nulla poena sine crimine* recepciona o princípio da retributividade e, ao se transplantar as proposições apresentadas por esse axioma para a execução penal, constata-se que o isolamento ou a inclusão em RDD preventivos precisam estar devidamente fundamentados nos requisitos da prisão preventiva, bem como que a imposição da sanção definitiva de isolamento ou em RDD apenas poderia ser justificada caso ocorresse a demonstração inequívoca de que as demais sanções não são suficientes para atender às peculiaridades do caso concreto considerado. Já o axioma *nullum crimen sine lege* recepciona o princípio da legalidade e, ao transplantar as perspectivas da mera e da estrita legalidade para a execução penal, é preciso reconhecer que o legislativo federal é o único com competência para criar condutas passíveis de sanção no âmbito disciplinar (mera legalidade), bem como que os tipos disciplinares precisam ser taxativos (estrita legalidade). Por sua vez, o axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate* recepciona o princípio da necessidade e, ao transplantar as proposições apresentadas por esse axioma para a execução penal, constata-se que a análise da necessidade da intervenção do poder disciplinar deve ser pautada pela dignidade da pessoa humana, a qual afasta a intervenção baseada em qualquer escopo correccionalista e delimita que a pessoa presa não poderá ficar introduzida no cárcere por um período expressivo de tempo.

Os três axiomas subsequentes do sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) agregam as principais garantias relativas ao delito e indicam quando e como proibir. Nesse sentido, o *nulla necessitas sine injuria* recepciona o princípio da lesividade, o qual, no âmbito da execução penal, indica que as faltas disciplinares não podem ser orientadas pelo propósito de salvaguardar a ordem e a disciplina, mas pelo propósito de tutelar a dignidade e os direitos das pessoas presas. Por sua vez, o *nulla injuria sine actione* recepciona o princípio da materialidade, o qual, no âmbito da execução penal, indica que as condutas potencialmente puníveis como faltas graves precisam ser externamente identificadas e, ainda, precisam estar vinculadas através de um nexo de causalidade com o resultado danoso. Por fim, o *nulla actio sine culpa* recepciona o princípio da culpabilidade, o qual, no âmbito da execução penal, veda a responsabilização objetiva da pessoa presa, bem como possibilita que os institutos que compõe a culpabilidade enquanto elemento da teoria do crime sejam considerados.

Os quatro axiomas remanescentes do sistema de garantias de Luigi Ferrajoli (2002) agregam as principais garantias relativas ao processo e indicam quando e como julgar. O

primeiro axioma da ordem dos axiomas processuais – no caso, o *nulla culpa sine iudicio* – recepção o princípio da jurisdicionalidade no sentido lato e estrito, os quais, indicam, respectivamente, que os incidentes ocorridos durante o curso do processo de execução da pena privativa de liberdade devem ser julgados pelo juízo da execução, bem como que a jurisdicionalidade deve igualmente promover a efetividade de todas as demais garantias do acusado. Ademais, foi demonstrado que a atuação jurisdicional deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, o qual é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e impõe a realização de um juízo de ponderação entre o eventual dano decorrente da conduta proibida e a sanção porventura imposta.

A garantia consubstanciada no *nulla culpa sine iudicio* possibilita o advento das demais garantias processuais, porquanto não há que se falar em separação das funções desenvolvidas pelos atores processuais, ônus probatório ou ampla defesa sem jurisdicionalidade. Em virtude das premissas instituídas a partir da jurisdicionalidade, surge o *nulla iudicium sine accusatione*, o qual recepção o princípio acusatório e, no âmbito da execução penal, rechaça a prática de concentrar, na administração penitenciária, as funções de investigar, acusar e julgar, bem como atribui cada uma das referidas funções aos órgãos que efetivamente possuem a incumbência de desenvolvê-las. Isto é, à administração penitenciária ou às polícias investigativas – que possuem incumbência de investigar –, ao Ministério Público – que possui incumbência para acusar – e ao juiz da execução – que possui incumbência para julgar. De igual modo, surge o *nulla accusatio sine probatione*, o qual recepção o princípio do ônus da prova e indica que a efetiva jurisdicionalização da execução penal, com a atribuição do ônus probatório a um sujeito que é destacado para promover a acusação, igualmente é pressuposto para a diminuição da distância abissal existente entre a execução e o garantismo penal. Por fim, surge o *nulla probatio sine defensione*, o qual, ao recepção o princípio do contraditório e da ampla defesa, indica que deve ser oportunizado ao acusado – pessoalmente ou através de seu procurador ou defensor – participar de todos os atos do processo e se valer de todos os meios necessários para a realização de sua defesa. Ademais, considerando que o contraditório e a ampla defesa dificilmente poderão ser implementados em um procedimento administrativo similar ao que hoje promove o julgamento das faltas graves, foi indicado que o processo para apuração das faltas deve tramitar através de um rito similar ao procedimento comum ordinário.

