

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Luísa Rêgo de Azeredo Passos

**QUALIDADE DA PENA NA EXECUÇÃO PENAL:
a viabilidade de compensação penal em razão do reconhecimento da ilicitude
da execução da pena**

Belo Horizonte
2025

Luísa Rêgo de Azeredo Passos

**QUALIDADE DA PENA NA EXECUÇÃO PENAL:
a viabilidade de compensação penal em razão do reconhecimento da ilicitude
da execução da pena**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Klelia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo.

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P289q	Passos, Luísa Rêgo de Azeredo Qualidade da pena na execução penal: a viabilidade de compensação penal em razão do reconhecimento da ilicitude da execução da pena / Luísa Rêgo de Azeredo Passos. Belo Horizonte, 2025. 201 f. : il. Orientadora: Klelia Canabrava Aleixo Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Brasil. Lei de execução penal (1984). 2. Execução penal - Brasil. 3. Sanção penal. 4. Direitos humanos. 5. Sistema penitenciário - Brasil. 6. Direitos do preso - Violação - Brasil. 7. População carcerária - Brasil. 8. Compensação (direito). I. Aleixo, Klelia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. SIB PUC MINAS CDU: 343.8
-------	--

Luísa Rêgo de Azeredo Passos

**QUALIDADE DA PENA NA EXECUÇÃO PENAL:
a viabilidade de compensação penal em razão do reconhecimento da ilicitude
da execução da pena**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Klelia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo.

Prof^a. Dra. Klelia Canabrava Aleixo – PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Henrique Abi-Ackel Torres (Banca Examinadora)

Prof^a. Dra. Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues (Suplente)

Belo Horizonte, 12 de março de 2025

“É horrível assistir à agonia de uma esperança.”

Simone de Beauvoir

AGRADECIMENTOS

Àqueles que contribuíram para a realização deste trabalho, fica expressa aqui a minha gratidão, especialmente:

À Professora Klelia Canabrava Aleixo, pela orientação e por todos os ensinamentos nas salas de aula ao longo dos anos.

Aos meus pais, pelo amor e incentivo em todos os momentos. Por acreditarem em mim mesmo quando eu não acredito. Agradeço imensamente por sempre me apoiarem em todas minhas escolhas, mesmo quando não parecem ser as melhores. Por ficarem do meu lado em cada caminho que sigo, e, mesmo quando me perco, sempre tentarem me indicar uma direção. E por me amarem de forma tão incondicional, até nos meus dias mais mal humorada.

À Amanda Nunes, minha duplinha do mestrado, que diariamente tornava meus dias muito mais agradáveis e leves, que além de ter me ajudado academicamente, também foi um suporte emocional, sendo minha ouvinte e confidente no longo caminho até a PUC, e se fazendo presente mesmo quando eu me isolava na caverninha. Obrigada por não desistir de mim. Seu carinho e preocupação comigo sempre me deram apoio para levantar.

Ao meu chefe Leonardo Barbosa pelo incentivo e pela paciência. Por todas as vezes que me desorganizei com os prazos do escritório ou me ausentei das atividades profissionais para priorizar as atividades acadêmicas.

Ao meu amigo Lucas Glufke, por todo o carinho, desabafos, momentos de distração e por sempre me ajudar com minhas dúvidas jurídicas. Por conseguir me fazer rir nos meus choros mais desesperados. Por sempre me acolher, abrir as portas da sua casa pra me receber pós terapia, ou pra me supervisionar durante o processo de escrita pra eu não ficar procrastinando com outras coisas. Por me ouvir falar sempre do mesmo assunto um milhão de vezes. Por ser meu socorro quando eu mais preciso.

À minha irmã de alma, Letícia Melhem, por ser meu porto seguro. Por tantas vezes que consertou em mim coisas que não foi ela quem quebrou. Pela companhia em viagens, lanches, saídas, e por estar sempre comigo, nos meus piores momentos.

À minha amiga Betina Hipólito, por ser minha força. Por todos os cafés da manhã descompromissados, que são verdadeiros remédios pra mim. Por ser uma companhia pra toda hora, pelas conversas leves e fúteis do dia a dia, mas pelas conversas difíceis e necessárias. Por todos os puxões de orelha e choques de realidade, mas por todo o acolhimento.

À minha amiga Paula Viana, por sempre me colocar pra cima e por insistir tanto na nossa amizade, que me faz tão bem. Por ser minha médica psiquiatra particular e cuidar tanto de mim.

À minha personal e amiga, Izabela Calazans, por todas as conversas e todas as mensagens de carinho e motivação que ela sempre me manda, por sempre me exaltar e me fazer lembrar do meu valor, e por ser uma ótima confidente e professora.

À Rê, por tomar conta de mim, sempre se preocupando se eu estou me alimentando bem, ou se estou dormindo o tempo necessário, e por tanto carinho comigo e com minha família diariamente, mesmo no contexto caótico da minha casa.

E principalmente, gostaria de agradecer a Deus, por ter me mostrado uma força que eu não achei que tinha, não só para escrever, mas para enfrentar o ano que pessoalmente foi o mais difícil da minha vida, e acabou impactando nas áreas acadêmica, profissional, social e até mesmo na minha saúde. Por sempre me mostrar uma luzinha dentro de mim, quando sinto que a única coisa que fiz até agora na minha vida foi fugir, fugir de mim mesma, do meu nada, e quando não sei mais para onde ir, ou que fazer. Por não me deixar desistir, mesmo quando eu me sinto tão perdida. E por colocar tantas pessoas maravilhosas na minha vida, amigos que, mesmo na correria do dia a dia, de alguma forma, conseguem se fazer presentes.

Meu irmão, por matar baratas para mim; minha família, tios, primos; vovó Maria Amélia; Aninha, que é mais que prima, é amiga; Flávio, por todos as risadas, por todos os ombros amigo durante tantas lágrimas e por ter trazido tantas diversões nesse ano tão difícil; Tati, Gui e Alice, que logo que chegaram já ocuparam um lugarzinho no meu coração; amigos da FJP, que apesar do meu afastamento esse ano, quando encontram me lembram o tanto que são queridos pra mim; meus filhos peludos, que são meu conforto e companhia de todos os dias.

Todos aqui mencionadas, cada um, da sua forma, são muito importantes para mim. São minha base, minha alegria e bênçãos de Deus, por isso, muito obrigada por estarem na minha vida. Eu devo tudo isso a vocês!

RESUMO

O presente trabalho investiga a possibilidade da compensação penal por penas abusivas no sistema prisional brasileiro, com foco na violação dos direitos humanos dos detentos. O estudo parte da constatação de que o sistema prisional do Brasil enfrenta uma série de problemas, incluindo superlotação, condições precárias, e tratamentos cruéis, que violam os direitos fundamentais dos presos. Diante disso, o conceito de compensação penal emerge como uma forma de reparação e responsabilização do Estado por essas violações. A pesquisa se apoia em uma análise crítica dos dispositivos legais, nacionais e internacionais, que fundamentam a compensação penal, com destaque para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o papel da Lei de Execução Penal (LEP). A dissertação examina a teoria de Zaffaroni sobre a função da pena, a qual defende que o objetivo principal da punição deve ser a ressocialização do infrator, e não o castigo desumanizador. A metodologia inclui uma revisão bibliográfica, análise de casos concretos e dados estatísticos do sistema prisional brasileiro. A partir dessa investigação, conclui-se que, mesmo que a LEP fosse integralmente cumprida, as violações de direitos dos presos persistiriam, em razão da estrutura inquisitorial da execução penal. Para alcançar uma verdadeira garantia de direitos, o processo de execução penal precisa adotar um modelo acusatório, que otimize a ampla defesa e o contraditório, e assegure as garantias fundamentais dos apenados. Por fim, o estudo sugere que a compensação penal pode ser uma via eficaz para a reparação dos danos sofridos pelos detentos, responsabilizando o Estado pelas condições inumanas nas quais as penas são executadas e contribuindo para a construção de um sistema penal mais justo e humanitário.

Palavras-chave: Execução Penal; Pena; Direitos humanos; Violações; Poder Punitivo; Sistema prisional.

ABSTRACT

The present work investigates the possibility of criminal compensation for abusive sentences in the Brazilian prison system, focusing on the violation of the human rights of inmates. The study is based on the finding that Brazil's prison system faces a series of problems, including overcrowding, poor conditions, and cruel treatment, which violate the fundamental rights of prisoners. In view of this, the concept of criminal compensation emerges as a form of reparation and accountability of the State for these violations. The research is based on a critical analysis of the national and international legal provisions that underlie criminal compensation, with emphasis on the Principle of Human Dignity and the role of the Penal Execution Law (LEP). The dissertation examines Zaffaroni's theory about the function of punishment, which argues that the main objective of punishment should be the resocialization of the offender, and not the dehumanizing punishment. The methodology includes a literature review, analysis of concrete cases and statistical data of the Brazilian prison system. From this investigation, it is concluded that, even if the LEP were fully complied with, the violations of the prisoners' rights would persist, due to the inquisitorial structure of the penal execution. To achieve a true guarantee of rights, the criminal execution process needs to adopt an accusatory model, which optimizes the broad defense and the adversarial process, and ensures the fundamental guarantees of the convicts. Finally, the study suggests that criminal compensation can be an effective way to repair the damage suffered by inmates, making the State responsible for the inhumane conditions in which sentences are carried out and contributing to the construction of a more just and humane penal system.

Key-words: Penal Execution; Feather; Human rights; Violations; Punitive Power; Prison system.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art	Artigo
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COC	Centro de Observação Criminológica
CP	Código Penal
CTC	Comissão Técnica de Classificação
ECI	Estado de Coisa Inconstitucional
LEP	Lei de Execução Penal
ONU	Organização das Nações Unidas
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	LEP COMO NORMA LIMITANTE DO PODER PUNITIVO E DIRETRIZ DA APLICAÇÃO DA PENA	25
2.1	Teorias da pena	27
2.1.1	<i>Teorias Absolutas</i>	<i>27</i>
2.1.2	<i>Teoria relativa</i>	<i>33</i>
2.1.3	<i>Prevenção geral</i>	<i>36</i>
2.1.4	<i>Prevenção especial</i>	<i>41</i>
2.1.5	<i>Agnóstica</i>	<i>43</i>
2.2	Direito penal e sistema penal	47
2.3	Direitos humanos como tema central da vertente garantista do direito penal brasileiro	49
2.3.1	<i>Teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli</i>	<i>50</i>
2.3.2	<i>Direitos humanos e garantismo</i>	<i>53</i>
2.4	Princípios norteadores da execução penal	60
2.4.1	<i>Princípio da Humanidade</i>	<i>61</i>
2.4.2	<i>Princípio da Legalidade</i>	<i>64</i>
2.4.3	<i>Princípio da culpabilidade</i>	<i>69</i>
2.4.4	<i>Princípio da lesividade</i>	<i>71</i>
2.4.5	<i>Princípio da intervenção mínima</i>	<i>74</i>
2.4.6	<i>Princípio da individualização da pena</i>	<i>75</i>
2.4.7	<i>Princípio da presunção de inocência</i>	<i>77</i>
2.4.8	<i>Princípio da proporcionalidade</i>	<i>79</i>
3	SISTEMA PENITENCIÁRIO E A QUALIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA	83
3.1	Seletividade do sistema penal liberal e encarceramento da pobreza	83
3.2	Superlotação carcerária do sistema prisional brasileiro	95
3.3	Execução penal e violação de direitos	99
3.3.1	<i>Falta disciplinar</i>	<i>99</i>
3.3.2	<i>Sanção disciplinar de isolamento e Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)</i>	<i>101</i>
3.3.3	<i>Requisitos objetivos da progressão de regime</i>	<i>105</i>
3.3.4	<i>Requisitos subjetivos da progressão de regime (art. 112, § 1º e art. 114, II)</i>	<i>108</i>

3.3.5	<i>Remição</i>	113
3.3.6	<i>Livramento condicional</i>	116
3.4	A violação de direitos por trás do discurso da ressocialização	124
4	A COMPENSAÇÃO PENAL COMO MEDIDA CONSEQUENCIALISTA DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL	135
4.1	Estado de exceção mitigado pelo discurso da necessidade da ordem social	139
4.2	Complexo penitenciário de curado e a resolução da corte interamericana de direitos humanos	148
4.3	Penas ilícitas	154
4.4	Compensação penal em penas abusivas	159
4.4.1	<i>Remissão</i>	165
4.4.2	<i>Princípio do Numeru clausus</i>	168
4.4.3	<i>Doutrina e precedentes jurisprudenciais</i>	175
4.4.4	<i>Aplicação práticas</i>	183
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	195
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	197

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro, como é sabido, enfrenta uma série de desafios e problemas que levam à constante violação dos direitos humanos dos detentos.

Atualmente, o Brasil possui 663.387 mil presos, número que abrange todos os regimes de pena (fechado, semiaberto, aberto), RDD, medida de segurança, bem como os presos em caráter provisório (SISDEPEN, 2024). Este número abrange todos os regimes de pena, monitoramento eletrônico, bem como os presos em caráter provisório. E, por isso, o país ocupa a 3ª posição na lista de maior população carcerária do mundo, em números absolutos, atrás apenas dos Estados Unidos e China.

Neste contexto, ao observarmos de perto o sistema prisional e a execução das penas, é possível constatar que nem sempre esses ideais são plenamente alcançados. Em muitos casos, nos deparamos com penas abusivas e violações dos direitos fundamentais dos detentos, o que levanta a necessidade de abordar a questão da compensação penal.

As penas abusivas, que ultrapassam os limites impostos pela lei ou que resultam em tratamentos cruéis e desumanos, são a realidade do sistema prisional brasileiro. A superlotação, as condições precárias das prisões, a falta de acesso a serviços médicos adequados e a violência dentro das instituições penitenciárias são apenas alguns dos fatores que contribuem para a constante violação dos direitos humanos dos detentos.

Diante desse cenário, a compensação penal emerge como uma possibilidade de reparação para as vítimas de penas abusivas. A compensação, além de buscar reparar os danos causados, também tem o potencial de responsabilizar o Estado por falhas sistêmicas que resultam em violações dos direitos dos detentos. Contudo, a implementação efetiva da compensação penal enfrenta desafios significativos, como a falta de mecanismos adequados, a burocracia e a resistência institucional.

Neste contexto, o presente estudo se propõe a investigar a questão da compensação penal por penas abusivas, analisando sua relevância, os desafios envolvidos e as possíveis soluções para garantir que o sistema prisional cumpra seus propósitos de justiça e respeito aos direitos humanos. Por meio da análise de casos concretos, dados estatísticos e revisão bibliográfica, esperamos contribuir para o debate sobre essa temática crucial, oferecendo *insights* que possam

subsidiar políticas públicas mais efetivas e a promoção de um sistema penal mais justo e humanitário.

Essa introdução apresenta o contexto geral do tema, destacando as violações dos direitos humanos no sistema prisional e a necessidade de abordar a questão da compensação penal para penas abusivas. Também descreve a relevância da pesquisa e os objetivos do estudo, despertando o interesse do leitor para o desenvolvimento do assunto ao longo do trabalho.

Portanto, para realizar a pesquisa, serão abordados e sistematizados os conceitos e diretrizes do Direito Penal, principalmente a partir da teoria de Zaffaroni sobre a função da pena. E decorrente do problema de pesquisa, algumas hipóteses nortearão o desenvolvimento da investigação aqui proposta.

O poder estatal concede as suas instituições funções específicas, que são expressas, declaradas e públicas. No entanto, estas funções nem sempre condizem com o que a instituição realiza na sociedade, isto é, com sua função latente, real. Essa disparidade deve ser objeto de crítica institucional, a fim de controlar a racionalidade do poder (Zaffaroni; Batista, 2011).

À vista disso, a fundamentação legal para a compensação penal por penas abusivas, apesar de não explicitamente expressa, encontra respaldo principiológico e normativo, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente na Constituição Brasileira, estabelece que todas as pessoas devem ser tratadas com respeito e dignidade, mesmo durante o cumprimento de suas penas. O texto magno, em seu artigo 5º, proíbe expressamente a aplicação de penas cruéis, desumanas ou degradantes e assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, garantindo-lhes tratamento digno durante o cumprimento da pena.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, proíbe penas cruéis, desumanas ou degradantes em seu artigo 5º, assim como estabelece o direito à reparação adequada em casos de violação dos direitos humanos.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, estabelece o princípio da proteção contra tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 5º) e o direito a reparação justa em casos de violação dos direitos humanos (artigo 8º).

A proteção dos direitos da pessoa presa também está assegurada na norma infraconstitucional, tanto na Lei de Execução Penal (Art. 3º) quanto no Código Penal (art. 38) expressos em dispositivos que decorrem do princípio da legalidade, além de respeitarem a proporcionalidade entre delito e pena (Roig, 2017).

A combinação desses princípios, tratados e normas contribui para o reconhecimento da importância de reparar os danos causados pelas violações dos direitos humanos no sistema prisional e para garantir que as penas sejam aplicadas de forma justa e respeitosa aos direitos fundamentais dos detentos.

A compensação penal por penas abusivas é vista como uma forma de reparação e responsabilização do Estado em situações em que ocorram violações aos direitos fundamentais dos detentos durante a execução penal. Portanto, a fundamentação teórica para a compensação penal no Brasil está fortemente ancorada no respeito à dignidade humana e na garantia dos direitos humanos, assegurando a proteção e reparação às vítimas de penas abusivas no sistema prisional, bem como no Princípio da legalidade, que segundo Zaffaroni “[...] exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça dentro dos limites estabelecidos para a punibilidade” (Zaffaroni, 2021, p. 27).

O tema apresentado possui grande relevância no âmbito jurídico nacional, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão. Trata de um assunto de repercussão geral, alcançando direitos fundamentais e diretrizes basilares do Direito Penal brasileiro.

Dessa forma, esta pesquisa pretende apresentar, a partir da compreensão acerca dos dispositivos legais, sejam aqueles previstos na Constituição Federal de 1988, sejam os positivados nas normas infraconstitucionais, em especial no Código Penal e a Lei de Execução Penal, as antagônicas vertentes que versam sobre o tema.

As condições de encarceramento no Brasil e o sistema prisional são caracterizados pela com superlotação, falta de estrutura adequada, condições precárias de higiene, falta de tratamento médico e violência entre detentos. Esse modelo de encarceramento massivo prejudica a qualidade da pena, tornando-a desumana e ineficaz.

Sobre a qualidade da pena, Greco (2005) afirma que, embora formalmente penas cruéis não possam ser previstas por lei, na prática, a realidade carcerária demonstra que, mesmo dentro do sistema constitucional e legal, a pena privativa de

liberdade frequentemente assume um caráter cruel. Em diversas situações, os presos são colocados em condições degradantes: confinados em celas insalubres e escuras, sem acesso adequado à higiene ou luz natural, e obrigados a dividir espaços minúsculos, chegando a dormir em pé por falta de espaço suficiente. Esse tratamento desumano assemelha-se à condição de animais, enquanto o Estado ainda espera a ressocialização dos indivíduos submetidos a esse ambiente (Greco, 2005).

Zaffaroni enfatiza que a pena tem como objetivo principal a ressocialização do infrator, visando sua reinserção na sociedade. Nesse sentido, a qualidade da pena está intrinsecamente ligada à capacidade do sistema prisional de promover a reintegração social, garantindo a dignidade e os direitos dos detentos.

Para o autor, a pena deve ser vista como uma medida de controle social e prevenção da violência, e não como um mero castigo. Ele enfatiza a importância da prevenção, buscando a manutenção do equilíbrio social e a convivência pacífica dos membros da sociedade. Além disso, Zaffaroni destaca a necessidade de limitar os excessos da pena, questionando a eficácia do sistema punitivo e apontando para a importância de buscar alternativas mais justas e humanas.

O sentido ético da pena é a prevenção e não o castigo, sua função social é a de contribuir para a manutenção de um equilíbrio que permita a convivência pacífica dos membros da sociedade e a prevenção da violência (Zaffaroni, 2011, p. 125).

Portanto, ao analisar a qualidade da pena e o sistema prisional brasileiro sob a perspectiva teórica de Zaffaroni, é fundamental considerar a crítica ao modelo tradicional de encarceramento, a busca por alternativas à prisão, a intervenção mínima do Estado e a importância de enfrentar as causas estruturais da criminalidade. A partir dessas bases teóricas, é possível refletir sobre a necessidade de reformas no sistema penal brasileiro para torná-lo mais justo, humano e eficiente na busca pela ressocialização dos detentos e pela garantia dos direitos humanos.

Sobre a possibilidade de compensação penal, de modo a minimizar a violação de direitos “[...] menos ainda admitimos que a falta de previsão legal do caso impeça os juízes de adotar a solução compensatória, quando esta não depende da letra da

lei infraconstitucional, mas sim da lei constitucional e internacional” (Zaffaroni, 2020, p. 23, tradução nossa).¹

A pesquisa visa contribuir para a proteção e garantia dos direitos humanos dos detentos, especialmente daqueles que enfrentam penas abusivas e ilegais, buscando compreender como a compensação penal pode ser uma forma de reparar essas violações.

A metodologia empregada para estudo e compreensão do tema abarcado propõe um diálogo entre os Direito Constitucional e Penal, além de uma análise multidisciplinar, valendo-se de uma interação sistemática, pautada na interlocução teórica com outras ciências.

O modelo hermenêutico possibilitará um discurso interpretativo calcado pela investigação bibliográfica envolvendo a problemática suscitada. Já o método analítico-dedutivo permitirá a exploração de problemas a partir de pressupostos teóricos sobre a abordagem do tema em pesquisas científicas, assegurada a capacidade de reflexão e de síntese.