Portanto, à sua maneira, cada um dos dez axiomas que fundamentam o sistema de garantias de Ferrajoli (2002) – os quais agregam as principais garantias relativas à pena, ao delito e ao processo – podem contribuir com a redução dos danos ocasionados pelo poder punitivo que se reverbera para a execução penal através do poder disciplinar.

6. O sexto e último capítulo desta pesquisa distinguiu a proposta de mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal das demais propostas meramente reformistas, bem como a situou no rol das propostas que buscam reduzir os danos ocasionados pela execução penal.

As propostas meramente reformistas visam conservar a pena de prisão como forma de sustentar um sistema punitivo que perpetua desigualdades por meio da manutenção do aparato prisional. Por outro lado, a redução da incomunicabilidade entre o poder disciplinar e o garantismo penal encontra-se inserida no rol de propostas que buscam reduzir os danos ocasionados pela execução penal e pode ser compreendida como um passo dentro de um projeto mais amplo: a superação de um sistema punitivo seletivo e estigmatizante fundamentado na pena privativa de liberdade.

As propostas redutoras de danos da execução penal compreendem que não é possível libertar-se da necessidade do cárcere imediatamente e, conseqüentemente, propõem intervenções que podem ser prontamente incorporadas na realidade do sistema prisional, a fim de minimizar os impactos negativos do encarceramento sobre as pessoas presas. A mitigação da incomunicabilidade existente entre o poder disciplinar e o garantismo penal pode justamente ser inserida no rol dessas propostas, pois reduziria o sofrimento da pessoa presa individualmente considerada e poderia ser prontamente implementada no cotidiano da execução penal por meio do controle difuso e incidental de constitucionalidade, bem como da analogia *in bonam partem*.

Não obstante, é importante salientar que as propostas aqui apresentadas representam apenas uma das etapas do projeto de contração para a posterior superação da prisão e devem caminhar ao lado de políticas públicas que busquem diminuir a desigualdade abissal existente na sociedade. Isso porque, conforme pontuado por Massimo Pavarini (2012b), a necessidade de se castigar está proporcionalmente vinculada ao nível de desigualdade existente em uma determinada sociedade.

A superação da pena de prisão é um imperativo para a construção de uma sociedade mais justa e democrática, sendo que o garantismo penal e a redução das desigualdades sociais são caminhos imprescindíveis para alcançar esse objetivo. O garantismo penal possui limitações e não é capaz de, por si só, solucionar a crise do sistema prisional. Por isso, esta pesquisa defende a necessidade de se ir além, buscando a superação da própria pena de prisão. Para isso, é crucial o compromisso com a redução das desigualdades sociais, que permitiria romper com o ciclo de vulnerabilidade que alimenta o sistema penal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola, 1901-1990. **Dicionário de filosofia**. Trad. da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução nos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALEIXO; Klélia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____. **Introdução à prática na execução penal**. 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024.

ALEIXO; Klélia Canabrava. **Ato infracional: ambivalências e contradições no seu controle**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Política criminal sacrificial e direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 24. n. 48 (2021). Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/27428>. Acesso em 27 ago. 2024.

ALMEIDA, Dorcas Marques; RODRIGUES, Lima Glaison; ALEIXO; Klélia Canabrava. Letalidade Policial: uma breve análise do fenômeno a partir das lentes de René Noël Théophile Girard e Eugenio Raúl Zaffaroni. *In: Ensaios de Política Criminal*. Coord. Klelia Canabrava Aleixo. Orgs. Felipe Amore de Assis Santiago, Poliana Renata Cardoso. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da desilusão**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. **Resocialización o control social: por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado**. Palestra apresentada no Seminário de Criminologia Crítica e Sistema Penal. Trad. Maurício Marínez. Org. Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social. Lima: Universidade de Saarland, 17-21 set. 1990. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf. Acesso em 23 jan. 2025.