A pesquisa utilizará como materiais a legislação nacional pertinente, estudos jurídicos existentes e jurisprudência relevante. O material será obtido por meio de livros, artigos publicados em revistas especializadas, acórdãos de tribunais superiores, textos publicados na Internet, canais de congressos e dos debates legislativos.

A pesquisa, sempre nos limites dos objetivos propostos, se desenvolverá da seguinte forma: levantamento bibliográfico inerente ao tema; estudo crítico do material doutrinário levantado; obtenção e análise da legislação nacional pertinente; seleção de análise de decisões jurisprudenciais dos principais tribunais nacionais; identificação dos reflexos provocados pelos princípios explícitos e implícitos das legislações que versam sobre o tema e análise de textos alternativos referente ao tema em questão.

Para a compreensão do tema proposto, o marco teórico que norteará o presente estudo são as teorias do professor, jurista e magistrado argentino Eugênio Raúl Zaffaroni, um dos maiores e mais respeitados nomes da releitura crítica do

¹ “menos aún admitimos que la falta de previsión legal del caso imidiese a los jueces adoptar la solución compensatoria, cuando ésta no depende de la letra de la ley infraconstitucional, sino de la ley constitucional e internacional” (Zaffaroni, 2020, p. 23).

direito penal latino-americano, defensor dos direitos humanos e crítico do arbítrio estatal.

Zaffaroni oferece uma análise crítica sobre o sistema penal, revelando sua natureza seletiva e estruturalmente desigual. Para o autor, o poder punitivo exerce uma função configuradora, moldando as relações sociais por meio de práticas seletivas que incidem principalmente sobre as populações vulneráveis. Sua teoria agnóstica questiona tanto a legitimidade quanto a eficácia da pena, destacando que as justificativas tradicionais frequentemente mascaram objetivos ocultos de controle social.

Outro autor central para o desenvolvimento da pesquisa é o Rodrigo Duque Estrada Roig. Pesquisador e Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, contribui com uma reflexão sobre a Lei de Execução Penal como uma norma que, idealmente, deveria limitar o arbítrio estatal e garantir os direitos fundamentais dos presos. Contudo, enfatiza as contradições entre a norma e a realidade carcerária, evidenciando como a aplicação prática da LEP perpetua arbitrariedades e práticas punitivistas, comprometendo a dignidade dos detentos. Sua análise reforça a necessidade de uma execução penal que transcenda o discurso formal de ressocialização para enfrentar as condições degradantes que caracterizam o sistema prisional brasileiro.

Por fim, Luís Carlos Valois, professor e juiz titular da Vara de Execuções Penais em Manaus, amplia esse debate ao abordar a execução penal sob uma perspectiva humanista, criticando o encarceramento em massa e a banalização das violações de direitos humanos no sistema prisional. Argumenta, ainda, que o respeito à dignidade da pessoa humana deve ser o pilar de qualquer política penal, destacando a importância de mecanismos que responsabilizem o Estado por penas abusivas. Sua abordagem dialoga diretamente com o conceito de compensação penal como medida reparatória, tema central desta dissertação.

Esses autores oferecem um alicerce teórico robusto para a análise das penas abusivas e das possibilidades de reparação estatal, fundamentando a discussão sobre a viabilidade da compensação penal em face da ilicitude da execução das penas no Brasil. Suas perspectivas convergem ao apontar a necessidade de repensar o sistema penal, promovendo um modelo que priorize a justiça, a humanidade e a efetiva garantia dos direitos fundamentais.

A presente dissertação é estruturada em capítulos que aprofundam a análise da execução penal e das possibilidades de compensação penal em razão das ilicitudes constatadas na execução de penas no sistema prisional brasileiro. O primeiro capítulo explora a Lei de Execução Penal (LEP) como um instrumento que visa limitar o poder punitivo estatal e orientar a aplicação da pena. O texto discorre sobre os princípios fundamentais que norteiam a execução penal, como os da humanidade, legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e intervenção mínima, bem como sobre as teorias da pena. Essas teorias são discutidas em suas diversas vertentes, desde as absolutas até as relativas e agnósticas, com destaque para a abordagem crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni, que questiona as justificativas dogmáticas do sistema penal.

O segundo capítulo analisa o sistema penitenciário e a qualidade do cumprimento da pena, destacando a seletividade do sistema penal e o impacto dessa seletividade no encarceramento de populações vulneráveis. Neste ponto, o texto aborda problemas estruturais, como a superlotação, as condições desumanas das prisões e as violações recorrentes dos direitos humanos dos detentos. A análise se estende à aplicação prática da execução penal, incluindo questões relacionadas à progressão de regime, remição de pena e livramento condicional. O discurso oficial da ressocialização é confrontado com a realidade, demonstrando como, em muitos casos, esse discurso serve apenas para mascarar práticas punitivistas e perpetuar violações.

O terceiro capítulo discute a compensação penal como medida consequencialista, partindo do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. A análise aborda as penas ilícitas e a compensação penal como forma de reparação pelas condições degradantes impostas aos detentos. Neste capítulo, são apresentados precedentes doutrinários e jurisprudenciais que fundamentam a viabilidade da compensação penal, além de possíveis formas de sua aplicação prática. A pesquisa examina a relação entre a compensação penal e os princípios constitucionais e internacionais de direitos humanos, destacando o papel do Estado na responsabilização pelas violações cometidas.

Por fim, as considerações finais sintetizam as discussões desenvolvidas ao longo do trabalho, reafirmando a importância de repensar o modelo atual de execução penal e de adotar mecanismos que garantam a proteção dos direitos

fundamentais dos apenados. O texto sugere que a compensação penal pode atuar como um instrumento de reparação e transformação do sistema prisional, contribuindo para a construção de um modelo mais justo e humanitário.

2 LEP COMO NORMA LIMITANTE DO PODER PUNITIVO E DIRETRIZ DA APLICAÇÃO DA PENA

A Lei de Execução Penal (LEP), instituída no Brasil pela Lei nº 7.210 de 1984, configura-se como um instrumento normativo essencial que não só orienta a aplicação da pena, mas também limita o poder punitivo estatal. Ela estabelece diretrizes para a execução das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e das medidas de segurança, promovendo a garantia dos direitos fundamentais dos presos e definindo parâmetros para o cumprimento justo e humanizado da sanção imposta. A LEP reflete o compromisso com os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, e reforça o objetivo ressocializador da pena ao estabelecer limites para evitar arbitrariedades e abusos no sistema prisional.

Roig (2005), a partir da análise profunda da LEP, ressalta seu papel ambíguo no sistema penal brasileiro; ao mesmo tempo em que ela tenta se posicionar como um limite ao poder punitivo estatal, sua aplicação prática revela a coexistência de garantias legais com práticas arbitrárias e punitivistas.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984) e o Regulamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro (RPERJ - Decreto nº 3.397, de 1986) constituem os instrumentos normativos reguladores da estrutura e da disciplina carcerárias no estado. Tais diplomas, não obstante os inegáveis progressos trazidos, tais como a positivação do princípio da legalidade em sede executiva, ainda se encontram influenciados pelo modelo neodefensivista social, consagrando a ressocialização do condenado como objetivo anunciado da pena, reincorporando a noção de periculosidade do agente e primando pela ideia de "tratamento do delinquente" (Roig, 2005, p. 137).

A lei foi um marco na tentativa de limitar o arbítrio do poder punitivo, buscando transformar o sistema penal em um espaço de respeito aos direitos e garantias dos indivíduos privados de liberdade. No entanto, ele observa que a execução penal é marcada por um "descompasso" entre a norma e a realidade carcerária, onde a dignidade e a ressocialização previstas na lei frequentemente são ofuscadas por práticas de controle e punição exacerbadas, que revelam um sistema mais voltado para o controle social do que para a reintegração dos apenados (Roig, 2005).

A principal deficiência da normatização penitenciária atual é a falta de mecanismos legais capazes de limitar o grande poder discricionário das autoridades

administrativas no sistema prisional. Esse controle disciplinar carcerário compromete a intimidade, o discernimento pessoal e a confiança do preso no sistema de garantias legais. A confiança é rapidamente minada quando o preso percebe que a proteção de seus direitos básicos depende apenas da vontade da autoridade que o guarda e não de normas legais que parecem distantes da realidade prisional. “Com isso, garantias legais se transformam, quase que por milagre, em benesses da impune e soberana autoridade penitenciária, reforçando os convenientes laços de submissão” (Roig, 2005, p. 138).

Conforme relembra Roig (2005), Ferrajoli argumenta que a pena possui uma dupla função: enquanto é exemplar no momento da condenação, torna-se disciplinadora e opressiva na execução. Isso atribui às instituições punitivas um caráter autoritário e totalizante, ampliando o papel do Judiciário. Após a definição inicial da pena pelo juiz, ela é redeterminada pelas autoridades que executam a sentença, com base na conduta do preso, o que lhes confere um enorme e incontrolado poder. Esse controle flexível e prolongado torna a pena despótica, semelhante às punições arbitrárias pré-modernas, pois o poder discricionário não se limita à imposição da pena, mas persiste em sua aplicação. Quando o controle interno não é eficaz, o sistema recorre à violência institucional, através de sanções disciplinares e violência física, amparada pela impunidade dos agressores e pela condescendência das autoridades públicas, muitas vezes alinhadas com ideais punitivistas.

[...] as hipóteses em que os métodos de controle interno não se mostram suficientes, o adestramento moral dá lugar à violência institucional, instrumentalizada pela livre atribuição de sanções disciplinares e pela brutalidade física. Tudo isso sob os signos da impunidade dos coatores e da condescendência do Poder Público, em especial daqueles entes historicamente comprometidos com o ideário defensivista (Roig, 2005, p. 138).

Portanto, a LEP é uma ferramenta cuja efetividade depende de um engajamento contínuo com os princípios que devem nortear a execução penal, como da legalidade, da proporcionalidade e da humanização das penas. Para além de um limite teórico ao poder punitivo, a LEP demanda uma revisão crítica da prática penal, de modo que o sistema de justiça possa assegurar que a aplicação da pena ocorra com o devido respeito aos direitos humanos, consolidando-se, finalmente, como uma diretriz efetiva para a execução penal no Brasil.

A LEP não apenas limita o poder punitivo, mas também visa transformar o sistema prisional em um espaço que, idealmente, cumpra sua função de reintegração social, em vez de meramente segregar o condenado. No entanto, a realidade mostra que, muitas vezes, a LEP não é cumprida integralmente, resultando em práticas punitivas desumanas e em um sistema carcerário superlotado e desprovido das condições mínimas de dignidade. Em suma, representa uma norma essencial para a aplicação justa e proporcional da pena, constituindo um marco regulatório que busca conciliar a necessidade de punição com o respeito aos direitos humanos e a efetiva ressocialização do indivíduo.

2.1 Teorias da pena

As teorias da pena procuram justificar o propósito e a aplicação das sanções penais no sistema de justiça, buscando responder à questão sobre a finalidade do castigo imposto pelo Estado ao infrator. Essas teorias se dividem em abordagens diferentes sobre o papel da pena, refletindo perspectivas variadas sobre justiça, segurança e ressocialização.

Neste capítulo, serão explorados inicialmente as teorias absolutas, que veem a pena como um fim em si mesma, fundamentada na ideia de retribuição pelo crime. Em seguida, analisaremos as teorias relativas, que consideram a pena como um meio para alcançar objetivos sociais e preventivos, buscando a redução da criminalidade. A partir dessas bases, serão abordadas as teorias de prevenção geral, que têm como foco a dissuasão da sociedade em geral, e as de prevenção especial, voltadas para a reeducação e a reintegração do próprio infrator. Esse panorama permitirá uma compreensão abrangente das finalidades atribuídas à pena no direito penal.

2.1.1 Teorias Absolutas

A Teoria Absolutista da Pena é uma concepção que tem suas raízes no pensamento retributivo do direito penal. Seus defensores “[...] sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores.” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 108).

Isto é, a pena imposta ao infrator não possui finalidades utilitárias, como a prevenção de novos crimes ou a ressocialização do delinquente. Em vez disso, ela é vista como um fim em si mesma, ou seja, o objetivo principal da pena é a retribuição do mal causado pelo crime.

[...] doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como 'castigo', 'reação', 'reparação' ou, ainda, 'retribuição' do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento (Ferrajoli, p. 236).

Nessa perspectiva, o castigo é justificado exclusivamente como uma resposta moral ao delito, independentemente de seus efeitos práticos sobre a sociedade ou sobre o condenado. A pena é simplesmente uma resposta ao mal cometido:

[...] as teorias absolutas (cujo modelo é Kant) tendem a retribuir para garantir a eticidade quando uma ação objetivamente a contradiga infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião) (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 115).

Essa teoria está fortemente associada ao filósofo Immanuel Kant e ao jurista Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que defendiam que o crime é uma violação da ordem moral, e a punição é uma forma de restabelecer essa ordem.

[...] tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado (Ferrajoli, p. 237).

A teoria absoluta da pena de Immanuel Kant, abordada em sua obra *Metafísica dos Costumes* (1797), é baseada em princípios retributivistas. Isto é, a pena não deve ser aplicada visando fins utilitários, como a prevenção de crimes futuros ou a reabilitação do criminoso. Em vez disso, é um fim em si mesma e deve ser imposta exclusivamente como retribuição ao crime cometido, correspondendo ao princípio moral de que o mal praticado merece uma punição proporcional (Kant, 2013).

A teoria de Kant está profundamente enraizada em seu conceito de imperativo categórico, que é uma lei prática moral que enuncia uma obrigação a

respeito de certas ações, que devem ser guiadas por princípios morais universais. O imperativo categórico determina que um indivíduo “[...] aja conforme a uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal” (Kant, 2013, p.38).

Nesse contexto, o criminoso, ao cometer um crime, age de forma contrária a essa lei universal. E a única maneira de restaurar o equilíbrio moral seria pela pena (Kant, 2013).

Portanto, a punição é justificada unicamente pela culpa do criminoso, que deve ser punido, não para prevenir crimes futuros ou proteger a sociedade, mas porque cometeu uma infração moral e legal. A justiça perderia seu valor se, ao invés de punir o criminoso, fosse concedida uma recompensa àquele que fez o mal.

O efeito jurídico de um delito é a pena; o de um feito meritório, a recompensa (*praemium*) (supondo-se que esta, prometida na lei, foi a causa da ação); a adequação da conduta ao que é devido não tem efeito jurídico. A retribuição benevolente (*remuneratio s. repensio benefica*) não tem relação jurídica com o feito (Kant, 2013, p. 42).

Kant (2013) argumentava que a pena é um imperativo categórico, devendo ser aplicada pela simples razão de que o crime foi cometido. Assim, o ato de punir deve ser entendido como uma resposta moral ao ato ilícito, uma vez que o crime viola a dignidade humana e a ordem moral.

Desse modo, o filósofo afirma que a justiça não pode ser medida pelos benefícios sociais, mas pela necessidade de corresponder ao mal praticado. A aplicação da pena não deve considerar o impacto preventivo, mas sim a ideia de que quem cometeu um crime merece ser punido.

Antes que se pense em extrair algum proveito dessa pena, para ele mesmo ou para seus concidadãos, ele tem de ser considerado punível. A lei penal é um imperativo categórico, e aí daquele que se arrasta pelos caminhos sinuosos da doutrina da felicidade em busca de algo que, pela vantagem prometida, o eximisse da pena ou de uma parte dela (Kant, 2013, p. 171).

A justiça exige que cada indivíduo seja punido na medida exata de sua culpa, ou seja, a pena deve ser proporcional ao crime cometido:

Mas qual o tipo e o grau de pena que a justiça pública adota como princípio e padrão? Nenhum outro senão o princípio de igualdade (na posição de fiel da balança da justiça), de modo a não pender mais para um lado do que para o outro. O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo (Kant, 2013, p. 172).

Somente o direito de retaliação (*ius talionis*), aplicado de forma objetiva e restrita no âmbito do tribunal, pode garantir precisão quanto à qualidade e quantidade da punição. Outros critérios de punição tendem a ser incertos e inconsistentes, oscilando conforme diferentes influências e considerações externas, o que impede que essas avaliações correspondam à justiça pura e rigorosa (Kant, 2013).

Nesse sentido, a única punição justa para um crime grave, como o assassinato, seria a morte, pois isso seria a forma de igualar a punição à gravidade do ato:

Caso, contudo, tenha assassinado alguém, então ele tem de morrer. Aqui não há nenhum sucedâneo capaz de satisfazer a justiça. Não há igualdade possível entre uma vida, penosa que seja, e a morte, portanto nenhuma igualdade entre o crime e a retaliação a não ser a morte do culpado, judicialmente executada e livre de qualquer mau-trato que pudesse fazer da humanidade, na pessoa do executado, algo monstruoso (Kant, 2013, p. 173).

Em que pese o entendimento de que “[...] toda ação que fere o direito de um homem merece uma punição, por meio do qual o delito é vingado no seu autor” (Kant, 2013, p. 336), Kant estabelece que apenas o Estado, por meio de seus órgãos legítimos, pode aplicar a pena. O direito de punir pertence ao poder soberano e deve ser exercido dentro de um sistema racional e imparcial de justiça.

Conforme expressa o filósofo, “[...] ninguém senão aquele que é também o supremo legislador moral tem autorização para impor castigos e vingar ao homem a ofensa sofrida, e apenas ele (a saber, Deus) pode dizer: ‘A vingança é minha; eu farei pagar’.” (Kant, 2003, p. 337).

Sobre essa ideia de vingança, Foucault (2014, p. 74) manifesta-se criticamente, afirmando que “[...] é preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar”.

O autor destaca a transição na forma de pensar a punição, especialmente durante o Iluminismo, quando se começou a rejeitar os suplícios em favor de um respeito à humanidade do condenado. Inicialmente, o criminoso passa a ser visto não como mero alvo de vingança, mas como um limite para o poder punitivo, impondo uma barreira ética e jurídica à violência do soberano.

No século XIX, essa visão evolui, e o criminoso se torna objeto de intervenção para sua correção e transformação, envolvendo práticas e ciências como a criminologia e o sistema penitenciário. No entanto, na época das Luzes, a ideia central era que o poder de punir deveria respeitar a dignidade humana, representando a fronteira legítima contra o despotismo punitivo:

Mas, nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir. Não o que ela tem de atingir se quiser modificá-lo, mas o que ela deve deixar intacto para estar em condições de respeitá-lo. Noli me tangere. Marca o ponto de parada imposto à vingança do soberano. O "homem" que os reformadores puseram em destaque contra o despotismo do cadafalso é também um homem-medida: não das coisas, mas do poder (Foucault, (2014, p. 74).

A Teoria Absolutista da Pena de Georg Wilhelm Friedrich Hegel foi desenvolvida a partir da análise da teoria kantiana, e se fundamenta na ideia de que o crime é uma violação da ordem jurídica e moral, e a pena é necessária para restabelecer essa ordem.

Em sua obra *Princípios da Filosofia do Direito* (1920), Hegel define o direito como a manifestação concreta da liberdade, inserido no desenvolvimento racional da vida ética. Segundo o autor, faz parte de um processo dialético de realização do espírito objetivo, ou seja, da materialização da razão nas instituições sociais, jurídicas e políticas.

A partir disso, Hegel identifica a injustiça como sendo qualquer violação da ordem jurídica racional, ou seja, quando o indivíduo age de forma contrária às normas, negando a racionalidade e a liberdade coletiva.

Esta fenomenalidade do direito – em que ele mesmo e a sua existência empírica essencial, a vontade particular, coincidem imediatamente – torna-se evidente como tal quando, na injustiça, adquire a forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular, tornando-se então um direito particular (Hegel, 1997, p. 80).

Dentro de sua lógica, o crime é uma forma específica dessa injustiça, que viola o direito de forma mais grave, atentando diretamente contra a ordem social e a liberdade individual do outro.

Hegel considera a violência uma expressão irracional e particular de vontade, que precisa ser negada para que a ordem racional prevaleça. Ele justifica a pena

como uma forma de violência legítima exercida pelo Estado, necessária para restaurar a ordem violada pelo crime. Assim, a violência privada, representada pelo crime, é ilegítima, enquanto a violência estatal, exercida por meio do sistema de justiça, é justificada como meio de reafirmação do direito.

O princípio conceitual de que toda a violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com outra violência. É assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais e tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira (Hegel, 1997, p. 84).

Nesse contexto, a realidade do direito, como uma expressão da liberdade e da racionalidade humana, “[...] reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito” (Hegel, 1997, p. 87).

E, sendo o crime uma "negação do direito", a pena funciona como uma "negação da negação". A pena, portanto, anula o efeito do crime, de modo a restaurar a justiça e a racionalidade violadas pelo ato criminoso, reequilibrando a ordem jurídica e moral.

[...] violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito (Hegel, 1997, p. 88).

Hegel afirma que o “[...] crime, considerado não como produção de um mal mas como violação de um direito, tem de suprimir-se” (Hegel, 1997, p. 89), por meio da imposição de pena, que atua como uma violência contra a violência, (Hegel, 1997, p. 90).

Hegel (1997) defendia que a pessoa que cometeu o crime merece a pena como uma forma de reconhecimento de sua própria responsabilidade moral pelo ato. Dessa forma, ao ser punido, o infrator também é tratado como um sujeito racional que sabia das consequências de suas ações, o que reafirma sua liberdade e responsabilidade. Portanto, “[...] a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito” (Hegel, 1997, p. 89).

Na perspectiva hegeliana, a pena não tem uma finalidade utilitária, mas sim um caráter moral. O objetivo da pena é a retribuição, não no sentido de vingança,

que é algo pessoal e subjetivo, que visa simplesmente uma compensação ou reparação emocional pelo mal sofrido, mas, ao contrário, com uma finalidade moral, impessoal e objetiva, imposta pelo Estado para restabelecer a ordem racional que foi violada.

Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se constituir uma compensação. Quanto à forma, ela é a ação de uma vontade subjetiva que, em cada dano que se produz, insere o seu indefinido e representa, portanto, uma justiça contingente. Às outras consciências aparece como uma vontade particular, e a vingança torna-se uma violência (Hegel, 1997, p. 92).

O Estado, como representante da razão e da justiça, “[...] isenta de todo o interesse, de todo o aspecto particular, de toda a contingência da força, de uma justiça que pune, mas não vinga” (Hegel, 1997, p. 93), é o único legítimo para aplicar a pena, pois ele age com base em princípios racionais e não em sentimento de vingança. Isso porque “[...] o direito contra o crime, quando assume a forma da vingança (cf. § 102s), é apenas um direito em si, um direito que ainda não tem a forma do direito, isto é, que não é justo na sua existência” (Hegel, 1997, p. 196).

A perseguição e a repressão do crime deixam assim de ser represálias subjetivas e contingentes como acontece na vingança. A repressão passa a ser reconciliação do direito consigo mesmo na pena. Do ponto de vista objetivo, há reconciliação por anulação do crime e nela a lei restabelece-se a si mesma e realiza a sua própria validade (Hegel, 1997, p. 196).

Apesar de sua importância no campo da filosofia do direito, a teoria absolutista de Hegel é criticada por seu caráter estritamente retributivo e formalista. Sendo uma concepção extremamente abstrata, ignora as condições reais em que o crime foi cometido, como fatores sociais, psicológicos e econômico, além das consequências sociais e individuais da pena, como a ressocialização ou a prevenção de futuros crimes.

2.1.2 Teoria relativa

A Teoria Relativa da Pena, também conhecida como teoria utilitarista, tem como foco principal as finalidades sociais da punição. Diferentemente da teoria absolutista, que defende a aplicação da pena como um fim em si mesma, a teoria

relativa argumenta que a pena deve ser justificada por seus efeitos benéficos para a sociedade, como a prevenção do crime e a reintegração social do condenado.

Essa abordagem se preocupa com o papel da pena em evitar novos delitos. Assim, a pena tem um caráter utilitário e pragmático:

[...] a concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração dos outros cidadãos (Ferrajoli, p. 240).

A função preventiva da pena, que foi desenvolvida por Cesare Beccaria, filósofo italiano do século XVIII, amplamente reconhecido como um dos pioneiros do pensamento criminológico e um dos principais defensores da abordagem utilitarista da justiça criminal, é uma abordagem central na teoria da punição e tem influenciado significativamente a justiça penal moderna.

Em sua obra "Dos Delitos e das Penas", publicada em 1764, Beccaria argumentou que a punição deve ser vista não apenas como uma forma de retribuição pelo crime cometido, mas também como um meio de prevenir a ocorrência de crimes futuros. Ele enfatizou que a eficácia da punição deve ser medida pelo seu poder de dissuadir os indivíduos de cometerem crimes, em vez de simplesmente infligir sofrimento ao infrator.

É evidente que, pelas simples considerações das verdades até aqui expostas, não é o objetivo das penas atormentar e afligir um ser sensível, nem destruir um crime já cometido. [...] O fim, portanto, é impedir que o réu faça novos danos aos seus concidadãos, e impedir que os demais cometam outros iguais. Devem ser, portanto, escolhidas aquelas penas e aqueles métodos de aplicá-las que, guardada a proporção, exerçam impressão mais eficaz e duradoura sobre os ânimos dos homens, e menos tormentosa sobre o corpo do réu (Beccaria, 2013, p. 83).

Para Beccaria [1764] (2013), a prevenção do crime é o principal objetivo da punição. Assim, “[...] para que uma pena realize seu fim, basta que seu mal ultrapasse o que o bem-nascido do crime produziu” (Beccaria, 2013, p. 84). Isto é, a pena deve ser suficientemente severa para desencorajar os outros de cometerem crimes, mas não tão severa a ponto de ser excessivamente cruel ou desumana. “A própria atrocidade da pena faz que os homens mais se arrisquem em evita-la quanto maior seja o mal para o qual caminham; e assim, faz que se cometam novos crimes para fugir da pena de um só” (Beccaria, 2013, p. 85).

Para que a pena tenha efeito sobre o homem, a duração da punição é mais importantes do que a sua gravidade, tendo maior efeito dissuasório sobre os potenciais infratores, uma vez que impressões fortes, mas passageiras, tem menor alcance na sensibilidade humana, do que as impressões repetidas, mesmo que mínimas (Beccaria, 2013).

Nesse sentido, Beccaria foi um crítico ferrenho da tortura e da pena de morte, argumentando que essas formas de punição eram ineficazes e contraproducentes. Para o filósofo, a pena de morte “terrível, mas passageiro espetáculo” não era um meio eficaz de dissuadir os criminosos, pois muitas vezes era vista como uma saída fácil se comparada ao “[...] grande e penoso exemplo de um homem privado de liberdade que, convertido em besta do trabalho, recompensa com seu esforço a sociedade que ofendeu” (Beccaria, 2013, p. 89).

Beccaria (2013) também enfatizou a importância da proporcionalidade entre o crime e a punição, de modo que “os obstáculos, que separam os homens dos crimes” (Beccaria, 2013, p. 119) devem ser ajustados à gravidade do delito, “[...] sendo mais fortes quando os crimes se mostram mais prejudiciais para o bem público” (Beccaria, 2013, p. 119). Sobre isso, criticou os sistemas penais de sua época, que frequentemente impunham penas arbitrárias e desproporcionais, e estabeleciam penas iguais sem fazer qualquer distinção entre os crimes, o que resultava na destruição dos sentimentos morais construídos ao longo dos séculos.

Ainda segundo autor “é preferível prevenir os crimes a puni-los” (Beccaria, 2013, p. 181). No entanto, as leis não são capazes de impedir as perturbações e desordens humanas. Tampouco podem ser criadas leis para tentar impedir todos os atos dos quais os crimes podem se originar, o que apenas resultaria na criação de novos crimes. Conforme expressa:

A que nos reduziríamos se tivéssemos de proibir tudo que possa levar-nos ao crime? Seria necessário privar o homem do uso de seus sentidos. Por cada motivo que leva os homens a cometer um verdadeiro crime, há mil que nos impelem a praticar aquelas ações indiferentes que as más legislações definem como crimes; e se a probabilidade dos crimes é proporcional ao número dos motivos, aumentar a esfera de incidência dos crimes é aumentar a probabilidade de que se cometam (Beccaria, 2013, p. 119).

Portanto, sendo a prevenção do crime o fim principal do legislador, é necessária a adoção de leis penais claras, consistentes e aplicadas de forma

imparcial, impedindo que a incerteza das leis ou quanto ao cometimento do crime aumentem a indolência ou espalhe a desconfiança (Beccaria, 2013).

Em suma, a função preventiva da pena representa uma abordagem utilitarista da justiça criminal, que enfatiza a importância da prevenção do crime como principal objetivo da punição, visando dissuadir os indivíduos de cometerem crimes e proteger a sociedade da reincidência. Dentro dessa função, existem duas vertentes principais: a prevenção geral e a prevenção especial, cada uma com ênfases e abordagens distintas, conforme será demonstrado.

2.1.3 Prevenção geral

A prevenção geral da pena se concentra na dissuasão do público em geral de cometer crimes, utilizando a punição como um meio de enviar uma mensagem clara de que a violação da lei resultará em consequências negativas. Esta vertente enfatiza a importância de reforçar as normas sociais e a confiança no sistema de justiça, promovendo um senso de responsabilidade coletiva pela conformidade com a lei. A ideia é que, ao observar as punições aplicadas a outros infratores, os indivíduos se sintam menos inclinados a cometerem crimes, por medo das consequências legais.

Para Claus Roxin (2008), a prevenção geral positiva pode ter um papel legítimo no Direito Penal ao reforçar a vigência da norma jurídica e manter a confiança da sociedade na ordem jurídica. Em seu entendimento, a pena deve assegurar que a norma violada pelo delito continue a ser considerada válida e respeitada por toda a sociedade.

Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade etc., tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal (Roxin, 2008, p. 47).

Em suas obras, incluindo *Estudos de Direito Penal*, Roxin (2008) apresenta uma abordagem que busca equilibrar as finalidades preventivas com os princípios de proporcionalidade e respeito aos direitos fundamentais. Considerando que a função central da pena está em assegurar a fidelidade da população ao sistema

normativo, contribuindo para a ordem social, aborda a culpabilidade como um elemento central que limita a aplicação das penas.

A culpabilidade é um princípio garantidor, isto é, a pena só pode ser aplicada se o autor for considerado culpável, ou seja, se sua ação foi consciente e voluntária. Segundo a teoria dos fins da pena defendida por Roxin, “[...] só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena” (Roxin, 2008, p. 155). Desse modo, admitindo que a “[...] pena não deve servir à retribuição no sentido de uma compensação metafísica da culpabilidade” (Roxin, 2008, p. 155), esta serve como uma barreira ética e jurídica contra a aplicação excessiva de punições para fins puramente utilitários.

Portanto, a função da culpabilidade é garantir que o indivíduo não seja tratado apenas como meio para alcançar a segurança coletiva, mas também como um sujeito de direitos.

A prevenção geral pode justificar a aplicação da pena, mas esta não pode ser maior do que o quanto permitido pela culpabilidade do agente, isto é, “[...] se a pena pressupõe culpabilidade, mas também uma necessidade preventiva de punição, é uma consequência necessária desta concepção de fins da pena que também os pressupostos da punição devam ser medidos com base nesta premissa.” (Roxin, 2008, p. 89).

No que se refere à medição da pena, vige na jurisprudência ainda (com pequenas flexibilizações possibilitadas pela teoria do espaço livre) o preceito: “Quanto ao conteúdo, a pena não pode desvincular-se de sua finalidade de retribuição à culpabilidade nem para cima, nem para baixo” (BGHSt 24, 134) (Roxin, 2008, p. 88).

Ainda que uma punição maior pudesse gerar efeitos preventivos positivos (como dissuadir outros criminosos), ela não seria legítima se excedesse a responsabilidade moral do agente.

Se a doutrina tradicional, após o injusto, somente analisa se está presente a “culpabilidade” do autor, isto é consequência de uma concepção outrora dominante, hoje já de há muito ultrapassada, a respeito dos fins da pena, que faz tudo depender da mera retribuição, exigindo a punição também nos casos em que, presente a culpabilidade, inexistia qualquer necessidade social para tanto. [...] Ainda que a necessidade de prevenção geral ou especial através da sanção seja imensa, tampouco neste caso se poderá punir, se o autor agir sem culpabilidade (Roxin, 2008, p. 156).

Tanto do ponto de vista da prevenção geral quanto da prevenção especial, Roxin (2008) explica que, tendo como base o princípio da culpabilidade, existem casos em que o legislador decide não aplicar a pena em determinadas situações, como nos casos de estado de necessidade, por entender que a punição seria desnecessária ou prejudicial. Aquele que comete um ato típico, mas em estado de necessidade, geralmente continua fiel às normas jurídicas e não precisa de intervenção ressocializadora, já que é improvável que volte a enfrentar a mesma situação no futuro (Roxin, 2008).

Além disso, sob o aspecto da prevenção geral, a sociedade tende a demonstrar compreensão diante de um comportamento justificado por necessidade, tornando desnecessária a aplicação de pena para restaurar a paz social. Não há risco de deslegitimação da norma nem necessidade de reafirmá-la por meio de sanção punitiva, pois a própria população reconhece a exceção justificável à regra (Roxin, 2008).

Essa reflexão de Roxin (2008) sugere que, em determinadas circunstâncias, a finalidade preventiva do direito penal pode ser melhor alcançada sem a imposição da pena, evitando a aplicação mecânica da punição e preservando a racionalidade do sistema jurídico.

O mesmo se diga do excesso na legítima defesa. Quem, por desorientação, medo ou susto ultrapassa os limites da legítima defesa, não é uma pessoa perigosa, desnecessitando de tratamento correccional. E sua punição tampouco é necessária por motivos de prevenção geral, uma vez que seu comportamento não gera o perigo de imitação (Roxin, 2008, p. 153).

Já em relação à prevenção geral negativa, Roxin mostra-se crítico quanto à busca por intimidação da sociedade por meio da ameaça de punição. Ele considera essa abordagem insuficiente e problemática, pois assume, de forma equivocada, que as pessoas agirão sempre de maneira racional diante da possibilidade de punição. Além disso, ele aponta que a intimidação pode levar a um sistema penal autoritário e desproporcional, voltado mais para o medo do que para a promoção da justiça (Roxin, 2008).

Nesse mesmo sentido são as críticas apresentadas por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, na obra Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. Para os autores, “[...] o meio pelo qual se pretende alcançar a

prevenção geral é o exemplo e, seguindo a via exemplificativa, se chegará à repressão intimidatória e, por último, à vingança” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 94).

A prevenção geral está baseada em mecanismos inconscientes. A pessoa que segue a lei sente que reprimiu impulsos que outros não reprimiram e se privou de algo que os infratores não se privaram. Inconscientemente, essa sensação desperta a percepção de que seu sacrifício foi inútil, gerando um desejo de vingança. Por isso, a fronteira entre a prevenção geral e a vingança nunca é totalmente clara, já que essa forma de prevenção sempre carrega um conteúdo vingativo (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

Para os autores, a pena justa e retributiva é apresentada como uma forma de controlar esse desejo de vingança:

Para refrear este conteúdo vingativo se sustenta que a pena “justa” é a “retributiva” e por isto, dentro desta linha, deve obedecer à lei do talião: a pena deve importar a mesma quantidade de mal causado pelo delito (“olho por olho e dente por dente”) (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 95).

Zaffaroni questiona se é válido ao direito penal, a partir da prevenção geral, que é baseada em mecanismos inconscientes da multidão anônima, atuar como um instrumento de vingança como forma de conseguir o controle social.

Zaffaroni e Pierangeli (2020) explicam que a aceitação de certos meios punitivos depende do tipo de direito penal adotado. Enquanto o direito penal de um Estado autoritário não tem restrições em admiti-los, o direito penal de um Estado de Direito, que busca formar cidadãos conscientes e responsáveis, tem o dever de expor e afastar a irracionalidade. Dessa forma, torna possível que a sociedade tome consciência dos problemas e aja de acordo com a razão. Segundo essa perspectiva, um direito penal que se oriente por esses princípios apresenta uma aspiração ética e libertadora, ao passo que aquele que não o faz se torna apenas um instrumento de dominação.

A pena, a partir desse mecanismo psicológico, mascarando a punição como uma exigência moral ou de justiça, não atua como reparação justa, mas como uma violência estatal de opressão e controle e controle social.

Para além disso, essa abordagem de controle pela intimidação da sociedade pela ameaça da pena, mascara a função seletiva e repressiva do sistema penal, que não trata de maneira justa e igualitária os diferentes grupos sociais.

Em qualquer sociedade existem grupos mais ou menos privilegiados e outros mais ou menos marginalizados. Sendo isto inevitável, sempre existe o risco de que os primeiros queiram tornar o direito penal unicamente um instrumento, como meio de contenção dos segundos – o que de fato acontece frequentemente –, e a prevenção geral proporcionaria neste caso o argumento de cobertura de semelhante instrumentalização, particularmente devido ao caráter seletivo da operatividade do sistema penal (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 95).

O sistema penal atribui à pena, para além da função de instrumento legítimo para garantir o controle social, uma função seletiva, como forma de garantir a manutenção da estrutura social. Com a tendência de criminalizar de maneira mais intensa os setores marginalizados da sociedade, ao invés de proteger a sociedade de maneira justa, a prevenção geral reforça as desigualdades a partir da pena como “[...] ameaça esgrimida pelo poder contra os setores mais humildes da população, que costumam ser os mais vulneráveis frente à seletividade do sistema penal” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 95).

Zaffaroni e Pierangeli entendem que a prevenção geral apresenta problemas graves do ponto de vista ético, social e jurídico. Isso porque – apesar do fato de que “[...] a pena cumpre juridicamente uma função de prevenção não geral” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 95), por um sistema de justiça penal que opera de maneira seletiva e desigual – a pena, cumprindo socialmente sua função de prevenção geral, atua de maneira punitiva, a partir da restrição de direitos. Segundo os autores, “[...] a pena segue sendo pena, porque para ressocializar é necessária a privação de alguns bens jurídicos, o que sempre terá um conteúdo penoso para quem o sofre” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 95).

Em que pese a privação de alguns bens jurídicos ser um efeito tangencial da pena, “[...] é inadmissível que o legislador o tenha em conta como seu objetivo principal e menos ainda como único” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 96). A função preventiva, como ameaça de punição para gerar medo e dissuadir potenciais infratores, não pode ser usada para mascarar intenções autoritárias de aplicar a pena apenas em sua função simbólica, punitivista.

Diante da irracionalidade a prevenção geral, em que a pena se limita a uma função simbólica, entende-se que “[...] essa pena é inconstitucional, violadora dos direitos humanos, e, conseqüentemente, não se justifica sua imposição” (Zaffaroni;

Pierangeli, 2020, p. 98). É nesse cenário de antijuricidade e rejeição da prevenção geral que surge a prevenção especial da pena, como veremos a seguir.

2.1.4 Prevenção especial

Diferentemente da prevenção geral em que “a pena deve dirigir-se aos que não delinquiram”, na prevenção especial, a pena direciona-se ao infrator individual, sem utilizá-lo como modelo para intimidar a sociedade. “Para os partidários da meta de defesa social, a pena deve aspirar a surtir efeito sobre o delinquente para que não volte a delinquir, ou seja, como prevenção especial” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 84).

Quanto às formas de prevenção de futuras condutas delitivas, assim diferenciam Zaffaroni e Pierangeli (2020):

Para uns a prevenção se realiza mediante a retribuição exemplar e é prevenção geral, que se dirige a todos os integrantes da comunidade jurídica. Para outros, a prevenção deve ser especial, procurando com a pena agir sobre o autor, para que aprenda a conviver sem realizar ações que impeçam ou perturbem a existência alheia (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 94).

A vertente da prevenção especial reconhece a pena como ferramenta capaz de modificar o comportamento criminoso do agente, promovendo sua reabilitação e ressocialização, de modo a reduzir a probabilidade de reincidência.

O § 6.º do art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade deve ser “a reforma e a readaptação social dos condenados”. Em geral, podemos afirmar que estes objetivos são os de toda prevenção especial penal que se dirija ao criminalizado (há outra que se dirige à vítima, de que nos ocuparemos de imediato) (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 99).

De acordo com as concepções mais amplamente aceitas atualmente, a pena, quando vista sob a ótica da prevenção geral, deve possuir um caráter retributivo. Por outro lado, no contexto da prevenção especial, a função da pena é promover a reeducação e ressocialização do infrator. A retribuição busca compensar o mal causado pelo crime, devolvendo ao delinquente uma resposta proporcional ao dano social que ele gerou. Já a reeducação e a ressocialização têm como objetivo

preparar o indivíduo para não reincidir, oferecendo-lhe condições para uma reintegração positiva na sociedade (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

Ambas as posições costumam ser combinadas pelos autores, tratando de evitar suas consequências extremas, sendo comum em nossos dias a afirmação de que o fim da pena é a retribuição e o fim da execução da pena é a ressocialização (doutrina alemã contemporânea mais corrente) (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 84).

Em que pese a prevenção especial ter como foco o indivíduo infrator, reeducando-o e reintegrando-o à sociedade, de modo a evitar que volte a cometer crimes, Zaffaroni e Pierangeli (2020) são críticos quanto à eficácia real do sistema penal em promover essa ressocialização, apontando que, em muitos casos, o encarceramento resulta em mais exclusão social e estigmatização, em vez de ressocializar o infrator (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

Embora o discurso oficial frequentemente defenda a ressocialização do condenado, muitas vezes é instrumentalizada como uma justificativa ideológica para a imposição de penas. Na prática, o sistema penal se revela seletivo e excludente, voltado prioritariamente para o controle de grupos vulneráveis, especialmente das classes mais pobres.

Nesses casos, a criminalização seletiva pode gerar condições que deixam certos indivíduos mais vulneráveis à atuação punitiva do sistema. Além disso, “[...] tais características podem apresentar-se antecipadamente ou terem sido geradas por outras formas difusas de controle social” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 99). A prisão é apresentada como um espaço de regeneração, mas, na prática, o encarceramento reforça a marginalização e dificulta a reintegração social, agravando a situação dos indivíduos que já se encontram em condições de vulnerabilidade.

Nestes casos gera-se um condicionamento que o sistema penal pode reforçar-se se cai na ficção, ou diminuir, se tende a captar a realidade do conflito. A função da prevenção especial penal, nestes casos, deve ser a de diminuir a vulnerabilidade do criminalizado frente ao próprio sistema penal (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 100).

Em outras palavras, ao ser constantemente tratado como criminalizado, o indivíduo assume essa identidade atribuída pelo sistema punitivo e pela sociedade. Ao ser assim rotulado, passa a agir em conformidade com essa expectativa, o que perpetua sua condição de marginalização e reincidência. E somente a partir da

modificação dessas condutas, como produto da “[...] ‘tomada de consciência’ do papel que assume o criminalizado por parte dele mesmo” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 99), que a prevenção especial rompe com estigmas que alimentam o ciclo da violência e da exclusão e atuam efetivamente como um modelo de ressocialização.