BARBOSA e SILVA, Adrian. **Garantismo e sistema penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BATISTA, Nilo. **Capítulos de política criminal**: 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. *In: O panóptico*. Org. Tomaz Tadeu. Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 3ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1 a 120. 27 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRANDÃO, Cláudio. A crise da prisão em três centúrias – um estudo à luz do gênesis dos direitos humanos. **Caderno de Relações Internacionais**. Recife. v. 1, n. 1, p. 5-16, 2020.

_____. **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 12 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República [2024c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República [2024d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 23 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências [2024e]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em 03 mar. 2024.

BRASIL. **Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil**. Resolução N° 14, de 11 de Novembro de 1984. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1195

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em 24 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 03 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm. Acesso em 03 mar. 2024.

BRASIL. **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 22 ago. 2024.

BRASIL. **Lei 12.654/2012 de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em 22 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, [2019a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em 03 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Presidência da República [2024f]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L14843.htm#art2. Acesso em 13 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos: XVI Relatório Semestral**. Comitê Gestor 2022-2023. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, maio, 2022b. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xvi-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-maio-2022>. Acesso em 02 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF. Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 nov. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 51.102/RS. HC. Homicídio qualificado. Luta corporal com outro detento. Falta média. Relator: Gilson Dipp. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 out. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=646802&num_registro=200501979272&data=20061009&formato=PDF. Acesso em 10 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 619.776/DF. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio Inadequação. Art. 349-A do CP e tráfico de drogas. Ingresso com chip de celular em estabelecimento prisional. Conduta atípica. Princípio da legalidade. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 20 abr. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 abr. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=2046278&num_registro=202002718233&data=20210426&formato=PDF. Acesso em 01 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). RE 973837/MG. Repercussão geral. Recurso Extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 out. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 2017, 11 out. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310486070&ext=.pdf>. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 230.929/SP. Relator: Min. Cristiano Zanin. ROHC. Parecer no exame criminológico favorável. Indeferimento da progressão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360110553&ext=.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). RE 635.659/SP. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 jun. 2024 [2024g]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 21 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). RE 111.840/ES. Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 dez. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=191515503&ext=.pdf>. Acesso em 22 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame

criminológico. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 dez. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1271#:~:text=A%20progress%C3%A3o%20no%20regime%20de,dia%2C%20voltar%C3%A1%20ao%20conv%C3%ADvio%20social>. Acesso em 31 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 941. Possibilidade de afastar-se o prévio procedimento administrativo disciplinar – PAD, ou suprir sua eventual deficiência técnica, na hipótese de oitiva do condenado em audiência de justificação no juízo da execução penal, realizada na presença do ministério público ou defensor. Leading case: 972598. Min. Luís Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4987685&numeroProcesso=972598&classeProcesso=RE&numeroTema=941>. Acesso em 01 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula Vinculante n° 439**. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=439>. Acesso em 31 mar. 2024.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN). **Painel iterativo**: saúde: doenças transmissíveis e mortalidade no sistema prisional. 2016/2 a 2023/2. 2024a. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTE4ODAwOTgtNmU2YS00ZW5kLWlwZTctYTZhNjY4ZGZmMTFjIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 14 jul. 2024.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN). **Painel iterativo**: presos e prisão domiciliar no Brasil. 2016/2 a 2023/2. 2024b. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoimDMwODBhZTctMWE2Mi00MTc3LThlYjMtZjE0NzA0OWRmNTVhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 14 jul. 2024.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN). **Sistema Nacional de informações Penais**: 15º Ciclo SISDEPEN: período de julho a dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em 22 ago. 2024.

CAGUETAGEM. *In*: Dicionário Informal. São Paulo: **Dicionário Informal**, 2023. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/significado/caguetagem/20303/>. Acesso em 14 ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

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

_____. **Antimanual de criminologia**. 3 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Gisele Mendes de; HENRIQUES, Hamilton Belloto. **A Lei nº 12.654, de 2012 (perfis genéticos criminais) e as alterações do pacote “anticrime” na Lei de Execução Penal: uma análise crítica.** Revista ESMAT, [S.I.], v. 13, n 22. p. 123-143, 2022. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/450. Acesso em: 1 set. 2023.

CASARA, R. R. Rubens. **Mitologia processual penal.** São Paulo, Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública:** sumário executivo. Brasília: CNJ, 2023. 39p. (Justiça Pesquisa, 5). Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/bitstream/123456789/637/1/sumario_executivo_letalidade_prisional_12_05_23_v2.pdf. Acesso em 11 jan. 2025.

DELEUZE, Gilles. Post-Scriptum sobre a sociedade do controle. *In:* DELEUZE Gilles. **Conversações.** 1972-1990. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

ELIADE, Mircea. 1097-1986. **Mito e realidade.** Trad. Pola Civelli, São Paulo: Perspectiva, 2010.

ESTECA, Augusto Cristiano. **Edificação penal: um estudo da tecnologia do projeto arquitetônico de estabelecimentos de segurança máxima no Brasil.** 2017. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.noticias.unb.br/images/Noticias/2018/Documentos/20181219EdificacaoPenalAugustoEsteca.pdf>. Acesso em 30 jul. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Jurisdicción y Ejecución Penal. La Cárcel: una contradicción institucional. **Revista Crítica Penal y Poder.** 2016, nº 11. Septiembre (pp. 1-10). Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH). Universidad de Barcelona. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783/19710>. Acesso em 14 fev. 2024.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete, 42. ed. Ramallete: Petrópolis, Rio de Janeiro, 2014.

_____. **Nascimento da biopolítica.** Lisboa: Edições 70, Almedina, 2010.

FRAGOSO, Christiano. Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal Nazista de 1936. *In:* **Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista.** Orgs. Márcia Adriana Fernandes e Roberta Dubac Pedrinha. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014, p. 211-232.

FUENTE, J. E.; SALDUNA, M. El régimen disciplinario en las cárceles: Los principios fundamentales y el proceso que debe seguirse para la imposición de una sanción dentro del ámbito penitenciario. **Revista de Derecho Penal,** nº 20, 2012, 175-195.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIAMBERARDINO, Andre Ribeiro. **Gestão de ilegalismos e o teatro da disciplina: os casos de falta grave por posse, utilização ou fornecimento de celular em uma unidade prisional de Curitiba/PR no ano de 2017**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, [S. l.], v. 6, n. 2, 2019. DOI: 10.19092/reed.v6i2.331. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/331>. Acesso em: 23 jan. 2025.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. Trad. Martha Conceição Gambini. Revisão Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1990.

_____. **Coisas ocultas desde a fundação do mundo: a revelação destruidora do mecanismo vitimário**. Trad. Martha Conceição Gambini. Revisão Nelson Luis Barbosa. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 2008.

GOIFMAN, Kiko. **Das “duras” às máquinas do olhar: a violência e a vigilância na prisão**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, vol. 13, n. 3, setembro, 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/5gMzZBcQDftX7pMTQHfLmSC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 30 jul. 2023.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo**. p. 255-257. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos, 2001/2002. Disponível em: http://repositorio.uca.edu.sv/jspui/bitstream/11674/3105/1/La%20Rebeli%c3%b3n%20en%20la%20Tierra%20y%20la%20Rebeli%c3%b3n%20en%20el%20Cielo%20El%20Ser%20Humano%20como%20Sujeto_01.pdf. Acesso em 19 ago. 2023.

_____. **La crítica de las ideologías frente a la crítica de la religión: volver a Marx trascendiéndolo; prólogo de C.G. Aguilar**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2021.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam 1993.

LEITE, Alexandre. **Projeto de Lei nº 6194/2013**. Modifica o art. 126 e demais incisos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, Câmara dos Deputados, 27 ago. 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589370>. Acesso em: 19 fev. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Arlindo. A cultura da vigilância. In: **Rede imaginária: televisão e democracia**. Org. Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das letras, Secretaria Municipal de Cultura, 1991.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. **A disciplina na execução penal: normas penitenciárias e reintegração social**. Londrina, PR: Thoth, 2023.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N 1 Edições, 2014a.
_____. **Crítica da razão negra**. São Paulo: N 1 Edições, 2014b.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Trad. Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social – Subsecretaria de Administração Prisional. **Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional Brasileiro (ReNP)**. Este Regulamento e Normas de Procedimento - ReNP, tem como objetivo [...] regulamentar atividades desenvolvidas no âmbito da SUAPI, bem como padronizar procedimentos da rotina diária das áreas de atendimento ao preso e segurança das Unidades Prisionais subordinadas à Subsecretaria de Administração Prisional. Belo Horizonte, MG: Secretaria de Estado de Defesa Social, 2016. Disponível em <http://www.depen.seguranca.mg.gov.br/images/Publicacoes/Subsecretariadeadministracaoprisional/Regulamento-e-Normas-de-Procedimentos-do-Sistema-Prisional-de-Minas-Gerais-28.pdf>. Acesso em 31 mar. 2024.