A falha do sistema penal em não oferecer condições reais para a reintegração do apenado, perpetuando a exclusão social, torna a prevenção especial um discurso simbólico que legitima a punição. Punição essa que, considerando o contexto do sistema penitenciário e suas agências onde será executada a pena, atua como uma forma de prevenção especial por meio da intimidação do infrator, uma vez que a pena serve como um aviso ao condenado para que ele evite cometer novos crimes, por medo de nova punição, e ainda mais severa.

2.1.5 Agnóstica

A teoria agnóstica da pena, desenvolvida por Eugenio Raúl Zaffaroni, propõe uma perspectiva crítica sobre o sistema punitivo, questionando tanto sua legitimidade quanto sua eficácia. Para o autor, a pena é um fenômeno que não pode ser compreendido de forma absoluta, visto que sua função e impacto variam conforme o contexto histórico, político e social. Ao contrário do que postulam as teorias retributivas e preventivas, não possui uma essência ontológica fixa e deve ser analisada sob uma perspectiva cética e desconfiada quanto à sua real contribuição para a sociedade.

Segundo Zaffaroni (2001), a pena estatal é sempre uma violência institucionalizada que se reveste de aparências de legitimidade para ocultar seu caráter essencialmente punitivo. O poder configurador do sistema penal “[...] é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo” (Zaffaroni, 2001, p. 25).

Os múltiplos poderes que sustentam esta realidade letal apoiam-se, em boa medida, no exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais que, na maioria dos países da região, operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares (Zaffaroni, 2001, p. 13).

O verdadeiro poder do sistema penal não reside na repressão punitiva mediada pelo judiciário, mas no seu caráter configurador e positivo, que molda comportamentos e relações sociais. A repressão é apenas um limite secundário a esse exercício de poder, que opera principalmente fora da legalidade formal, em um espaço onde a lei abdica de funções garantidoras, excluindo a intervenção judicial normal. Isso permite que o sistema penal exerça um controle social mais amplo e estrutural, com eventuais ações repressivas apenas como exceções para casos específicos (Zaffaroni, 2001).

A partir dessa renúncia, expressa e legal, à legalidade penal, “[...] os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social” (Zaffaroni, 2001, p. 23).

Ainda que se tente verificar o mínimo de legalidade na tipificação de condutas e na cominação de penas, a legalidade formal se esgota na operacionalidade do sistema penal. Ao longo do processo, não é verificada à medida que a prisão provisória é banalizada e a presunção de inocência se torna exceção. Antes mesmo do processo, a legalidade se choca com a seletividade penal da atuação policial. E a situação se torna ainda mais gravosa quanto à execução penal (Resende, 2023, p. 59).

As justificativas tradicionais para a pena, como retribuição, prevenção geral e especial, frequentemente mascaram objetivos ocultos de controle social e repressão de determinadas populações vulneráveis. “Torna-se obvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis” (Zaffaroni, 2001, p. 27).

Nesse sentido, o autor rejeita as explicações dogmáticas e propõe uma abordagem agnóstica, ou seja, que reconheça a incapacidade de estabelecer uma justificativa definitiva e universal para a pena.

A teoria agnóstica também se fundamenta na ideia de que o sistema penal opera de maneira seletiva, dirigindo suas ações principalmente contra grupos marginalizados. Zaffaroni (2001) afirma que essa seletividade não é acidental, mas uma característica estrutural do poder punitivo. Bem como “[...] a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção

institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias” (Zaffaroni, 2001, p. 15).

O sistema penal não é um instrumento de justiça, mas um mecanismo de discriminação institucionalizada. Essa visão crítica desafia a ideia de que a pena é neutra ou imparcial, expondo suas conexões com dinâmicas de exclusão e desigualdade social.

Esta razão – urna das mais importantes par exigirmos uma resposta urgente para o problema da deslegitimação do sistema penal – revela que, no fundo, encontra-se presente urna questão de defesa nacional. Embora nossos políticos – cercados pelas agências de propaganda do sistema penal – não o tenham compreendido, nossos sistemas penais são os instrumentos de dominação neocolonial e ameaçam converterem-se no instrumento de dominação tecnocolonial miais eficaz já inventado (Zaffaroni, 2001, p. 146).

Por fim, destaca o risco de que o sistema penal, ao se apresentar como necessário para a manutenção da ordem, acabe naturalizando a violência estatal. O discurso sistêmico, “[...] apesar de reconhecer tanto a falsidade do discurso jurídico-penal tradicional como os dados reais deslegitimadores do exercício do poder do sistema penal, responde, simplesmente, que é necessário que assim seja por ser funcional para a manutenção do ‘sistema social’” (Zaffaroni, 2001, p. 87).

A teoria agnóstica da pena, portanto, não busca oferecer respostas definitivas, mas estimular uma reflexão crítica sobre os limites e contradições do sistema punitivo, instigando juristas e estudiosos a questionarem sua real função e legitimidade no contexto contemporâneo.

Como o autor argentino, Carvalho também enxerga o sistema penal como uma estrutura profundamente desigual, mas ao contrário daquele, defende que a criminologia e o direito penal devam avançar para a construção de um novo modelo, mais inclusivo e respeitoso dos direitos humanos, que não dependa da pena como forma central de resolução de conflitos sociais.

Ao se pressionar ao máximo a ideia de que os atos do poder são irregulares, não há como justificar ou legitimar a pena de forma convencional, nem mesmo dentro de um sistema garantista. Nesse cenário, a punição deve ser vista como uma ação política de confronto, e não como uma medida legítima de justiça. Carvalho (2008) propõe, então, que, em vez de buscar justificar a pena, a política criminal deveria focar em estratégias de redução dos danos causados pela violência estatal.

Assim, ao invés de tentar responder à pergunta "por que punir?", que está ligada a modelos tradicionais de intervenção punitiva, sugere adotar uma teoria agnóstica da pena, voltada para a mitigação das violências do sistema penal. "Reduzir dor, tendo o sofrimento do outro como representação, seria a única alternativa ética, teórica e instrumental possível na atual condição que o direito penal é aplicado" (Carvalho, 2008, p. 119).

Ao negar as teorias tradicionais da pena, é possível redirecionar os esforços para minimizar os danos causados pelo sistema punitivo e retirar do discurso penal a falsa legitimidade, trazendo-o de volta ao campo da política. A pena, então, deixaria de ser justificada por fundamentos jurídicos ou fins nobres e passaria a ser encarada como uma manifestação de poder que precisa ser contida. Nesse contexto, a convergência entre a teoria garantista, agnóstica e a crítica dos direitos humanos se dá na construção de discursos que delimitam a pena, com foco na redução dos danos causados pelas intervenções arbitrárias e desproporcionais do sistema penal. As estratégias propostas incluem diminuir a dor e o sofrimento da punição, reconhecer a pena como um ato político e proteger o réu ou condenado contra vinganças desproporcionais, sejam públicas ou privadas. Essas ações visam restringir o poder das agências punitivas (Carvalho, 2008).

"A adoção da perspectiva agnóstica possibilita, igualmente, negar os universalismos próprios das teorias metafísicas dos direitos humanos, abrindo espaço para que es possa pensar racionalidades de resistência que conduzem ao universalismo de contraste" (Carvalho, 2008, p. 120), isto é, um universalismo impuro que valoriza a inter-relação, rejeita fechamentos culturais ou epistêmicos e promove a mobilidade entre diferentes perspectivas, preservando a luta pela dignidade humana.

Carvalho (2008) destaca que a evolução do sistema penal brasileiro, a partir da Lei de Execução Penal de 1984, foi influenciada pelo movimento da Nova Defesa Social e centrada na ideia de ressocialização (prevenção especial positiva). Esse modelo seguiu a tendência transnacional de reformas penais iniciadas na década de 1960. Porém, a Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas ao projeto punitivo, eliminando discursos legitimadores explícitos da pena. Ao contrário das constituições espanhola e italiana, que vinculam a punição à reeducação e reinserção social, a brasileira não especifica tal fundamentação, deixando de condicionar a limitação de direitos fundamentais a uma função reeducativa.

A Constituição brasileira foca no como punir, ao invés de justificar por que punir, estabelecendo limites claros à interpretação, aplicação e execução das penas. Essa abordagem reflete uma política de redução de danos, com prioridade em minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado (Carvalho, 2008).

A norma constitucional destaca os princípios de personalidade, individualização, humanidade e respeito à integridade física e moral (art. 5º, incisos XLV a XLIX).² O princípio da proibição do excesso punitivo é exemplificado pela vedação a penas cruéis, como na alínea e do inciso XLVII, que impede sanções desumanas ou desproporcionais. “Percebe-se, pois, a negativa à universalização de qualquer tipo de crença punitiva” (Carvalho, 2008, p. 136).

A cadeia principiológica definida pela Constituição, ao optar pela exclusiva fixação de limites à forma (meios), supera as finalidades históricas das penas, concebendo política criminal ciente dos danos causados. Outrossim, reconhece a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se, essencialmente, em reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo. Não por outro motivo se pode verificar na Constituição perspectiva agnóstica (Carvalho, 2008, p. 136).

Portanto, a teoria agnóstica da pena de Zaffaroni, ao expor as falácias e contradições do sistema punitivo, encontra eco nas críticas de Salo de Carvalho, que concorda com a análise crítica do sistema penal, mas argumenta que, ao se limitar a uma postura cética e não apresentar propostas concretas, Zaffaroni perde a oportunidade de contribuir para a construção de um modelo alternativo de justiça criminal

2.2 Direito penal e sistema penal

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

A expressão direito penal é comumente utilizada como sinônimo de exercício coercitivo punitivo. No entanto, Direito penal é um saber, cuja funcionalidade é exatamente a contenção do poder punitivo, cujo exercício não depende do saber dessa disciplina positiva.

O Direito penal pode ser, sucintamente, definido como conjunto de normas jurídicas que descrevem crimes e definem sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas (Batista, 2011).

Segundo Zaffaroni e Nilo Batista (2011), define-se direito como “[...] ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador das decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”.

[...] o direito penal é portanto, um discurso oferecido aos juristas para regulamentar o exercício de seu poder legal, ou seja, um projeto técnico-político para a operação do semáforo judicial para conter o trânsito do poder punitivo (Zaffaroni, 2021, p. 36).

O poder punitivo é uma prerrogativa abstrata do Estado de aplicar sanção a qualquer pessoa que cometa um ato desviante das condutas normativas estabelecidas por aquela sociedade. O poder exercido pelas estruturas dominantes, no entanto, não é absoluto e não fazem intervenções em todos os tipos de conflitos sociais, mas apenas em alguns, classificados por áreas. Para cada área de conflito há a formalização de um modelo de decisão, cuja essência corresponde ao que é socialmente aceito.

Zaffaroni e Batista, na obra *Direito Penal Brasileiro I*, citam como principais modelos decisórios: reparador, conciliador, corretivo, terapêutico e punitivo.

O direito penal tem como tarefa legitimar “a única coisa que realmente pode programar: as decisões das agências jurídicas”. Estas, por sua vez, devem agir limitando e contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia para assim serem legítimas. Trata-se de um ramo do direito que programa um exercício de poder (de contenção das manifestações do estado de polícia) que se legitima à medida que sofreia o exercício de outro poder (o poder punitivo). Zaffaroni *et al.* o comparam, no plano internacional, com o direito humanitário. Ambos visam conter o exercício de poderes não-legitimados (o poder punitivo e a guerra), mas sabem que não podem eliminá-los (Zaffaroni; Batista, 2011).

Os modelos, com exceção do punitivo, podem ser combinados entre si para solucionar um mesmo conflito, já que são mais flexíveis. O modelo punitivo, por sua vez, não soluciona o conflito, apenas o isola no tempo, levando-o ao esquecimento. Não se preocupa se novos conflitos semelhantes ocorrerão em virtude desse esquecimento.

O direito penal tem como objetivo principal programar as decisões a serem proferidas pelo Estado, onde a atuação dessas agências jurídicas deve ser limitada com o objetivo de conter as manifestações de poder emanadas pelo Estado através do poder de polícia. Portanto, o direito penal confere uma função que tutela os bens jurídicos individuais e coletivos. Sem essa proteção racional, o direito penal avançaria sem limites para o segmento da tortura, homicídio, extorsão, saque, provocando assim a destruição do Estado de direito.

Em suma, o Direito Penal contém o poder punitivo ofertado pelo Estado, atuando como um direito de liberdade e proteção do cidadão em face das arbitrariedades das estruturas de poder.

Como programação limitadora do poder punitivo, o direito penal cumpre uma função de segurança jurídica dos bens jurídicos individuais e coletivos de todos os habitantes à medida que neutraliza os elementos do estado de polícia contidos no estado de direito (Zaffaroni; Batista, 2011).

O direito penal exerce uma função essencial de contenção do poder punitivo estatal, operando como um mecanismo de proteção e liberdade para o cidadão ao garantir que o exercício do poder seja regulado e não absoluto. Atuando como um "semáforo judicial", o direito penal, conforme exposto por autores como Zaffaroni e Batista, busca não apenas punir, mas orientar decisões que respeitem os princípios de um Estado de Direito. Este ramo do direito, ao definir e limitar as manifestações do poder de polícia, assegura a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, evitando abusos e promovendo a segurança jurídica.

Dessa forma, o direito penal, mais do que um instrumento de punição, é um projeto técnico e político que visa neutralizar o excesso de poder e manter a estabilidade social dentro de parâmetros éticos e constitucionais.

2.3 Direitos humanos como tema central da vertente garantista do direito penal brasileiro

Os direitos humanos ocupam posição central na vertente garantista do direito penal, que defende um sistema de justiça orientado pela proteção das liberdades individuais e pela limitação do poder punitivo do Estado. Essa perspectiva busca assegurar que as intervenções do sistema penal respeitem os direitos fundamentais dos acusados e condenados, evitando abusos e arbitrariedades.

Neste capítulo, serão discutidos os direitos humanos como fundamento do garantismo penal, começando com a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, que propõe um modelo de direito penal estritamente limitado, baseado em princípios como da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade da pena. Em seguida, será abordada a relação entre direitos humanos e garantismo, evidenciando como a valorização da dignidade humana e das garantias constitucionais constitui um eixo essencial para a construção de um direito penal democrático e justo.

2.3.1 Teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli

A teoria do garantismo penal, desenvolvida pelo filósofo e jurista italiano Luigi Ferrajoli, é uma abordagem que busca equilibrar o poder punitivo do Estado com a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, especialmente em sistemas democráticos. O garantismo penal é centrado na defesa das garantias jurídicas e constitucionais que visam proteger o indivíduo contra abusos do poder estatal no âmbito penal.

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo (Ferrajoli, 2010, p. 37).

Os diversos elementos que convergem nessa tradição, desenvolvida no século XVIII, são variados e distintos: “[...] as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena” (Ferrajoli, 2010, p. 37). No entanto,

esses diferentes componentes, além de não serem filosoficamente homogêneos, também não podem ser considerados exclusivamente liberais de forma unívoca.

As filosofias utilitaristas podem justificar tanto uma concepção de pena como a mínima aflição necessária, como nas doutrinas da Escola Clássica italiana de Beccaria a Carrara, quanto apoiar abordagens penais autoritárias e antigarantistas, como as voltadas à prevenção especial e à defesa social, focadas na máxima segurança.

O positivismo jurídico fundamenta o princípio da estrita legalidade, mas também pode justificar modelos penais absolutistas, sem limites ao poder do soberano, mantendo-se neutro em relação a outras garantias penais e processuais. Já as teorias contratualistas sustentam tanto a visão de Estado absoluto de Hobbes quanto a dos direitos naturais e do Estado de direito de Locke, o Estado pedagógico de Fichte e a democracia direta de Rousseau (Ferrajoli, 2010, p. 37).

Segundo Ferrajoli (2010), os princípios garantistas, firmados nas constituições e códigos modernos, funcionam como um esquema epistemológico para identificar desvios penais “[...] orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (Ferrajoli, 2010, p. 38).

Como um elemento essencial desse esquema epistemológico, Ferrajoli (2010) traz o “[...] convencionalismo penal, tal como resulta o princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível” (Ferrajoli, 2010, p. 38).

A primeira condição desse princípio é o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio, a partir do qual o juízo penal não pode se basear em moralidades ou julgamentos subjetivos, mas em critérios objetivos e normativos, previamente definidos em lei.

O juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena (Ferrajoli, 2010, p. 38).

A segunda condição de princípio é o “[...] caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas (Ferrajoli, 2010, p. 38)”. Isso implica que o

direito penal é baseado em normas criadas de forma deliberada e acordada, e não em verdades absolutas ou naturais.

Esse convencionalismo implica que a definição legal do desvio, isto é, a tipificação dos crimes e penas, seja uma escolha política e jurídica baseada em “[...] figuras empíricas e objetivas de comportamento” (Ferrajoli, 2010, p. 38). Desse modo, “[...] apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva” (Ferrajoli, 2010, p. 38).

A norma deve ser regulamentadora, referente a fatos, ou seja, uma regra de comportamento que estabelece uma proibição, e não constitutiva, referente a pessoas.

[...] o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito (Ferrajoli, 2010, p. 39).

Como outro elemento da epistemologia garantista, Ferrajoli (2010) traz “[...] o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível” (Ferrajoli, 2010, p. 40), destacando que o processo penal é fundamentalmente um procedimento de conhecimento. O julgamento penal não é apenas um ato de aplicação automática de normas, mas um processo cognitivo que busca apurar a verdade de forma racional, limitada por garantias jurídicas.

O cognitivismo processual está associado à construção formal da verdade. O conhecimento sobre a infração penal deve ser obtido por meio de procedimentos rigorosos e objetivos baseados no controle empírico. As hipóteses acusatórias devem ser suscetíveis de prova e de confrontação, sendo “[...] concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas” (Ferrajoli, 2010, p. 41).

Esse elemento atua como uma limitação da discricionariedade dentro do processo penal, que não pode se apoiar em valorações, mas deve seguir um percurso racional. A busca pela verdade numa justiça penal não arbitrária é

orientada por métodos “[...] cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos como tais a verificação empírica” (Ferrajoli, 2010, p. 41).

Daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, *afirmações* ou *negações* – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual (Ferrajoli, 2010, p. 41).

Além disso, atua como instrumento de separação entre direito e moral. O juiz não é um moralista ou voluntarista, mas um investigador que deve partir dos fatos provados por meio de provas admissíveis, aplicando o direito de maneira objetiva.

Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu. Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional (Ferrajoli, 2010, p. 42).

Ferrajoli reconhece uma limitação prática do modelo garantista e de seu esquema epistemológico, que, embora ideal, é inalcançável na prática. O juiz não pode agir como uma máquina que transforma fatos em sentenças de forma automática e perfeita. A ideia de um silogismo judicial infalível, em que a verdade dos fatos puníveis é sempre verificada de maneira absoluta, é vista como uma ilusão metafísica (Ferrajoli, 2010).

O autor argumenta que, no processo penal, a verdade não é absoluta, pois envolve discricionariedade e decisões inevitáveis por parte dos juízes. Como consequência, sempre haverá espaços de poder judicial, que não podem ser totalmente eliminados. No entanto, o papel da análise filosófica é identificar e explicar esses espaços para que possam ser reduzidos e controlados, evitando arbitrariedades (Ferrajoli, 2010).

2.3.2 Direitos humanos e garantismo

Os direitos humanos não dependem das instituições ou de seu reconhecimento formal, mas são um patrimônio da humanidade, fruto da luta histórica pela dignidade de toda pessoa. Esses direitos existem de forma inerente e legitimam ações em diversas áreas (políticas, sociais, econômicas, culturais e jurídicas) que podem, inclusive, ser direcionadas contra as próprias instituições que os negam ou violam (Carvalho, 2008).

No entanto, sistema penal utiliza os direitos humanos de maneira superficial e contraditória. Isso porque o direito penal é, por natureza, uma expressão de poder e do caráter punitivista do Estado. Mesmo sob o discurso de proteção, opera a punição como mecanismo para manter estruturas de controle e opressão.

No século XX, o discurso punitivo passou a adotar técnicas de ressocialização e vigilância, apresentando-as como uma forma de humanização em relação ao sistema de penas anterior, baseado em suplícios. “Foucault demonstra como este novo mecanismo punitivo, próprio dos modelos de Estado intervencionista, intensifica o sofrimento e a violação aos direitos de personalidade do condenado” (Carvalho, 2008, p. 498).

Essa suposta humanização mascara a continuidade e reprodução das violências institucionais dentro do sistema penal, que, mesmo com essa nova abordagem, perpetua práticas opressivas sob a justificativa de normatização e legitimação.

Ao invés de servir à contenção do poder punitivo, proteger direitos e garantir a ordem, o direito penal pode ser revertido em um mecanismo de expansão do poder e se tornar um instrumento de repressão e controle, quando normas e garantias são flexibilizadas ou relativizadas para atender aos interesses do Estado punitivo.

Ocorre que no processo histórico de afirmação política dos direitos humanos tem havido uma inversão dos direitos humanos, de normas e ideológica, que faz com que o sacrifício da vida humana passe a ser parte inseparável de tal afirmação. Através do processo de inversão dos direitos humanos, alega-se a defesa de tais direitos a partir de sua violação (Aleixo, 2021, p. 166).