MINAS GERAIS. **Regulamento Disciplinar do Centro de Reintegração Social da APAC**. Valdeci Antônio Ferreira (Diretor-geral da FBAC). FBAC: Itaúna, 2020. Disponível em: <https://fbac.org.br>. Acesso em 01 fev. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 1.0024.17.026301-6/001** (9ª Câmara Criminal Especializada). Agravo em execução penal. Subversão à ordem ou a disciplina. Reconhecimento da falta grave. Inviabilidade. Desproporcionalidade da medida. Relatora: Des. Maria das Graças Rocha Santos, julgamento em 15/03/2023, publicação da súmula em 15/03/2023. Belo Horizonte: TJMG, 2023a. Disponível em: file:///C:/Users/marqu/Downloads/InteiroTeor_10024170263016001.pdf. Acesso em: 10 jan. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 1.0693.17.003164-7/002** (9ª Câmara Criminal Especializada). Agravo em execução. Subversão da ordem e da disciplina. Falta grave. Reconhecimento. Depoimento dos agentes penitenciários. Validade. Relator: Des. Richardson Xavier Brant (JD Convocado), julgamento em 01/03/2023, publicação da súmula em 01/03/2023. Belo Horizonte: TJMG, 2023b. Disponível em: file:///C:/Users/marqu/Downloads/InteiroTeor_10693170031647002.pdf. Acesso em: 10 jan. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Criminal). **Agravo em Execução Penal nº 1.0000.21.253122-2/001**. Agravo em execução penal. Insurgência ministerial. Falta grave. Reconhecimento. Briga entre detentas. Subversão da ordem e da disciplina. Relator: Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 25/01/2022, publicação da súmula em 27/01/2022. Belo Horizonte: TJMG, 2022. Disponível em: file:///C:/Users/marqu/Downloads/InteiroTeor_10000212531222001.pdf. Acesso em 10 jan. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Pesquisa de jurisprudência realizada no site do Tribunal de Justiça de com o parâmetro “falta grave” e “fugir”**. 2024a. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=%22falta+grave%22+%22fugir%22&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em 03 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Câmara Justiça 4.0 - Especiali). **Agravo em Execução Penal nº 1.0686.20.440001-0/001**. Agravo em execução. Subversão da ordem e da disciplina. Falta grave. Reconhecimento. Depoimento dos agentes penitenciários. Validade. Relator: Des. Richardson Xavier Brant (JD Convocado), Câmara Justiça 4.0 - Especiali, julgamento em 27/02/2023, publicação da súmula em 27/02/2023. Belo Horizonte: TJMG, 2023b. Disponível em: file:///C:/Users/marqu/Downloads/InteiroTeor_10686204400010001.pdf. Acesso em 11 jan. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Pesquisa de jurisprudência realizada no site do Tribunal de Justiça de com o parâmetro “319-A, CP”**. 2024b. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=319-A%2C+CP&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em 02 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Pesquisa de jurisprudência realizada no site do Tribunal de Justiça de com o parâmetro “349-A, CP”**. 2024c. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=349-A%2C+CP&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em 02 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Pesquisa de jurisprudência realizada no site do Tribunal de Justiça de com o parâmetro “falta grave” e “celular”**. 2024d. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=%22celular%22+%22falta+grave%22&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer>

%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em 02 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Primeiro Cartório de Feitos Especiais). **Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0407.16.001151-3/002**. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Identificação Criminal. Armazenamento de dados em Perfil Genético. Violação ao princípio da presunção de inocência. Não ocorrência. Constitucionalidade. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes, Primeiro Cartório de Feitos Especiais, julgamento em 22/02/2017, publicação da súmula em 24/03/2017. Belo Horizonte: TJMG, 2022. Disponível em: file:///C:/Users/marqu/Downloads/InteiroTeor_10407160011513002.pdf. Acesso em 01 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Pesquisa de jurisprudência realizada no site do Tribunal de Justiça de com o parâmetro “controle”, “difuso”, “constitucionalidade”, “execução”, e “penal”**. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=controle%20difuso%20constitucionalidade%20execu%E7%E3o%20penal&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&&linhasPorPagina=10&linhasPorPagina=10&paginaNumero=1>. Acesso em 22 jan. 2025.

NÃO VÁ EMBORA. Intérprete: Marisa Montes. Compositores: Antunes, Arnaldo; Monte, Marisa. In: Memórias, cônicas e declarações de amor. Intérprete: Marisa Monte. Rio de Janeiro: Tom Capone de Antonie Midani, 2001, **CD, faixa 16**.

PACHECO, Rodrigo. **PEC 45/2023**. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Brasília, Senado Federal, 15, set. 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9459638&ts=1712701348757&disposition=inline>. Acesso em 13 abr. 2024.

PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Trad. Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon; Curitiba: LedZe Editora, 2012a.

_____. Apêndice: Como liberar-se da necessidade do cárcere: um curso de pesquisa-ação sobre a penalidade em Pernambuco. In: **O Bom pastor**: as histórias e os afetos. Orgs. Karina Vasconcelos et aç. Recife: Instituto Brasileiro Pró Cidadania, 2012b.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: Uma introdução crítica. Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Henrique Viana. **Teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020.

RAMOS, Juliana Sanches. **Tudo é falta grave**: controle social, procedimentos e resistências na execução penal no Rio de Janeiro. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2023.

ROEHRIG, José Flávio Ferrari. **Criminalización de las estrategias de supervivencia: análisis de la respuesta estatal a las medidas de supervivencia adoptadas por la población reclusa**. 2024. Projeto de tese de doutoramento – Universidade de Barcelona, Barcelona, 2024.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria e crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimp. nov 2013.

_____. Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos. **Revista Da Faculdade De Direito Da UERJ - RFD**, (15, 16, 17, 18 (2007) (2008) (2009). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1373/1163>. Acesso em 01 abr. 2024.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SAMBA DA BENÇÃO. Intérprete: Vinícius de Moraes. Compositores: Moraes, Vinícius de; Poweel, Baden. *In: A arte de Vinicius de Moraes*. Intérprete: Vinícius de Moraes. Rio de Janeiro: Polygram, 1988, **CD, faixa 9**.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

_____. Massimo Pavarini e a Criminologia Crítica contemporânea. *In: Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Orgs. André Giamberardino, Rodrigo Duque Estrada Roig e Salo de Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

SÃO PAULO. Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da Comarca de Sorocaba. **PEP 0002961-97.2023.8.26.0521**. Juiz André Luiz Bastos. Sorocaba, 19 abr. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/05/doc_55206560.pdf. Acesso em: 22 jan. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Hermenêutica na execução penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 38, São Paulo, abr. 2002.

_____. **Direitos, deveres e disciplina na execução penal**. *In: CARVALHO, Salo de (coord.)*. Crítica à execução penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Hugo. **Sobre a vida e sobrevida da teoria do bem jurídico**: reflexões em diálogo com o livro “Ainda vive a teoria do bem jurídico?”, de Humberto Souza Santos. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 190-209, 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Helio. **A relação processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **A dignidade humana como limite para a intervenção penal**: uma hipótese a partir do construtivismo de John Rawls. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Belo Horizonte, 2022. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_FranciscoJoseVilasBoasNeto_29937_Textocompleto.pdf f. Acesso em 23 jan. 2025.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales**: su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., maio 2011. 3ª reimp., maio 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Trad. Rodrigo Murad do Prado. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAMBA, Edson Gabriel Souza. **As técnicas disciplinares na Associação de Proteção e Assistência aos Condenados**. Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Edição Especial n° 5, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dilemas/a/5tbHjWck5XQBgJmVbrJG75S/?lang=pt>. Acesso em 20 fev. 2024.