Carvalho (2008) aponta que essa reversibilidade acontece, muitas vezes, através de reformas legais ou interpretações que ampliam o alcance do direito penal, justificando punições mais severas ou arbitrárias em nome da segurança pública.

Sob a justificativa de que não existem direitos absolutos, especialmente no caso dos direitos de primeira geração (direitos individuais), estes podem ser relativizados quando entram em conflito com interesses coletivos ou institucionais. Nessa perspectiva, os direitos individuais são temporariamente afastados em nome da proteção de interesses sociais ou públicos, priorizando-se a efetividade desses interesses sobre as garantias individuais.

Segundo Carvalho (2008), é equivocada a visão de que os direitos e garantias individuais têm uma natureza privada e egoísta, pertencendo exclusivamente ao indivíduo que os reivindica. Na verdade, os direitos humanos possuem uma dimensão pública. Assim como os direitos coletivos (trabalho, educação, saúde) e transindividuais (meio ambiente, patrimônio cultural) são de interesse público, também é de interesse público proteger os princípios do devido processo legal e o direito penal garantista, como a legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência, e outros pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

“O interesse público de resguardar os direitos das pessoas passa, inexoravelmente, pela opção de não submeter cidadãos à experiência degradante do processo ou da pena sem o rigoroso respeito das regras do jogo” (Carvalho, 2008, p. 89).

Outro equívoco apontado por Carvalho (2008) é a hierarquização dos direitos humanos, em que os direitos de segunda, terceira e quarta gerações são colocados acima dos de primeira (direitos individuais), que resulta em sua fragmentação e enfraquecimento. O constitucionalismo tradicional, ao gradar os direitos humanos em diferentes segmentos, não apenas molda a estética das constituições modernas, mas também influencia o discurso e a interpretação sobre os direitos humanos, comprometendo sua integralidade.

Essa fragmentação da unidade do direito acarreta criação de “[...] falsas dicotomias, como se fosse possível, p. ex., tutelar os direitos sociais sem estarem garantidos os individuais”. Dessa falta de discernimento voltada à efetivação dos direitos humanos, resulta a legitimidade do discurso de exceção que absolutiza o combate à criminalidade e torna refém os direitos e as garantias individuais” (Carvalho, 2008, p. 491).

Essa distorção dos direitos humanos, que deveriam proteger os indivíduos, legitima que sejam usados para justificar o aumento da repressão penal e do controle social, sobretudo contra os grupos mais vulneráveis.

A violação legítima da norma de direitos humanos está consubstanciada na sanção prevista em lei que também os viola quando através de um processo de inversão prevê medidas que implicam na eliminação da vida ou na privação de liberdade do violador do direito humano, ou seja, em iguais violações de direitos humanos. Desta forma, as normas de direitos humanos são invertidas em seus contrários (Aleixo, 2021, p. 167).

De maneira seletiva, os direitos humanos são invocados apenas em situações que favorecem a ação punitiva do Estado, enquanto são ignorados ou relativizados quando se trata de defender os direitos dos acusados ou condenados. Essa inversão ideológica transforma os direitos humanos em ferramentas de opressão, ao invés de proteção, tornando o discurso humanitário um pretexto para expandir o poder punitivo.

Não apenas no âmbito das práticas formais punitivas e de repressão ao desvio punível, mas inclusive no discurso dos agentes e dos movimentos sociais de defesa dos direitos humanos, é estranhamente natural verificar a demanda pelo direito penal e a contraposição entre direitos. Não é difícil explicar, portanto, a convalidação e o consentimento com as lesões aos direitos individuais em nome da eficácia dos coletivos ou institucionais (Carvalho, 2008, p. 488).

Salo de Carvalho adota uma postura crítica em relação a essa inversão ideológica dos direitos humanos pelo sistema penal. Para ele, “[...] no âmbito de atuação das agências de punitividade, o pressuposto de respeito mínimo aos direitos humanos é a inflexível vigilância do seu cotidiano, pois, ao laborar com violência, as possibilidades de extravasamento do poder são constantes” (Carvalho, 2008, p. 485).

A partir de uma postura crítica, conclui-se pela “[...] impossibilidade de hierarquização ou confronto entre direitos individuais, coletivos e/ou transindividuais, ou ainda da prevalência dos direitos das instituições sobre os demais” (Carvalho, 2008, p. 490).

A partir da teoria crítica, “[...] torna-se fundamental nova conceituação que permita avançar em direção à construção de novas práticas de respeito à alteridade e à dignidade da pessoa humana” (Carvalho, 2008, p. 491). Isto é, surge a necessidade de reinterpretar os direitos humanos como ferramentas de proteção e emancipação, questionando “[...] as virtudes, os limites e as armadilhas da utilização

do sistema penal para tutela e para a luta pela efetivação dos direitos humanos” (Carvalho, 2008, p. 518).

Nesse contexto, o garantismo tem o potencial de oferecer uma interpretação mais robusta e crítica dos direitos humanos, especialmente no campo do direito penal, uma vez que o foco principal é proteção do indivíduo frente ao Estado, a partir da imposição de barreiras ao uso excessivo e arbitrário do poder punitivo. Ainda, permite a “[...] ruptura que possibilitará compreensão do sistema jurídico a partir do seu exterior, qual seja, a separação entre ponto de vista interno (normativo) e externo (axiológico)” (Carvalho, 2008, p. 109).

A centralidade da pessoa e o respeito pelos direitos humanos determinam os critérios de justificação externa do poder, delimitando os pressupostos normativos de tolerabilidade do sistema. Se desde o seu interior direito e Estado são legitimados substancialmente pelos direitos fundamentais, externamente são os direitos humanos que propiciam os parâmetros avaliativos do seu nível de justiça, servindo de norte ao próprio conteúdo do pacto social: a Constituição (Carvalho, 2008, p. 110).

A teoria do garantismo penal não é apenas uma forma de interpretar o direito, mas “[...] apresenta no contexto global de violações aos direitos humanos interessante mecanismo de fomento à minimização dos poderes punitivos” (Carvalho, 2008, p. 502). Trata-se de um modelo teórico no qual as garantias processuais são vistas como elementos fundamentais para assegurar a justiça e impedir a arbitrariedade estatal.

Desta maneira, visualiza a otimização dos direitos fundamentais desde a perspectiva crítica da dogmática jurídicopenal, ou seja, percebe o sistema normativo como instrumental eminentemente prático que deve ser pensado e desenvolvido para a resistência ao inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas cotidianas (Carvalho, 2008, p. 502).

No garantismo penal, as regras processuais (como investigação, produção de provas, competência e execução) são essenciais para conter o excesso punitivo, pois os sistemas punitivos tendem a se aproximar do modelo inquisitorial, cujo objetivo é a punição. Essas regras funcionam como barreiras para evitar abusos.

Assim, harmonizar o garantismo com os direitos humanos exige uma inversão radical da lógica inquisitorial: a flexibilização ou violação dessas regras deve ser considerada automaticamente nula, a menos que o órgão acusador prove que não houve prejuízo e que a defesa consinta na convalidação do ato (Carvalho, 2008).

Embora o garantismo busque proteger direitos, “[...] não consegue ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do *bom poder punitivo*” (Carvalho, 2008, p. 512), uma vez que opera dentro de um sistema penal que, por si só, carrega contradições inerentes. Por isso, é necessário um constante esforço crítico para que o garantismo não se torne uma ferramenta de legitimação da violência estatal.

No aspecto penal e político-criminal, embora o garantismo projete modelo minimalista de contração dos tipos incriminadores através dos processos legais de descriminalização ou do rigoroso controle de constitucionalidade concreto e difuso (descriminalização judicial), ao redesenhar teoria justificacionista da pena acaba por legitimar variadas formas de intervenção punitiva (Carvalho, 2008, p. 511).

A partir de uma perspectiva crítica da irregularidade dos atos do poder, “[...] não há alternativa possível, inclusive ao garantismo penal, senão abdicar de qualquer justificativa, legitimação ou fundamento à pena, devendo ser encarada a resposta punitiva ao desvio como ato político beligerante” (Carvalho, 2008, p. 512).

Questionando as bases do sistema penal, para que os direitos humanos cumpram seu papel emancipatório de forma efetiva, é fundamental uma análise que vá além de sua aplicação formal, a partir do “[...] desenvolvimento de estratégias políticas de ação forense de redução de danos causados pelas violências dos poderes” (Carvalho, 2008, p. 512), buscando alternativas que promovam uma verdadeira justiça social.

Um sistema punitivo democrático deve priorizar a dignidade humana e as garantias processuais, às quais a aplicação da pena deve estar associada, para evitar que o direito penal se torne um instrumento de opressão. Portanto, Carvalho (2008) defende que o garantismo não deve ser restrito ao processo de apuração de responsabilidade, mas se estender também à fase de execução da pena, que deve ser pautada pelo respeito estrito aos direitos humanos e às garantias constitucionais, mesmo após a condenação.

Nesta circunstância, o ponto de convergência entre teoria garantista, teoria agnóstica e teoria crítica dos direitos humanos ocorre na construção de discursos sobre os limites da pena, sustentados na perspectiva política de redução dos danos causados pelas intervenções arbitrárias e desproporcionais. Estratégias de (a) diminuição de dor e de sofrimento causadas pela aplicação e execução da sanção penal; (b) reconhecimento da pena na esfera da política; e (c) tutela do pólo (processual) débil (réu/condenado) contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional (pública ou privada), constituem pautas de ações táticas de

contração dos poderes das agências de punitividade (Carvalho, 2008, p. 513-514).

A falta de garantias para o condenado, após a sentença penal condenatória, o insere em um ambiente desprovido de proteção jurídica adequada, como se fosse um "não-cidadão". Isso ocorre porque, tradicionalmente, a execução da pena era vista como uma função puramente administrativa, após o trânsito em julgado da sentença. O processo administrativo, que rege a execução, tem características inquisitivas, em contraste com a natureza garantista do processo judicial (Carvalho, 2008).

Explica Salo de Carvalho (2008) que, a partir da década de 1970, surgiu no Brasil uma corrente doutrinária que defendeu a necessidade de incluir a jurisdição na execução penal, criando um modelo misto que combina elementos administrativos e processuais. Essa mudança visava reconhecer e proteger os direitos fundamentais dos condenados, o que levou à reforma da parte geral do Código Penal e à criação da Lei de Execução Penal (LEP) em 1984.

A jurisdicionalização da execução penal foi um avanço em termos de garantias, superando o antigo modelo administrativo. No entanto, não é suficiente se o processo de execução penal não for moldado por um sistema acusatório, que realmente assegure ampla defesa e contraditório (Carvalho, 2008).

A falta de garantias na execução penal se deve apenas à inação do Executivo ou ao não cumprimento da Lei de Execução Penal (LEP). Mesmo que as condições materiais mínimas fossem garantidas pela administração pública, o processo de execução ainda seria violento e injusto, pois a jurisdição penal segue uma lógica inquisitiva, que compromete os direitos individuais dos apenados. O verdadeiro alcance das garantias só será possível se o processo de execução for reformulado de acordo com um modelo acusatório (Carvalho, 2008).

O processo executivo é povoado por regras essencialmente inquisitivas, a começar pelo seu ato de inauguração, ou seja, com a *iniciativa da ação*. A execução da pena principia com a expedição da carta de guia por iniciativa do juiz, independentemente de qualquer provocação da parte interessada (Ministério Público) (Carvalho, 2008, p. 173).

Sendo assim, a Constituição de 1988 trouxe um marco importante para a execução penal, conferindo-lhe uma dimensão constitucional. Como instrumento de reconhecimento de direitos individuais, sociais e coletivos, proporcionou uma nova

interpretação das normas sobre a execução penal. Pela primeira vez em um estatuto nacional, “[...] a Constituição de 1988 introduziu expressamente direitos ao preso, rompendo com a lógica belicista que tornava o sujeito condenado mero objeto nas mãos da administração pública” (Carvalho, 2008, p. 154).

A Constituição, ao garantir direitos fundamentais ao preso, impôs um redimensionamento na forma como a execução penal deveria ser encarada, passando a exigir um tratamento mais humanizador e garantista.

No entanto, o sistema penitenciário brasileiro, em sua prática, ainda viola essas garantias, especialmente ao tratar de questões como o direito à integridade física e moral, as condições de encarceramento, o cumprimento adequado das penas e a reintegração social. A sobrecarga do sistema carcerário e a cultura punitivista muitas vezes desrespeita as finalidades ressocializadoras das penas previstas na Constituição Federal.

Se o processo penal é o instrumento através do qual o Estado se apropria do conflito do sujeito lesado para resguardar a racionalidade da resposta ao delito, deve operar de maneira otimizada na execução, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados. Logo, o juízo de execução tem poderes para interferir diretamente nas relações entre a administração dos estabelecimentos penais e os detentos (Carvalho, 2008, p. 169).

Assim, o garantismo na execução penal, segundo Salo de Carvalho (2008), se traduz na luta pelo cumprimento das penas dentro de parâmetros legais e humanitários, impedindo que o condenado seja submetido a um tratamento desumano ou degradante e garantindo o controle judicial sobre os atos da administração penitenciária. É necessário, portanto, de um controle efetivo sobre as práticas punitivas, assegurando que o sistema de execução penal se mantenha dentro dos limites da legalidade e da justiça.

2.4 Princípios norteadores da execução penal

Os princípios são instrumentos de Direito Penal norteadores da aplicação e interpretação das normas penais, que atuam como limitadores racionais do poder punitivo estatal sobre as pessoas. São garantidores da tutela dos direitos fundamentais, razão pela qual não podem ser evocados “[...] como fundamento para restringir direitos ou justificar maior rigor punitivo sobre as pessoas presas.

Princípios são escudos normativos de proteção do indivíduo, não instrumentos a serviço da pretensão punitiva estatal, muito menos instrumentos de governo da pena” (Roig, 2017, p. 31).

Se os princípios limitadores fossem promovidos a regras de valor absoluto que passassem a corrigir a operacionalidade do poder punitivo, este sofreria uma radical redução. Tal comprovação provoca um desconforto na doutrina tradicional, a ponto de se chegar a considerá-los como princípios meramente orientadores, ante a evidência de que, aplicados de modo estrito, levariam à extinção da pena'. Semelhante desconforto implica aceitar pacificamente que o direito penal viole a Constituição e o direito internacional (Zaffaroni; Batista, 2020, p. 200).

A execução penal é regida por princípios fundamentais que garantem a aplicação da pena de forma justa, humana e proporcional, refletindo o compromisso com os direitos e garantias constitucionais dos condenados. Esses princípios visam não apenas assegurar o cumprimento da pena, mas também promover a dignidade e a ressocialização dos apenados, equilibrando os objetivos de punição e reintegração social.

Neste capítulo, serão explorados os principais princípios que orientam a execução penal: o da humanidade, que proíbe tratamentos cruéis e desumanos; o da legalidade, que exige a conformidade estrita com a lei; e o da culpabilidade, que relaciona a pena à responsabilidade pessoal do infrator. Serão analisados ainda os princípios da lesividade e da intervenção mínima, que limitam a pena aos casos de real necessidade, e o da individualização da pena, que permite a adaptação da punição à situação pessoal do condenado. Por fim, os da presunção de inocência e da proporcionalidade, fundamentais para assegurar um processo justo e equilibrado na execução penal.

2.4.1 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade atua como base para todos os outros do direito penal e se impõe como “[...] obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas” (Roig, 2017, p. 33). Dessa forma, toda pessoa deve ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente ao ser humano, respeitando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana

disposto no art. 1º, III, CF/88³ e o princípio da prevalência dos direitos humanos, do art. 4º, II, CF/88⁴.

Infere-se do princípio de humanidade a vedação das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa. Como elucidam os autores, “[...] o § 2.º do art. 5.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 159).

Conforme explicam Zaffaroni e Pierangeli, (2020), o princípio da humanidade determina que é inconstitucional aplicar penas ou consequências criminais que imponham impedimentos físicos permanentes ao indivíduo. Isso inclui sanções como a pena de morte, amputações, castrações, esterilizações forçadas ou intervenções neurológicas irreversíveis. Além disso, proíbe qualquer consequência jurídica indelével decorrente do delito, isto é, efeitos legais que privem permanentemente o condenado de direitos fundamentais, pois tais práticas violam o direito à dignidade humana e à reintegração social.

Nas palavras de Roig (2017) “[...] o princípio funciona como elemento de contenção da irracionalidade do poder punitivo, materializando-se na proibição de tortura e tratamento cruel e degradante, na própria individualização da pena e na proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas” (Roig, 2017, p. 34).

O princípio da humanização da pena, no âmbito da execução penal, atua como imperativo da tolerância “[...] exigindo do magistrado da execução uma diferente percepção jurídica, social e humana da pessoa presa, capaz de reconhecê-la como sujeito de direitos” (Roig, 2017, p. 34) E, a partir dessa compreensão, propõe afastar da decisão judicial juízos de cunho moral, retributivo, exemplificador ou correccional, assim como abordagens subjetivas que possam gerar discriminações ou práticas punitivistas arbitrárias.

Busca também deslegitimar a execução penal como instrumento de recuperação, reeducação ou reforma do indivíduo, questionando os pressupostos da ideologia tratamental positivista, que historicamente tentou justificar a pena com

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos;

base em ideias de correção e ressocialização, mas que na prática se mostrou frequentemente seletiva e repressiva (Roig, 2017).

Conforme explica Valois (2021), o encarceramento deve servir como uma forma de vingança ou retribuição cruel à sociedade. O objetivo da pena não é castigar desumanamente, mas sim reabilitar e reintegrar a pessoa na sociedade. No entanto, a constituição brasileira não precisou se valer desse subterfúgio para defender a humanização do cárcere. “Não há necessidade de se usar o argumento ressocializador para justificar uma melhor condição para o cárcere, basta que façamos cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana” (Valois, 2021, p. 47).

Nem o discurso político nem o jurídico têm o condão de transformar a realidade carcerária de abandono em prática constitucional. O argumento ressocializador, apesar de servir de bálsamo para inúmeras consciências pesadas, também não muda a cruel imagem do cárcere e nada que humilha pode ser compatível com a dignidade do ser humano (Valois, 2021, p. 47).

Assim, a execução penal deve respeitar a integridade física e moral do condenado, sob o risco de legitimar uma forma institucionalizada de tortura e opressão. As legislações que protegem os direitos e garantias individuais tornam-se, portanto, imunes pelo princípio da humanidade, que se “[...] revela também como mandamento primordial a vedação ao retrocesso humanizador penal” (Roig, 2017, p. 35).

Coerente, a propósito, a percepção de que a execução penal humanizada não só não põe em perigo a segurança e a ordem estatal, mas exatamente o contrário: enquanto a execução penal humanizada é um apoio da ordem e da segurança estatal, uma execução penal desumanizada atenta precisamente contra a segurança estatal (Roig, 2017, p. 36).

É constitucional a proibição de penas de caráter perpétuo. Portanto, “[...] toda consequência de uma punição tem de acabar em algum momento, por longo que seja o tempo a transcorrer, mas não pode jamais ser perpétua no sentido próprio da expressão, pois implicaria admitir a existência de uma pessoa descartável” (Zaffaroni; Batista, 2020, p. 233).

Embora o discurso jurídico formal se comprometa com o respeito à dignidade humana, na prática, a execução penal é marcada por arbitrariedades.

[...] em que pese tal consagração implícita e expressa na lei de hierarquia máxima, trata-se do princípio mais ignorado pelo poder criminalizante. As

agências judiciais podem impor em parte sua observância, mas há aspectos que, por dependerem somente das agências executivas, são de difícil controle (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 233).

Apesar de estar materializado no texto constitucional, ao longo das vedações e garantias enunciadas no artigo 5º, da CF/88,⁵ o sistema penal, considerando a realidade das prisões brasileiras, onde frequentemente se observa superlotação, condições insalubres, falta de acesso a cuidados médicos e violências sistemáticas, tanto físicas quanto psicológica, viola o princípio da humanidade (Valois, 2021).

Não é preciso repetir tudo que já se disse até aqui sobre a pena de prisão. Qualquer pessoa que entre em um cárcere brasileiro e veja um preso dormindo no chão, um esgoto a céu aberto, ratos, comida estragada, pessoas sem notícias de seus processos, presas há anos, qualquer desses desvios comuns ao cárcere, saberá que estamos longe de qualquer dignidade, quanto mais a dignidade humana (Valois, 2021, p. 46).

A execução da pena deve sempre respeitar a dignidade humana, independentemente do crime cometido. O Estado deve prover um mínimo de condições materiais e psicológicas que garantam o cumprimento justo e respeitoso da pena. Isso inclui oferecer oportunidades de ressocialização, acesso à educação, ao trabalho, à saúde e manutenção dos vínculos familiares.

Sem essas garantias, o sistema de execução penal se torna um instrumento de exclusão social e perpetuação da marginalização. Portanto, o princípio da humanidade é fundamental para garantir que o sistema de justiça penal não se transforme em uma máquina de degradação e violência.

2.4.2 *Princípio da Legalidade*

O princípio da legalidade na execução penal serve para garantir que qualquer medida ou sanção aplicada a uma pessoa privada de liberdade esteja prevista em lei, evitando arbitrariedades por parte do sistema punitivo. Pode ser decomposto em quatro funções:

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; e) cruéis; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

1) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (nulo o crime, nula a pena sem lei previa):

Essa se manifesta tanto na Constituição Federal brasileira (1988), em seu art. 5º, XXXIX, quanto no Código Penal (1964), em seu artigo 1º, ambos dispondo que “[...] não há crime se lei anterior que a defina, nem pena sem previa cominação legal.” E foi expressamente garantido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678, de 06.11.1992):

Artigo 9 – Princípio da legalidade e da retroatividade Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado (Brasil, 1992).