ANEXO**Espelhos de Acórdãos encontrados em pesquisa realizada no dia 27/02/2024 no site do TJMG a partir dos critérios “falta grave” e “fugir” (Minas Gerais, 2024a)**

1. Agravo de Execução Penal [1.0000.22.280998-0/001](#); [2809998-19.2022.8.13.0000](#)
2. Agravo de Execução Penal [1.0693.15.008366-7/003](#); [2949224-39.2022.8.13.0000](#)
3. Agravo de Execução Penal [1.0000.22.130375-3/001](#); [4400088-30.2019.8.13.0056](#)
4. Agravo de Execução Penal [1.0056.09.219506-6/002](#); [1428261-84.2022.8.13.0000](#)
5. Agravo de Execução Penal [1.0312.16.001871-8/001](#); [0102347-11.2022.8.13.0000](#)
6. Agravo de Execução Penal [1.0351.19.440008-8/001](#); [2217624-75.2021.8.13.0000](#)
7. Agravo de Execução Penal [1.0231.08.112441-5/002](#); [2068332-16.2021.8.13.0000](#)
8. Agravo de Execução Penal [1.0000.21.147734-4/001](#); [1477351-95.2021.8.13.0000](#)
9. Agravo de Execução Penal [1.0637.06.038134-9/001](#); [0259818-27.2021.8.13.0000](#)
10. Agravo de Execução Penal [1.0000.21.068507-9/001](#); [0685087-03.2021.8.13.0000](#)
11. Agravo de Execução Penal [1.0338.14.011172-9/008](#); [1308499-11.2021.8.13.0000](#)
12. Agravo de Execução Penal [1.0027.15.009519-1/001](#); [0539617-72.2020.8.13.0000](#)
13. Agravo de Execução Penal [1.0079.16.022330-5/002](#); [0116425-78.2020.8.13.0000](#)
14. Agravo de Execução Penal [1.0702.16.006811-1/002](#); [1426231-18.2018.8.13.0000](#)
15. Agravo de Execução Penal [1.0231.17.003578-7/001](#); [0594137-84.2017.8.13.0000](#)
16. Agravo de Execução Penal [1.0521.15.004055-3/002](#); [0123623-74.2017.8.13.0000](#)
17. Agravo de Execução Penal [1.0686.11.008026-0/001](#); [0824080-02.2016.8.13.0000](#)
18. Agravo de Execução Penal [1.0693.13.009620-1/001](#); [0230771-18.2015.8.13.0000](#)
19. Agravo de Execução Penal [1.0016.14.000152-6/001](#); [0751936-64.2015.8.13.0000](#)
20. Agravo de Execução Penal [1.0280.10.003674-6/001](#); [0373446-04.2015.8.13.0000](#)
21. Agravo de Execução Penal [1.0040.08.077617-8/001](#); [0924898-30.2014.8.13.0000](#)
22. Agravo de Execução Penal [1.0106.13.004605-0/001](#); [0837090-21.2013.8.13.0000](#)
23. Agravo de Execução Penal [1.0231.12.033152-6/001](#); [0134666-47.2013.8.13.0000](#)

24. agravo de Execução Penal [1.0637.10.006626-4/001](#); [0074244-09.2013.8.13.0000](#)
25. Agravo de Execução Penal [1.0525.12.005161-6/001](#); [1165656-38.2012.8.13.0000](#)
26. Agravo de Execução Penal [1.0177.12.000392-2/001](#); [1165642-54.2012.8.13.0000](#)
27. Habeas Corpus Criminal [1.0000.11.039044-0/000](#); [0390440-49.2011.8.13.0000](#)
28. Habeas Corpus Criminal [1.0000.11.007313-7/000](#); [0073137-95.2011.8.13.0000](#)
29. Habeas Corpus Criminal [1.0000.10.075057-9/000](#); [0750579-25.2010.8.13.0000](#)
30. Agravo de Execução Penal [1.0000.09.498113-1/002](#); [4981131-52.2009.8.13.0000](#)
31. Agravo de Execução Penal [1.0000.09.492695-3/001](#); [4926953-56.2009.8.13.0000](#)
32. Agravo de Execução Penal [1.0000.08.481044-9/001](#); [4810449-98.2008.8.13.0000](#)
33. Habeas Corpus Criminal [1.0000.07.465278-5/000](#); [4652785-38.2007.8.13.0000](#)
34. Agravo de Execução Penal [1.0000.05.416835-6/001](#); [4168356-77.2005.8.13.0000](#)
35. Habeas Corpus Criminal [2.0000.00.426361-6/000](#); [4263616-60.2000.8.13.0000](#)
36. Habeas Corpus Criminal [1.0000.00.148723-0/000](#); [1487230-64.2000.8.13.0000](#)