“Surgiu exatamente para reagir contra leis *ex post facto*” (Batista, 2021, p.67). Isso porque uma nova norma penal mais severa não pode ser aplicada a fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor uma vez que “[...] um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade” (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 203). Significa dizer que o agente não pode ser punido por uma conduta que, no momento de sua prática, não era considerada crime ou que estava sujeita a uma pena mais branda.

A legalidade pressupõe a legitimidade do sistema, ou seja, o Estado está autorizado a agir (punir) de acordo com a permissão legal, nos limites das condutas punitivas legitimadas por um texto legal que previamente as autorizou. Há, assim, previsibilidade da intervenção do estado na aplicação da pena, uma vez que, já sendo expressos e conhecidos os crimes e suas penas, “[...] o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.” (Batista, 2021, p. 65).

A proibição da retroatividade da lei penal visa assegurar que as pessoas possam prever as consequências jurídicas de seus atos e que o poder punitivo do Estado não seja exercido de maneira arbitrária. No entanto, “[...] a lei penal retroagirá sempre que beneficiar o acusado, seja pela revogação da norma incriminadora (*abolitio criminis*), seja por qualquer outro modo (art. 2º CP)” (Batista, 2021, p. 67).

A regra está materializada na Lei de Execução Penal, disposta no artigo 45, que determinar que “[...] não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

Roig (2017) aborda a função do princípio da legalidade como um dos pilares fundamentais da execução penal, reforçando a necessidade de que todas as ações e sanções sejam rigorosamente pautadas em lei, de modo a evitar que a execução da pena se transforme em um instrumento de discricionariedade ou controle social informal. O princípio assegura que o sistema prisional funcione dentro dos limites legais, servindo de “[...] instrumento de contenção da discricionariedade da Administração Penitenciária e do arbítrio judicial sempre que acionados de maneira lesiva aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade” (Roig, 2017, p. 42).

2) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (nulo o crime, nula a pena sem lei escrita)

O costume não pode ser utilizado para punir ou agravar a condição dos pesos, podem apenas ser usados para embasar ou complementar o sentido de certos elementos do tipo penal. “Só a lei escrita, isto é, promulgada com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume” (Batista, 2021, p. 67).

Em que pese servirem os costumes upara estabelecer os limites da tipicidade penal, é vedado pela Constituição Federal que, bem como a doutrina e a jurisprudência, sejam capazes de habilitar o poder punitivo. Só a lei escrita pode criar crimes, faltas, penas e sanções disciplinares.

Ademais, como explicam Zaffaroni e Pierangeli (2020), princípio da legalidade se manifesta de forma essencial na teoria da tipicidade penal. Em sistemas jurídicos modernos, apenas o legislador tem a competência para criar, alterar ou extinguir tipos penais.

Por isso, para a manutenção da racionalidade no exercício do poder, no sistema penal brasileiro, os órgãos constitucionais são os únicos permitidos a criar lei penal, sendo a única lei penal existente a que foi formalmente elaborada (emanada) por eles (Zaffaroni; Batista, 2011).

Visando garantir a segurança jurídica e previsibilidade na aplicação das leis, a Constituição Federal (art. 22, I, CF) atribui à União a competência privativa para legislar sobre Direito Penal. Dessa forma, “[...] em nenhum caso o Poder Executivo,

o Judiciário e a Administração em geral podem criar leis penais. Somente o Congresso Nacional está habilitado para a programação criminalizante primária” (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 204).

3) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (nulo o crime, nula a pena sem lei estrita)

Por outro lado, em sistemas que admitem a analogia na esfera penal, o juiz ganha maior poder para interpretar lacunas legais e, em certos casos, criar tipos penais de forma indireta (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

No entanto, essa prática é rejeitada em ordens jurídicas que seguem rigorosamente o princípio da legalidade, como a brasileira, onde a interpretação extensiva em prejuízo do réu é vedada. Ou seja, essa função veda a analogia, que consiste na “[...] aplicação, a uma hipótese não prevista em lei, da disposição relativa a um caso semelhante” (Roig, 2017, p. 48).

No Direito de Execução Penal, a analogia somente pode servir como forma integradora de conceitos, jamais para criar formas de agravar a condição das pessoas condenadas. Também por esta razão, a interpretação de qualquer dispositivo passível de imposição de tratamento penal rigoroso deve ser eminentemente restritiva, não comportando extensões ou analogias em prejuízo do indivíduo (Roig, 2017, p. 48).

No contexto da execução pena, essa função do princípio da legalidade estabelece que, não existindo uma punição exata para determinada falta ou sanção disciplinar, não pode usar a analogia em desfavor do condenado, sob risco de ser considerada nula essa pena sem lei estrita.

4) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (nulo o crime, nula a pena sem lei certa)

Veda-se a criação de normas com conceitos abertos. Como explica Batista (2011), “[...] formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’ equivale teoricamente a nada formular” (Batista, 2011, p. 75), pois abre margem para discricionariedade e traz insegurança jurídica.

Roig (2017) alerta para o risco de violações na execução penal, especialmente no contexto de práticas punitivas informais, que muitas vezes transcendem o previsto na legislação e contribuem para a marginalização e estigmatização das pessoas presas. Nesse sentido, ele sustenta que o princípio da

legalidade veda “[...] a criação e aplicação de tipos penais e disciplinares vagos ou indeterminados [...] que possam dar margem ao abusivo arbítrio estatal” (Roig, 2017, p. 46). E respeitá-lo é essencial para impedir que a execução da pena se torne um espaço de discricionariedade punitiva, promovendo uma atuação mais justa e previsível do sistema penal.

O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidos de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob a reserva legal, evitando-se uso de conceitos abertos (De Castilho, 1988, p. 25 apud Roig, 2017, p. 47).

O princípio da legalidade implica que nenhum ato estatal pode ser feito sem previsão legal; no direito penal isso significa que a definição de crimes, penas e sua execução deve ser rigorosamente regulada por lei. Portanto, no que diz ao efetivo cumprimento da pena de prisão “[...] não basta dizer que a pena de prisão está prevista em lei, já que há uma lei dizendo como deve ser essa prisão, a Lei de Execução Penal” (Valois, 2021, p. 43).

Com todas as suas deficiências, a Lei de Execução Penal, se cumprida no que se refere ao respeito do ser humano preso, serviria como ótimo instrumento para uma pena com menos violência. A segurança e a certeza do princípio da legalidade são benefícios que o condenado não conhece (Valois, 2021, p. 51).

No entanto, embora o princípio da legalidade seja um dos pilares do direito penal, no campo da execução penal, ele frequentemente é desrespeitado ou distorcido. Isso acontece em razão de muitas decisões serem tomadas com base em portarias, resoluções administrativas ou até mesmo em interpretações expansivas das leis, o que vai contra o rigor exigido pelo princípio da legalidade.

Valois (2021) critica essa flexibilização das regras penais e processuais penais na execução penal, em que se cria um espaço para que a administração penitenciária ou o próprio Judiciário aplique medidas sem respaldo legal ou extrapolando os limites da lei, principalmente em questões como progressão de regime, livramento condicional, e a concessão de benefícios, que deveriam ser

reguladas estritamente pela lei, mas são frequentemente tratadas de forma arbitrária ou burocrática.

2.4.3 Princípio da culpabilidade

Esse princípio estabelece que nenhuma pessoa pode ser punida sem que haja a devida comprovação de sua culpabilidade, “[...] a mera existência de um conflito criminalizado – o injusto – é insuficiente para reconhecer-se a existência de um delito, quando não for ele vinculado de maneira pessoal ao seu autor” (Zaffaroni; Batista, 2017, p. 160).

Para que um fato seja considerado crime, é preciso que haja uma conexão entre o resultado e um agente responsável pela ação que o deu causa. “Para além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado de sua conduta, assinalou-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena” (Batista, 2011, p. 100).

A responsabilidade penal pode ser atribuída ao agente de forma objetiva, sendo a conduta punível pela simples ocorrência do resultado, caso em que a culpabilidade é entendida como reprovabilidade, isto é, como um “[...] conceito normativo, um juízo de reprovação que se formula ao autor” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 539).

Ou pode ser atribuída de forma subjetiva, partir da análise da culpa como uma estrutura típica. Conforme explicam Zaffaroni e Pierangeli (2020), no que diz respeito à tipicidade, não pode haver delito se não for ao menos culposos. Para ser crime, a ação tem que ser praticada com dolo ou, pelo menos, a título de culpa. Se não houver intenção ou assunção de risco, a conduta é atípica, isto é, não caracteriza crime.

O princípio da culpabilidade, no entendimento adotado pelo direito penal brasileiro, impõe a subjetividade da responsabilidade penal, não cabendo “[...] uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico” (Batista, 2011, p. 100). Para ter pena é preciso atribuir a responsabilidade do resultado a alguém, que atuou com dolo ou culpa, de modo que a simples ocorrência do resultado (aspecto objetivo), por si só, sem a existência do aspecto subjetivo, inviabiliza a punição (Roig, 2017).

o princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa⁴⁹. Imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na causação) equivale a rebaixar o autor à condição de coisa causante (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 245).

Ainda na relação entre culpabilidade e pena, existe a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas consequências, conforme explica Batista (2011). A primeira é a intranscendência, que “[...] impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime” (Batista, 2011, p. 101). A segunda é a individualização da pena, correspondente à “[...] exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta a qual se destina” (Batista, 2011, p. 101).

Nesse mesmo sentido atua o princípio da culpabilidade na execução penal, incorporado na vedação às sanções coletivas, disposta no art. 45, p. 3º, da LEP, que tem como objetivo “[...] impedir a punição disciplinar daqueles que sequer tiveram dolo ou culpa na ocorrência de determinado resultado” (Roig, 2017, p. 69).

Como primeira decorrência do princípio da culpabilidade figura a impossibilidade de punição de todos os habitantes de determinada cela ou galeria, quando nelas são encontrados objetos ilícitos (ex. celulares, drogas) ou realizadas atividades disciplinarmente combatidas (ex. confecção de buraco para fuga ou dano a grades), mas não se consegue identificar o resultado (Roig, 2017, p. 69).

Decorre do princípio da culpabilidade, não sendo possível individualizar a conduta, não é possível atribuir a responsabilidade do fato forma coletiva, sendo indispensável a conexão direta entre atos do preso com os eventos danosos. Desse modo, “[...] falar em coparticipação omissiva para legitimar a punição daqueles que não se envolveram diretamente significa consagrar a responsabilização penal objetiva, sem respaldo técnico e em claro atentado aos princípios mais elementares do Estado Democrático de Direito” (Roig, 2017, p. 69).

Ainda, para aplicar sanções disciplinares a um condenado ou preso, é necessário que ele tenha ciência prévia das normas a que está sujeito durante a execução da pena. Caso contrário, pode ocorrer um erro de proibição, ou seja, uma situação em que o preso, por desconhecimento da ilicitude, não tenha condições de compreender que sua conduta era proibida. Nesse caso, a culpabilidade por faltas

disciplinares pode ser afastada, pois se considera que ele não teve a potencial consciência da ilicitude (Roig, 2017).

Por fim, o princípio da culpabilidade rechaça a “[...] imposição de juízos valorativos negativos sobre a pessoa presa (ex.: periculosidade, rebeldia, subversão) sem vinculação com a ocorrência do fato (Roig, 2017, p 69), e estabelece, portanto, que a responsabilização jurídica do indivíduo seja determinada sem qualquer conotação moral ou ética.

2.4.4 Princípio da lesividade

Visa assegurar que o direito penal mantenha um caráter mínimo, intervindo apenas quando há lesão significativa a bens jurídicos essenciais, “À conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal” (Batista, 2011, p. 89). Também se opõe à punição baseada em perfis subjetivos ou em situações de perigo abstrato, onde não há ameaça concreta à sociedade.

Nilo Batista (2011) atribui ao princípio da lesividade quatro funções fundamentais no âmbito do direito penal:

Proibição de incriminação de atitudes internas: decorrente da proteção da liberdade de pensamento, o princípio da lesividade impede que o indivíduo seja punido por pensamentos ou desejos sem que se concretizem em ações lesivas. Ideias, convicções, desejos, sentimentos não podem ser objeto de punição. “O projeto mental de um crime não pode ser criminalizado”, sendo “[...] imprescindível que a atitude interna seja nitidamente associada a uma conduta externa” (Batista, 2011, p. 90).

Tendo em vista as garantias expressas na Constituição Federal brasileira,⁶ de 1988, essa função do princípio da lesividade impede que penas recaiam “[...] sobre

⁶ Art. 5º. IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mas sim sobre condutas que a afetem” (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 225). Desse modo, essas garantias constitucionais atuam como limitantes do poder punitivo.

A livre manifestação do pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República (art. 5º incs. IV, VI, VIII, IX e X) propõem – não apenas ao poder criminalizante primário e secundário, mas também à ingerência coativa do estado em geral – graves restrições, com importantes consequências no campo do direito penal. Suas principais consequências podem ser sintetizadas em que: a) o estado não pode estabelecer uma moral; b) em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral; c) as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 225).

Proibição de incriminação de condutas autolesivas: Atos que afetam exclusivamente o autor, sem repercutir em terceiros, não devem ser considerados crimes. “Os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada (art. 14, inc. II CP) não são punidos. Da mesma forma, o simples conluio não será punido, se sua execução não for iniciada (art. 31 CP)” (Batista, 2011, p. 90).

Proibição de incriminação de estados existenciais: Veda a imposição de pena em razão das condições pessoais, como pobreza ou dependência química, sem vinculação a atos concretos, afastando, portanto, o direito penal do autor.

Em sua essência, o princípio da lesividade afasta, por exemplo, a constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato (aqueles em que não há ameaça concreta a determinado direito ou valor, sendo presumido o perigo) e os tipos criminológicos de autor (aqueles que preveem como puníveis determinados estados ou condições pessoais do acusado) (Roig, 2017, p. 74).

Proibição de incriminação de condutas desviadas que não afetam bens jurídicos: O foco da penalização deve ser a proteção de bens jurídicos relevantes, de modo que só deve ser considerada punível uma conduta que efetivamente colocar em risco algum direito, que for capaz de lesionar ou ameaçar, “[...] e não aquele comportamento simplesmente pecaminoso ou imoral” (Roig, 2017, p. 73).

e indiscutível que pretender aplicar penas quando não existe um direito ferido não só afeta o direito do apenado como também o dos demais cidadãos, ao transformar o modelo de estado: uma lei ou uma sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a Constituição estabelece (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 226).

Meros desvios de comportamento ou condutas “[...] fortemente desaprovada pela coletividade” (Batista, 2011, p.91), sem impactos relevantes não justificam a intervenção penal, tampouco “[...] condutas que só podem ser objeto de apreciação moral (como práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos conscientes, ou como a simples mentira)” (Batista, 2011, p.92).

No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeia, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 226).

Essas funções refletem a defesa de um sistema penal restritivo e proporcional, buscando limitar a ingerência estatal na vida dos indivíduos, principalmente em situações onde não há dano real a terceiros ou à sociedade como um todo.

Roig (2017) aborda o princípio da lesividade sob a perspectiva da execução penal, enfatizando sua relevância para garantir uma intervenção mínima do Estado sobre a liberdade dos condenados. Ele argumenta que esse princípio, originalmente aplicado na fase de tipificação penal, deve ser estendido à execução das penas, assegurando que intervenções estatais só ocorram quando houver necessidade concreta de proteger bens jurídicos relevantes.

Roig (2017) critica as intervenções excessivas e sugere que a execução da pena deve ser limitada ao essencial para a reintegração social e a proteção da sociedade, evitando práticas punitivistas desproporcionais. Para ele, a execução penal deve ser orientada por parâmetros que minimizem danos e se concentrem na efetiva ressocialização, em vez de reforçar estigmas ou marginalizar ainda mais os apenados.

2.4.5 Princípio da intervenção mínima

Esse princípio é uma diretriz que busca limitar o alcance do direito penal, reservando-o apenas para situações nas quais outros mecanismos jurídicos não são suficientes. A ideia é evitar o uso excessivo do poder punitivo, garantindo que ele atue apenas como última instância na proteção de bens jurídicos essenciais (Batista, 2011).

Na essência, o princípio da intervenção mínima estabelece que a punição criminal, em virtude de seus efeitos nefastos e estigmatizantes, deve ser reservada apenas aos casos de extrema necessidade, quando a defesa de certo interesse ou valor não pode ser viabilizada por instrumentos não penais (sanção civil, administrativa etc.). A “solução” penal é, portanto, a *ultima ratio* (última razão) do direito, somente devendo ser aplicada em virtude de graves violações aos interesses ou valores mais relevantes (Roig, 2017, p. 64).

Conforme explica Batista (2011), o princípio da intervenção mínima visa evitar a expansão desnecessária do sistema punitivo, defendendo um direito penal restritivo e focado na proteção dos bens mais relevantes para a sociedade, funcionando como uma medida de contenção contra abusos estatais e o uso indiscriminado da criminalização na vida social. “Esta linha de limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma, é o que se denomina princípio da intervenção mínima” (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 73).

Intervenção mínima é uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado. Trata-se de uma tendência que, por um lado, recolhe argumentos abolicionistas e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos ao invés de resolvê-los. É uma saudável reação realista frente à confiança ilimitada no tratamento e na solução punitiva dos conflitos, outrora discutida (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 318).

O princípio da intervenção mínima se desdobra em dois pilares: fragmentariedade e subsidiariedade.

O primeiro consiste na ideia de que “[...] nem todos os bens jurídicos e nem todas as condutas que os violam devem ser relevantes para o direito penal, mas apenas os de maior gravidade” (Roig, 2017, p. 65). Isso implica que o direito penal deve selecionar cuidadosamente quais bens jurídicos serão protegidos e quais formas de conduta serão criminalizadas.

A subsidiariedade estabelece que “[...] a intervenção do direito penal somente pode se verificar quando a tutela de certo interesse ou valor não pode ser proporcionada pelos instrumentos não penais” (Roig, 2017, p. 65), ou seja, o direito penal só deve ser aplicado se os outros ramos do direito forem ineficazes para resolver o conflito social envolvido.

Sobre o tema, afirma Roxin (2008) que, “[...] mesmo nos casos em que um comportamento tenha de ser impedido, a proibição através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos” (Roxin, 2008, p. 52).

Para Roxin (2008) existem três alternativas ao direito penal capazes de reduzir a criminalização desnecessária e promover respostas proporcionais. A indenização civil, adequada para resolver prejuízos, especialmente em casos de violação contratual; medidas de direito público, que incluem controles e determinações de segurança, revogação de licenças e até fechamento de empresas para atividades perigosas; e, por fim, o Direito de Contravenções, para condutas de baixa lesividade, aplicando sanções pecuniárias em vez de penas criminais.

No contexto da execução penal, Roig (2017) argumenta que essa fase do processo deve ser orientada pela lógica da restrição máxima à interferência estatal. A aplicação do direito penal deve ser limitada à proteção de bens jurídicos essenciais e à promoção da reintegração social do condenado, evitando intervenções desnecessárias e punitivistas que possam agravar a exclusão e marginalização dos apenados.

2.4.6 Princípio da individualização da pena

Como princípio constitucional, materializado no inciso XLVI do art. 5º da CF/88,⁷ pode ser aplicado em três momentos, conforme diferencia Cezar Roberto Bitencourt (2020): na legislativa, que define quais condutas são puníveis e estabelece limites e critérios para a aplicação das penas; na judicial, realizada pelo juiz na sentença, concretiza a previsão legislativa ao aplicar a pena ao caso específico; e a executória, que acontece durante o cumprimento da pena, momento

⁷ XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos

mais crítico da sanção, em que se ajustam as condições de execução de acordo com a situação do condenado (Bitencourt, 2020).

Sobre o tema afirma Zaffaroni (1998):

Sinteticamente dito: a individualização das penas abrange a quantificação, a seleção e a execução; a quantificação envolve os bens jurídicos dos quais o condenado é privado. O primeiro conceito é amplo demais, pois excede o campo penal; o segundo é estreito demais e não abrange tudo o que o direito penal estuda a esse respeito. Consequentemente, acreditamos que o adequado é referir-se à determinação da pena no caso concreto, como um conceito que engloba o trabalho judicial de determinar o tipo de pena (quando se trata de sanções alternativas ou facultativamente conjuntas), a quantidade dentro dos limites legais (quando se trata de penas que admitem graus) e a forma de imposição (quando é possível escolher entre a imposição efetiva ou a condenação condicional) ou de cumprimento (como no caso da multa) (1998, p. 274, tradução própria⁸).

O instituto da individualização é usado no cálculo para determinar a pena, mas não termina com a sentença judicial. Afim de “[...] amenizar esse mal, de fazer da atividade estatal repressiva, encarceradora, menos prejudicial possível” (Valois, 2021, p. 78), deve ser, também, dinamicamente aplicado durante o cumprimento dessa pena.

A individualização na execução penal, que “[...] nasceu da ideia de que a pena poderia ser uma espécie de tratamento e, assim, cada preso seria tratado de forma diferente, de acordo com suas circunstâncias e, principalmente, com seu comportamento” (Valois, 2021, p. 78), atua como um instrumento capaz de tornar mais justo e proporcional o cumprimento da pena.

A imposição adequada de pena exige que cada caso seja analisado de forma específica, tanto na esfera administrativa quanto judicial, sem recorrer a considerações genéricas ou preventivas. Para que isso ocorra, conforme explica Roig (2017), as autoridades responsáveis pela execução penal devem reconhecer o

⁸ Sintéticamente dicho: la individualización de las penas abarca la cuantificación, la sección y la ejecución; la cuantificación abarca los bienes jurídicos de que se priva al apenado. El primer concepto es demasiado amplio, puesto que excede el campo penal; el segundo es demasiado estrecho y no abarca todo lo que al respecto estudia el derecho penal. Por consiguiente, creemos que la adecuado es referirnos a la determinación de la pena em el caso concreto, como concepto que abarca la labor judicial de determinación de la clase de pena (cuando se trata de conminaciones alternativas o facultativamente conjuntas), de la cuantía de ellas dentro de los límites legales (cuando se trata de penas que admiten grados) y de la forma de imposición (cuando se puede elegir entre la imposición efectiva o la condenación condicional) o de cumplimiento (como en el cado de la multa) (Zaffaroni, 1998, p. 274, grifo do autor).

preso como um ser humano, considerando suas necessidades específicas como sujeito de direitos.

Isso exige que tanto a administração penitenciária quanto o Judiciário adotem uma postura empática e tolerante, levando em conta a experiência social concreta do apenado, bem como as condições de assistência e oportunidades oferecidas durante seu período de encarceramento.

[...] individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como, por exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto de lei, mas em virtude da necessidade de individualização (Roig, 217, p. 64).

A individualização da pena, como redutora de danos, é especialmente relevante no âmbito disciplinar, impedindo que qualquer medida que aumente o sofrimento do preso – já inerente à privação de liberdade – seja aplicada como forma de exemplo para os demais. Assim como no cálculo da pena, as sanções aplicadas em razão de faltas disciplinares ocorridas durante a execução devem sempre ser determinadas de maneira individualizada, baseada na conduta concreta do apenado, evitando práticas punitivistas desproporcionais que extrapolem a finalidade da execução penal (Roig, 2017).

2.4.7 *Princípio da presunção de inocência*

O princípio da presunção de inocência destaca-se como um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. Inscrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁹ de 1948, e em diversas constituições modernas, incluindo a brasileira,¹⁰ de 1988, estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Isso significa que o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação, e o réu tem o direito de ser tratado como inocente durante todo o processo, até que se prove o contrário de forma definitiva (Ferrajoli, 2010).

⁹ Artigo 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

¹⁰ Art. 5º. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Foi inserido na da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,¹¹ de 1789, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,¹² de 1966, e no Pacto de San José da Costa Rica,¹³ de 1969.

O tendo como instrumento de garantia contra abusos do sistema penal, protegendo o indivíduo de condenações injustas e de punições antecipadas, Ferrajoli [2000] (2010) sublinha que a presunção de inocência está intimamente ligada ao conceito de prova cabal e à necessidade de que a condenação ocorra apenas quando houver certeza inquestionável da culpa. Conforme esclarece, “[...] a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo” (Ferrajoli, 2010, p. 506).

Caso haja dúvidas, o benefício da dúvida deve ser concedido ao réu, sob a máxima *"in dubio pro reo"*:

O princípio de que na dúvida deve-se decidir em favor do réu é amplamente aceito no direito processual penal, mas tem sido questionado seriamente no campo penal. No âmbito penal, o princípio nos obrigaria a uma interpretação sempre restritiva da punibilidade. Para evitar essa consequência, costuma-se afirmar que o princípio *in dubio pro reo* não é uma regra de interpretação, mas um critério de valoração da prova (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 157).

Consagrado no processo penal, também deve ser aplicado durante a fase de execução da pena. Defende Roig (2017) que, mesmo após a condenação, o apenado não perde automaticamente todas as suas garantias fundamentais, e a presunção de inocência continua a ser uma delas, ainda que de forma adaptada à nova situação jurídica.

Durante a execução penal, não se pode presumir a culpabilidade do condenado em relação a faltas disciplinares ou a eventuais infrações dentro do sistema penitenciário. Práticas que resultam em punições automáticas ou na imposição de sanções sem o devido processo legal violam o princípio da presunção de inocência (Roig, 2017).

¹¹ At. 9º. *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* (Tradução: Todo homem é presumido inocente até que seja declarado culpado)

¹² Artigo 14. §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

¹³ Art. 8º. §2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Apesar de soar paradoxal, o princípio da presunção (estado) de inocência também é aplicável a pessoas já definitivamente condenadas, sobretudo quando estas são submetidas a processo administrativo em virtude de acusação pela prática de falta disciplinar, durante a execução da pena (Roig, 2017, p. 82).

No entendimento de Roig (2017), qualquer sanção disciplinar aplicada ao preso deve estar precedida de um processo justo e de uma apuração adequada dos fatos, de modo que o apenado tenha o direito de se defender, por isso, “[...] são discutíveis a regressão cautelar de regime e a aplicação de sanção disciplinar pela suposta prática de crime doloso, antes de operado o trânsito em julgado da decisão penal condenatória” (Roig, 2017, p. 83).

Além disso, Roig (2017) aponta que a presunção de inocência também deve guiar a aplicação de benefícios na execução penal, como a progressão de regime e a concessão de saídas temporárias. Condicionar esses direitos a critérios subjetivos ou preconceitos, que tratam o preso como se ele estivesse continuamente sob suspeita.

[...] o estado de inocência demanda que nenhum direito da execução penal (progressão de regime, livramento condicional, saída temporária etc.) seja obstado pelo simples fato de o prisioneiro estar indicado por outro delito ou mesmo ser réu em processo diverso, independentemente da natureza da infração penal (Roig, 2017, p. 83).

A execução penal não deve ser uma extensão automática da punição, mas sim uma fase em que os direitos fundamentais, como o princípio da presunção de inocência, continuam a ser respeitados. O sistema de execução penal deve garantir que nenhuma punição adicional ou restrição de direitos ocorra sem o devido processo legal e sem a devida comprovação de falta ou violação disciplinar por parte do condenado.

2.4.8 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, mais uma importante ferramenta de controle na aplicação das penas e na atuação do poder punitivo do Estado, traz a ideia de que as penas e sanções devem ser limitadas e proporcionais à gravidade do delito, evitando excessos e abusos (Roig, 2017). Isso porque “[...] a criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de

lesividade ínfima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito” (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 230).

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexo 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. O princípio de proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico (Ferrajoli, 2010, p. 366).

Segundo entendem Zaffaroni e Batista (2011), dado que é impossível comprovar a racionalidade da pena, as instituições jurídicas devem, ao menos, demonstrar que o custo em termos de direitos pela suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com a gravidade da lesão provocada. “Zaffaroni lembra que as penas desproporcionais produzem mais alarma social (afetando o que ele considera o aspecto subjetivo da segurança jurídica) do que o próprio crime” (Batista, 2011, p. 98). É nesse contexto que se deve inserir o princípio da proporcionalidade mínima entre a pena e a magnitude da lesão.

Esse princípio não legitima a pena como uma forma de retribuição, pois ela permanece como uma intervenção seletiva do poder, que apenas suspende o conflito sem resolvê-lo, mantendo assim sua irracionalidade intacta (Zaffaroni; Batista, 2011)

De modo a evitar que a irracionalidade do poder punitivo afete os direitos e garantias de um indivíduo de modo completamente desproporcional com o resultado reprovável (lesão) por ele causado, faz-se necessário “[...] hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado” (Zaffaroni; Batista, 2011, p. 231).

O princípio da proporcionalidade, em sua essência, atua como um mecanismo para corrigir injustiças no campo da execução penal (Roig, 2017).

São diversos os aspectos da execução penal, apontados por Roig (2017), que deveriam ser guiados a partir da proporcionalidade. Um deles é vedação da execução provisória da pena e a falta de direitos iguais entre presos provisórios. Outro aspecto é o tratamento de infrações disciplinares, que sendo “[...] um *minus*

em relação às infrações penais e por esta razão devem possuir tratamento necessariamente mais brando (ex.: prazo prescricional inferior)” (Roig, 2017, p. 86).

São discutidos como exemplos de desproporcionalidade o indeferimento de saídas temporárias no regime semiaberto e a limitação do livramento condicional, como também, o uso desproporcional de algemas, a punição de tentativas de faltas disciplinares com as mesmas sanções das faltas consumadas e a severidade na punição de posse de acessórios de celulares, em comparação com a gravidade dos itens. A remição de pena por estudo e trabalho é outro ponto que deve ser tratado com equidade entre os regimes, dado seu papel na ressocialização.

Roig (2017) uma nova dimensão da proporcionalidade pautada pela redução de danos, com foco: na adequação da execução aos preceitos constitucionais, minimizando os impactos sobre os presos; na necessidade da intervenção estatal, que deve ser a menos onerosa possível; e na proporcionalidade em sentido estrito, de modo que o ônus imposto seja inferior ao benefício gerado, evitando concepções que sobrecarregam os presos em nome de segurança, ordem ou ressocialização.

3 SISTEMA PENITENCIÁRIO E A QUALIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA

O sistema penitenciário desempenha um papel crucial na execução das penas, sendo responsável pela custódia dos indivíduos condenados e pela administração das sanções impostas pelo poder judiciário. No entanto, o cumprimento da pena no Brasil revela diversas problemáticas que vão além da mera privação de liberdade, trazendo à tona questões sobre a qualidade e a efetividade da execução penal. Este capítulo analisa como o sistema penal, seletivo e desigual, afeta a realidade carcerária e expõe as condições precárias que caracterizam o encarceramento em massa e a superlotação carcerária, perpetuando a violação de direitos fundamentais.

A partir de uma análise dos processos de execução penal, são discutidos temas como a seletividade do sistema penal liberal, que contribui para a marginalização de determinadas classes sociais, e o fenômeno do encarceramento em massa, agravado pela superlotação das unidades prisionais. A seção sobre execução penal e violação de direitos examina as práticas e regulamentações que frequentemente resultam em tratamentos abusivos e degradantes, incluindo a aplicação de sanções como a falta disciplinar, o rigor do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), e as exigências para a progressão de regime (requisitos objetivos e subjetivos), além da remição de pena e da revogação do livramento condicional. Esses elementos evidenciam a tensão entre a aplicação das normas e a garantia dos direitos humanos dos detentos.

Por fim, abordaremos a violação de direitos por trás do discurso da ressocialização, examinando como o ideal de reintegração social é frequentemente utilizado para justificar práticas que, na realidade, prejudicam a dignidade dos indivíduos encarcerados. Dessa forma, este capítulo propõe uma reflexão crítica sobre o sistema penitenciário e a necessidade de transformações que visem um cumprimento de pena mais humano e justo.

3.1 Seletividade do sistema penal liberal e encarceramento da pobreza

O direito penal, como aplicado hoje, é resultado da ampla transformação que o mundo e a sociedade vêm passando, tanto no contexto cultural e social, quanto econômico. A história do direito penal é antiga, mas para o presente trabalho, é

importante retomar o contexto histórico apenas dos séculos XVII para frente, a partir da ascensão da burguesia.

Até o século XIV, com início no séc. XI, o sistema econômico da Europa era o feudalismo, cuja organização se baseava na divisão de terras, trocas de mercadorias e descentralização política.

A partir do século XIV, em razão das cruzadas e do desenvolvimento do comércio entre o Oriente e o Ocidente, com estímulo da produção artesanal, as trocas de mercadorias, na forma de um produto por outro, foram sendo substituídas, a partir da introdução da moeda como forma de pagamento. E assim, conseqüentemente, foi surgindo um novo contexto social-econômico de acúmulo de riqueza.

Como essa nova forma de aquisição pecuniária, uma parcela dos servos, que até então não detinham capital algum e dedicavam-se exclusivamente à atividade agrícola de subsistência, começou a dedicar-se às novas atividades comerciais. Atividades essas que proporcionaram o enriquecendo de parcela da classe até então miserável. Assim, surgiu uma nova classe social, a burguesia.

A burguesia capitalista buscava máxima liberdade econômica para si, exigindo que os outros, incluindo o Estado, seguissem regras. O papel do Estado seria limitado a questões essenciais para a convivência social e o funcionamento do “[...] sistema econômico (trabalho, pena), mas sem interferir na prática capitalista” (Penna, 2021, p. 37).

Essa nova classe começou a conquistar uma posição econômica importante, e com ela, vieram os anseios de maior participação política, que até então era uma exclusivamente da nobreza. E foi nesse contexto que foi desenvolvida a lei penal, por pensadores burgueses em busca de poder numa Europa caracterizada pela estratificação social (Zaffaroni, 2021).

Cabe ressaltar que no Estado de Direito (liberal) a classe dominante (burguesia) “formulou os princípios filosóficos de sua revolta social” e depois “nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social”. Porém, “no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens”, os quais foram sustentados somente de modo formal, “uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe (Lourenço, 2015, p. 223).

Nesse contexto, Foucault (2003) aborda a reforma moral que surgiu como resposta a mudanças sociais, econômicas e políticas na Inglaterra do século XVIII, como a urbanização, o deslocamento de populações para as cidades e a acumulação de riqueza em estoques e máquinas, que exigiam vigilância e segurança. Ao longo do tempo, essas reformas – que buscavam conter as crescentes revoltas populares, que passaram de camponesas a urbanas e proletárias – passaram por três deslocamentos principais, refletindo transformações em sua composição social, objetivos e relação com o poder político.

Dentro dessa nova sociedade econômica, entre a pequena burguesia, surgiram grupos, como *quakers* e metodistas, “[...] que se organizavam para tentar suprimir vícios, reformar as maneiras, visando evidentemente fazer reinar a ordem entre eles e em volta deles” (Foucault, 2003, p. 92). Essa vontade de fazer reinar a ordem era uma forma para se proteger do poder político da época e da severa legislação penal, que utilizava a pena de morte de forma ampla. Assim, “[...] era muito fácil para o poder, para a aristocracia, para os que detinham o aparelho judiciário exercer pressões terríveis sobre as camadas populares” (Foucault, 2003, p. 92).

Para escapar desse poder judiciário os indivíduos se organizavam em sociedades de reforma moral, proibiam a embriaguez, a prostituição, o roubo, etc., tudo o que permitisse ao poder atacar o grupo, destruí-lo, usar algum pretexto para enviar à força. Trata-se, portanto, mais de grupos de autodefesa contra o direito do que de grupos de vigilância efetiva (Foucault, 2003, p. 93).

Com o tempo, no entanto, houve o primeiro deslocamento social, conforme explica Foucault (2003). Esses grupos da baixa burguesia vão mudar de inserção social e cada vez mais abandonar seu recrutamento popular. Isto é, no fim do século XVIII, com a ascensão desses grupos, são a aristocracia, os bispos, os duques, as pessoas mais ricas que vão suscitar esses grupos de autodefesa moral, essas ligas para a supressão dos vícios.

O que antes era uma resistência ao poder penal transformou-se em um instrumento que reforçava a autoridade estatal. Esses grupos deixaram de proteger as camadas populares e passaram a atuar como mecanismos de controle moral e social a serviço do poder político, contribuindo para a estatização das formas de vigilância e repressão (Foucault, 2003).

No segundo deslocamento, essas organizações, antes voltadas para criar uma ordem moral paralela que permitisse escapar à lei, passam a buscar novas legislações que institucionalizem seus esforços, marcando a transição da moralidade para a penalidade. Em terceiro lugar, o controle moral, inicialmente autônomo, torna-se um instrumento das classes altas para dominar as camadas populares. Assim, essas associações se transformam em mecanismos de poder das elites, reforçando a exploração e o controle das classes mais pobres, estabelecendo uma nova dinâmica de dominação social e política.

Podemos observar nesta estatização progressiva, neste deslocamento das instâncias de controle das mãos dos grupos de pequena burguesia tentando escapar ao poder para as do grupo social que detém efetivamente o poder, em toda essa evolução, como se introduz e se difunde em um sistema penal estatizado (Foucault, 2003, p. 93).

Tem-se, portanto, o desenvolvimento de uma lei penal, cujo objetivo representava o interesse apenas de uma classe social, e não igualdade real entre as classes subordinadas do sistema produtivo.

O novo contexto liberal que se instaurou, muito mais que apenas uma organização econômica ou política, modificou o aparato estatal e iniciou um novo sistema penal, isto é, institucionalizou uma nova forma de controle social punitivo.

O direito penal do século XVIII “[...] não podia permitir que os dados da realidade rompessem sua legitimidade e por isso não tinha outra escolha senão abraçar o idealismo” (Zaffaroni, 2021, p. 116). E, assim, partiu do dedutivismo, processo de raciocínio lógico que parte de uma certeza para a interpretação de dados ou fatos, para imaginar um suposto estado racional “[...] do qual, por sua vez, deduzisse qual deveria ser a penalidade” (Zaffaroni, 2021, p. 116).

Afirma Zaffaroni que a “[...] construção total de seu sistema que lhe permite deduzir a legitimidade da punição retributiva, tendo muito cuidado para não a contaminar com os dados indutivos mais insignificantes” (Zaffaroni, 2021, p. 116).

Isso porque a burguesia dependia da existência de uma classe inferiorizada para a manutenção da sua hegemonia, já que era a partir da exploração dessa mão de obra que era possível a acumulação de capital.

O penalismo liberal lutou para passar do poder punitivo arbitrário da nobreza para um poder mais previsível a serviço da burguesia e, portanto, legitimou apenas a parte que cada autor acreditava ser apropriada à

hegemonia da classe em ascensão, tendo todo o cuidado de não alcançar a impunidade das *classes perigosas*, como as marginalizadas da concentração urbana estavam começando a ser chamadas (Zaffaroni, 2021, p. 117).

Essa dependência da burguesia na manutenção de uma classe marginalizada não se estendia apenas à Europa, mas também às colônias:

O colonialismo e a escravidão foram parte indispensável do desenvolvimento econômico industrial europeu daqueles séculos, ou seja, constituíram a contrapartida indispensável do surgimento da burguesia europeia, que, para alcançar a hegemonia, exigia a contenção do poder punitivo, na época exercido pela nobreza.

A burguesia europeia lutou pela hegemonia na Europa, exigindo para si mesma o status de povo, mas não para as classes colonizadas ou subordinadas do próprio mundo colonizador, cuja exploração dependia a conquista e posterior manutenção de sua hegemonia (Zaffaroni, 2021, p. 118).

A atuação do sistema punitivo, voltada para sustentar a estrutura de dominação do poder nas mãos da burguesia, selecionou uma classe subalterna como inimiga e definiu nela um caráter desviante, contrário aos interesses do Estado. E a partir desse comportamento desviante, é aplicada a pena, como mecanismo de manutenção da segregação social, já que, a punição de um primeiro comportamento desviante gera, “[...] através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu” (Baratta, 2021, p. 89).

Em relação às penas dententivas, a intervenção do sistema penal, segundo Baratta (2021, p. 90) “[...] antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”.

Sobre esse cenário, Malaguti (2012) entende que o surgimento do discurso criminológico burguês, emergente do processo de acumulação capitalista, com o objetivo de organizar e disciplinar a força de trabalho destinada à produção de mais-valia, atua como “[...] uma teoria legitimante do capitalismo. Não é à toa que, apesar da criminalização de algumas substâncias, o maior indicador criminal continua sendo o das infrações envolvendo a propriedade privada” (Malaguti, 2012, p. 80).

Wacquant (2003) argumenta que o sistema penal funciona como um instrumento de controle social que reforça a exclusão de populações marginalizadas,

especialmente os pobres, ao invés de focar na ressocialização ou no combate à criminalidade em si:

E vem a historiografia revisionista da questão penal anunciar o declínio irreversível da prisão: assim como ela tinha um lugar central no dispositivo disciplinar do capitalismo industrial, afirma-se que está destinada a desempenhar um papel m enor nas sociedades avançadas nas quais se criam e se desenvolvem formas de controle social mais sutis e difusas ao mesmo tempo (Wacquant, 2003, p. 56).

O sistema de justiça criminal não atua de forma neutra ou imparcial; é estruturado para priorizar a punição de condutas associadas às camadas mais vulneráveis da sociedade. Para ele, a seletividade do sistema penal se dá tanto no nível dos tipos de crimes perseguidos quanto no perfil dos indivíduos visados. Crimes relacionados à pobreza, como pequenos furtos, tráfico de drogas em baixa escala e outros delitos de sobrevivência, recebem tratamento muito mais severo do que crimes financeiros ou corporativos, que são frequentemente cometidos por membros das elites.

A reação punitiva como mecanismo garantidor da segregação social é legitimada não apenas por parte das estruturais estatais de poder, mas também pelas instituições privadas que compõem o aparato financeiro, que foi progressivamente integrado no capitalismo.

Para criar esta realidade, a mídia monopolista explora e aprofunda os piores preconceitos, ou seja, apela para a conhecida técnica política de *volkisch*. Para isso, eles reafirmam estereótipos racistas, sexistas, étnicos, classistas etc. que enfraquecem o sentido de comunidade por meio de uma espécie de fascínio da mídia (como diz Souza Santos). Em geral, eles estimulam a violência sob o pretexto de combatê-la, promovem a vingança, aprofundam preconceitos e criam estereótipos e bodes expiatórios, por meio de uma cultura da imagem que neutraliza o pensamento abstrato (Zaffaroni, 2021, p. 27).

Zaffaroni afirma ainda que o poder financeiro se utiliza dos meios de comunicação e da mídia para, além de impor um discurso unificado, criar uma realidade baseada no idealismo, sem o compartilhamento dos dados da realidade social, e, assim, estimulando preconceitos, a vingança e a violência.

Deve-se notar que a manipulação racista da mídia, que leva nossas classes médias regionais a atribuir todos os seus males aos subordinados de nossos próprios povos, é favorecida porque sai afirmação de classe é muito mais precária do que a de seus contrapartes centrais – dada a instabilidade econômica e trabalhista da região -, uma que que em muitos setores nem

seque é uma realidade, porém responde em grande parte mais a um desejo de se diferenciarem dos excluídos (Zaffaroni, 2021, p. 31).

Sobre o tema, afirma Malaguti (2003, p. 7) que “[...] a televisão, como novo panóptico, tem mais presença nos lares brasileiros que as geladeiras, e da sua telinha escorre lentamente todos os dias o veneno de um certo olhar sobre o crime e a pobreza”.

Wacquant (2003) destaca que os meios de comunicação, em especial nos Estados Unidos, tendem a dramatizar e sensacionalizar questões relacionadas à criminalidade urbana, criando uma narrativa que exagera a ameaça representada por determinados grupos sociais, especialmente os moradores de periferias e comunidades negras. Essa narrativa alimenta o medo coletivo e contribui para a aceitação social de políticas mais severas, como o aumento das penas, a expansão do sistema prisional e a militarização das forças de segurança. A mídia não apenas reflete, mas também amplifica o discurso político que associa pobreza à delinquência, convertendo problemas sociais em questões de ordem pública e, assim, deslocando o foco das soluções estruturais para respostas repressivas.

O encarceramento serve antes de tudo para “governar a ralé” que incomoda – segundo a expressão de John Irwin (1986) – bem mais do que para lutar contra os crimes de sangue cujo espectro frequenta as mídias e alimenta uma florescente indústria cultural do medo dos pobres (Wacquant, 2003, p. 68).

A mídia, “[...] prontas a explorar o medo do crime violento (e a maldição do criminoso)” (Wacquant, 2003, p. 79), funciona como um instrumento ideológico do Estado neoliberal, colaborando para mascarar as consequências do desmonte de políticas sociais. Assim, reforça a divisão social e legitima a nova gestão da miséria por meio da expansão do aparato penal em detrimento do bem-estar social.

O autor, assim, critica a forma como a mídia contribui para perpetuar um ciclo de exclusão e punição, essencial ao funcionamento do Estado neoliberal. Ao moldar percepções e influenciar políticas públicas, a mídia cumpre um papel ativo na construção do Estado penal, promovendo uma “pedagogia do medo” que condiciona a sociedade a aceitar medidas punitivas como solução para problemas sociais complexos. Conforme conclui, “[...] hoje, as grandes mídias não são um instrumento do debate democrático, mas um obstáculo a ser contornado para poder engajá-lo” (Wacquant 2003, p. 157).

É exatamente nesse contexto de violência e exclusão de classes que o poder hegemônico, a partir da disseminação da reação punitiva, consegue se legitimar.

O poder hegemônico logo percebeu que esta onipotência idólatra é um excelente recurso sedativo e normalizador, com a capacidade de preservar o equilíbrio do sistema. Portanto, a utiliza para conter e neutralizar o impulso libertador desses movimentos, o que explica porque os meios de comunicação de massa monopolistas promovem campanhas punitivas como supostas soluções para essas discriminações (Zaffaroni, 2021, p. 29).

Conclui-se que a seletividade do sistema penal liberal é um mecanismo de sustentação das estruturas de poder hegemônicas, especialmente da burguesia, ao longo de sua consolidação histórica. O direito penal foi moldado para legitimar e reforçar a desigualdade social, promovendo uma resposta punitiva que estigmatiza e marginaliza classes subalternas, tanto no contexto europeu quanto colonial.

Essa seletividade não apenas criminaliza, mas também reforça a exclusão, ao perpetuar estereótipos e preconceitos disseminados por instituições estatais e pela mídia. O controle social, nesse modelo, se apresenta como uma ferramenta de manutenção da ordem capitalista, servindo aos interesses de acumulação e dominação, enquanto neutraliza impulsos libertadores, reafirmando a ideologia de classe como princípio fundamental do sistema punitivo.

Wacquant analisa como a expansão do sistema carcerário é uma resposta à diminuição dos investimentos em políticas sociais. Ele argumenta que o Estado neoliberal desloca suas funções sociais para funções punitivas: à medida que se desmantelam programas de assistência à população pobre, como moradia, saúde e educação, há um aumento proporcional na repressão penal, usada para conter os efeitos sociais da desigualdade.

Lado a lado com a desfiguração, mutilação e aniquilamento das garantias sociais e trabalhistas vai-se delineando a política de "contenção repressiva" dos pobres. As taxas de encarceramento sobem 10 rapidamente nos últimos 20 anos – 314% – nos Estados Unidos, coração do Império. Ao mesmo tempo aumenta a seletividade do sistema; os que perderam orçamento social vão lotar as cadeias locais, estaduais e federais (Wacquant, 2003, p. 10).

A prisão, nesse contexto, funciona não como um mecanismo de justiça, mas como um "depósito" para aqueles que não têm espaço na sociedade produtiva.

Irwin sublinha que “os indivíduos que enchem os cárceres municipais são essencialmente os membros da *rabble class*, isto é, pessoas debilmente integradas à sociedade e percebidas como de má reputação”: gatunos e vagabundos, marginalizados, toxicômanos e psicopatas, estrangeiros e “comer boys” (esses jovens do meio operário que circulam em grupo pelos locais públicos e se divertem nos bares dos bairros populares) (Wacquant, 2003, p. 37).

Essa seletividade penal a uma lógica racial e territorial, particularmente nos Estados Unidos, mas com paralelos diretos em países como o Brasil. As populações negras e latinas são desproporcionalmente representadas nas prisões, o que reflete um padrão histórico de discriminação e marginalização sistemática:

Como no Brasil, a prisão norte-americana traz as marcas da escravidão. O novo complexo institucional seria “composto por vestígios do gueto negro e pelo aparato carcerário, ao qual o gueto ligou-se por uma relação estreita de simbiose estrutural e de suplência funcional”. Ou seja, na nova ordem pós-industrial do capital vídeo-financeiro as estratégias de contenção social das classes perigosas se deslocam dos guetos para as prisões. Para ele, as duas organizações têm sido historicamente instituições de confinamento forçado: o gueto como prisão social e a prisão como gueto judiciário (Wacquant, 2003, p.12).

As favelas brasileiras se assemelham aos guetos norte-americanos como mostra Wacquant (2008), o gueto desempenhou o papel de ‘prisão social’, garantindo, assim, o ostracismo social sistemático de afroamericanos e ao mesmo tempo permitindo a exploração da sua força de trabalho na cidade.

No Brasil, os reflexos da aplicação de uma lei penal liberal pensada para favorecer uma classe em ascensão contra uma classe hegemônica, legitimando uma parte do poder punitivo para deslegitimar as classes “inferiores” são perceptíveis.

Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. Não pode o jurista encerrar-se no estudo – necessário, importante e específico, sem dúvida – de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam (Batista, 2011, P. 26).

Segundo Wacquant (2003, p. 27), “[...] o desdobramento desta política estatal de criminalização das consequências da miséria de Estado opera segundo duas modalidades principais”.

A primeira diz respeito à forma como as políticas estatais de criminalização da pobreza operam transformando serviços sociais em instrumentos de vigilância e controle das chamadas “classes perigosas”. Reformas recentes condicionam o

acesso à assistência social ao cumprimento de normas de conduta e exigências humilhantes, como aceitar qualquer emprego, independentemente das condições (workfare), ou vincular a assistência ao desempenho escolar dos filhos (learnfare). Essas políticas, com caráter punitivo, buscam disciplinar os pobres, enfatizando que existe uma condição mais degradante que os piores empregos, enquanto maquiagem estatísticas, apresentando assistidos como empregados, sem realmente melhorar suas condições de vida.

Vale lembrar que, se antes de passar pelo sistema prisional o sujeito enfrenta grande dificuldade para ingressar no mercado de trabalho, após sair dele a situação piora.

A estigmatização do ex-detento contribui para que este exerça atividades informais, sem as devidas garantias trabalhistas, uma vez que as vagas de emprego dificilmente serão preenchidas por um candidato com ficha de antecedentes criminais positiva. A mera hipótese de que tenha passado pelo sistema criminal já enseja em descrédito por parte do empregador.

Ressalta-se que a pena é instrumento coercitivo de controle social o que compromete per si a finalidade ressocializadora; qualquer pretensão exitosa de intervenção sobre alguém voltada à sua integração social deve, preliminarmente, respeitar a sua vontade e autonomia. O respeito a tais aspectos passa pelo reconhecimento da pessoa; portanto, o processo de ressocialização imposto reduz a pessoa presa à condição de mero objeto de intervenção (Aleixo; Penido, 2021, p. 29).

A situação brasileira, como demonstra Wacquant (2008), assemelha-se à norte-americana, em que segmentos mais baixos do mercado de trabalho são diretamente regulados pelo sistema penal, que faz isso “[...] um modo mais coercitivo e significativo do que a legislação trabalhista, os sistemas de seguridade social e outras políticas públicas, muitas das quais nem mesmo abrangem o trabalho não-regulamentado” (Wacquant, 2008, p.11).

No mesmo sentido, Malaguti (2012) fala sobre a economia política da pena:

O processo punitivo estaria intrinsecamente ligado ao controle e disciplinamento do mercado de trabalho. A sanção penal teria então um vínculo direto com a força de trabalho e com o exército industrial de reserva. Através da história concreta da pena é que se constituiria uma economia política da pena (Malaguti, 2012, p. 81).

“O segundo componente da política de ‘contenção repressiva’ dos pobres é o recurso maciço e sistemático ao encarceramento” (Wacquant, 2003, p. 28).

Como consequência disso, atualmente, o Brasil ocupa a 3ª posição na lista de maior população carcerária do mundo, em números absolutos, atrás apenas dos Estados Unidos e China.

Malaguti (2012) aborda esse fenômeno do grande encarceramento como uma expressão do controle social seletivo e da violência estrutural, apontando-o como um pilar central das políticas penais contemporâneas no Brasil. A expansão do sistema carcerário atua não como uma estratégia que busca a resolução dos conflitos sociais, mas a manutenção de um projeto político-econômico excludente, que marginaliza e criminaliza segmentos específicos da população, especialmente os mais pobres e racializados.

Qualificando a expansão carcerária como a mais dramática da história, afirma a autora:

[...] conjugam-se prisões decrepitas com imitações da supermax estadunidense e seus princípios de incomunicabilidade, emparedamento e imposição de dor e humilhações aos familiares dos presos. Perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão. O importante é traduzir toda a conflitividade social em punição (Malaguti, 2012, p. 101).

De acordo com o último levantamento realizado pelo SISDEPEN¹⁴ em junho de 2024, em relação à incidência de crimes cometidos, 31,87% dos presos (211.426) estão entre aqueles enquadrados na lei de Drogas (tráfico, associação e tráfico internacional), e 43,92% (291.407 presos) em crimes contra o patrimônio (furto, roubo, latrocínio, extorsão, apropriação indébita, estelionato, receptação, entre outros).

No tocante às informações disponíveis sobre raça, cor e etnia, 64% dos prisioneiros são pretos (103.799) e pardos (320.821), 28,24% brancos (187.384), o restante se divide em amarelos, indígenas e outros.

Quanto à escolaridade, 49,57% não haviam sequer concluído o ensino fundamental (328.857), categoria de estudos que compreende alunos na faixa dos 6

¹⁴ Sistema Nacional de Informações Penais. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-primeiro-semester-de-2024/relipen-1-semester-de-2024.pdf>

aos 14 anos, sucedidos por 17% com o ensino médio incompleto (112.849) e 11,13% concluíram apenas o ensino fundamental (73.889). Dessa forma concluímos que 77,7% dos detentos não tiveram acesso completo ao ensino formal.

O Brasil é um país que investe a maior parte de seus recursos escolares na educação de nível superior (OCDE, 2018, n.p.) o que se torna um tanto contraditório, haja vista que 328.857, (49,57%) detentos não concluíram o ensino fundamental, sendo que a estimativa de presos entre 18 e 29 anos é de 263.508, (39,72%), faixa etária que engloba indivíduos que cursam o ensino superior.

A baixa escolaridade e a alta taxa de delinquência estão diretamente ligadas; quanto mais baixa a escolaridade, menores são as vagas de empregos disponíveis. Os baixos salários ajudam ainda a complementar esta equação, o que leva a transgressão penal.

A realização dos generosos e solidários ideais igualitários, que a todos assegure o atendimento das necessidades fundamentais para a sobrevivência e as mesmas oportunidades de acesso às riquezas e ao desenvolvimento pessoal, há que se fazer de forma a estabelecer a síntese que incorpore os ideais libertários, asseguradores da livre expressão e realização dos direitos da personalidade de cada indivíduo. O rompimento com a excludente e egoística lógica do lucro e do mercado, há que ser acompanhado do rompimento com qualquer forma de autoritarismo, para que a bens econômicos socializados corresponda a indispensável garantia da liberdade individual e do direito à diferença, para que a solidariedade no convívio supere e afaste a crueldade da repressão e do castigo, para que um exercício democratizado do poder faça do Estado tão somente um instrumento assegurador do exercício dos direitos e da dignidade de cada indivíduo (Karam, 1996, p.92).

A punição se tornou uma forma de controle social. Dados do SENAPPEN¹⁵ apontam que, em 2024, a média de gastos por preso no Brasil é de R\$ 1.463,13 por mês. Em contrapartida o valor mínimo estipulado por aluno pelo FUNDEB¹⁶ é de R\$ 5.361,43, de acordo com a Portaria Interministerial MEC/MF 1/2024.¹⁷

O FUNDEB é estabelecido na Constituição e determina o montante mínimo a ser destinado à educação pela União, Estados e Municípios, sobre a receita dos

¹⁵ Secretaria Nacional de Políticas Penas. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoimWE0MG15MmUtZjE5NC00ZmQzLTk2MmYtOWFjNzEwOTY0NjkwliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>

¹⁶ Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. Disponível em: <https://www.gov.br/fnde/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/financiamento/fundeb>

¹⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/fnde/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/financiamento/fundeb/legislacao/2024/portaria-interm-no-1-de-23-de-fevereiro-de-2024.pdf/view>

impostos arrecadados. Caso algum Estado ou Município não alcance o valor mínimo estipulado por aluno, haverá a complementação de receita pela União.

Para os cofres públicos, é mais caro ter sob sua tutela um indivíduo encarcerado, mas, politicamente, é mais barato e cômodo, pois a população cobra dos governantes mais segurança, ao invés de mais educação ou melhores condições de educação.

O sistema penal brasileiro, estruturado historicamente em desigualdades, conforme Malaguti (2012), utiliza o discurso de combate ao crime e à violência como justificativa para práticas repressivas que reforçam as hierarquias sociais. A superlotação das penitenciárias é o retrato do descaso estatal em relação às classes mais baixas, tendo em vista o perfil do presidiário brasileiro, de baixa renda, baixa escolaridade e negro, conforme os dados mencionados anteriormente.

Mais que uma resposta à criminalidade, o encarceramento em massa é mecanismo de controle social do sistema penal como um instrumento político que perpetua as desigualdades estruturais, funcionando como uma extensão das políticas neoliberais de exclusão.

3.2 Superlotação carcerária do sistema prisional brasileiro

Roig (2017) critica essa seletividade do sistema penal, que recai de forma desproporcional sobre populações pobres, negras e marginalizadas, perpetuando desigualdades históricas e consolidando um ciclo de exclusão. Nesse sentido, argumenta que a superlotação não é uma falha acidental do sistema, mas sim consequência deliberada de um modelo penal que privilegia o encarceramento em massa como principal resposta ao conflito social.

A situação do sistema carcerário brasileiro é um dos fatores mais preocupantes atualmente. Hoje, o Brasil possui 663.387 mil presos, número que abrange todos os regimes de pena (fechado, semiaberto, aberto), RDD, medida de segurança, bem como os presos em caráter provisório. No entanto, tem capacidade de vagas total de apenas 488.951, ou seja, está com um déficit de 174.436 vagas (SISDEPEN, 2024).

A Corte Europeia de Direitos Humanos adota critérios do Comitê para a Prevenção da Tortura para mensurar o espaço mínimo adequado para presos, estabelecendo como desejável 7 m² por pessoa, mas fixando 3 m² como o limite

mínimo abaixo do qual o tratamento é considerado desumano e degradante. Embora criticado como um “[...] parâmetro métrico de dignidade humana”, a restrição severa de espaço resulta em danos à saúde, à higiene e à privacidade, agravando o caráter despersonalizante do encarceramento (Roig, 2017).

Conforme explica Penna (2021), a superlotação prisional no Brasil é calculada com base em Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, permitindo espaços individuais de menos de 1,73m², incluindo instalações sanitárias. Isso representa menos de 30% dos 6m² previstos na LEP.¹⁸

A observância deste “espaço pessoal”, que também pode ser chamado “superfície mínima”, vem prevista nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil²⁷⁹, cujas normas se inspiraram e repetem, muitas das vezes, o que prevê a Lei de Execução Penal, como o resguardo da integridade física e dignidade pessoal, a previsão de celas individuais, como regra, além de pormenorizar regras quanto às condições mínimas das instalações celulares (Penna, 2021, p. 103).

Comparando-se a decisão da Corte Europeia com o sistema penitenciário brasileiro, e considerando que “[...] a metragem contida na Resolução brasileira prevê espaço pessoal de até quase metade do que recomendou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que prevê um mínimo de 3,4m² individuais, em celas coletivas” (Penna, 2021, p. 259), fica evidente o alerta e a necessidade de mudanças, já que a superlotação e celas de dimensões reduzidas são características alarmantes da realidade carcerária no país.

A partir do que define a LEP, especialmente no que se refere aos requisitos mínimos para celas individuais e alojamentos coletivos (destinados exclusivamente aos presos em regime semiaberto), evidencia-se a ilegalidade das disposições contidas nas Resoluções emitidas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Essas normativas extrapolam a competência atribuída ao Conselho e contrariam os parâmetros previstos na legislação vigente (Penna, 2021).

Nesse contexto, conforme conclui Penna (2021, p. 261), “[...] os presos detidos em estabelecimentos prisionais brasileiros, tanto em razão das regras previstas pelo CNPCP quanto em função da severa superlotação prisional, não possuem o mínimo de espaço pessoal, conforme a legislação referente ao tema”.

¹⁸ Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Mesmo diante da inexistência de um padrão objetivo universalmente estabelecido, que preveja qual a metragem necessária a se reservar a cada preso, a preservação de uma “superfície mínima” para cada pessoa privada de liberdade é garantida nos mais variados diplomas internacionais. Este espaço vital mínimo é direito inerente à dignidade humana do preso, cujo respeito é exigido pela Constituição da República, bem como por toda a legislação internacional (Penna, 2021, p. 262).

A Corte Europeia, segundo expõe Roig (2017), estabeleceu que a grave superlotação, por si só, configura violação do princípio que proíbe tortura e tratamentos desumanos ou degradantes. Esse entendimento dispensa a análise de outros fatores em casos de superlotação extrema, marcando um novo paradigma no enfrentamento dessa questão. No entanto, em situações menos graves, a Corte considera aspectos adicionais, como condições sanitárias, ventilação e iluminação.

No Brasil, a proibição de tortura e tratamentos desumanos é garantida pela Constituição Federal, pela LEP e por normas internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todas essas normativas reforçam o direito à dignidade e à integridade física e moral das pessoas presas, proibindo superlotação e condições degradantes.

Seguindo o critério da Corte Europeia, “[...] é possível concluir que o estado de grave superlotação de alguns cárceres brasileiros é fator suficiente, por si só, para se atestar a existência de tratamento desumano ou degradante” (Roig, 2017, p. 581), violando sucessivamente as legislações nacional e internacional, além de comprometer a dignidade inerente à pessoa humana.

Em um ambiente superlotado e marcado pela violência institucional, é impossível proporcionar aos detentos as condições necessárias para sua reintegração social. Isso resulta em altos índices de reincidência, reforçando a lógica punitivista e a percepção de que o encarceramento é inevitável (Roig, 2017).

Mesmo sendo detentor dos meios de arrecadação financeira, o Estado não possui estrutura para administrar e ressocializar os presos, que ficam alojados em celas apertadas e superlotadas, em muitos casos em situações desumanas. O déficit de vagas nas penitenciárias alcançou níveis tão extremos que para supri-lo a União deveria investir de 2019 a 2037 cerca de 49 bilhões de reais, como aponta o TCU (2019):

314. À União, no prazo mencionado, caberia a assunção de despesas de investimentos destinados a suprir o déficit de vagas existente no sistema, que chegaria a 386.264 em 2037 (R\$ 19,4 bilhões, considerada reserva técnica de 7.198 vagas), a reformar 443 unidades prisionais danificadas (R\$ 859,5 milhões) e, ainda, o patrocínio do excedente de despesas de custeio derivado das novas construções (R\$ 28,7 bilhões). No total, seriam R\$ 49 bilhões em dezoito anos.

A privação de liberdade, que já é uma punição severa por si só, se torna uma experiência ainda mais cruel e desumana quando associada ao descaso e à negligência estatal, que ignora as condições degradantes a que os presos são submetidos, como a ausência espaço físico adequado, violando princípios fundamentais da dignidade humana.

A superlotação, além de ser uma violação por si só, traz diversas outras violações como consequência, por exemplo “[...] a escassez de água, as más condições de higiene, ventilação, iluminação; a má qualidade da alimentação, falta de tratamento de saúde adequado, maior tempo de permanência diária dentro das celas, devido à falta de funcionários” (Penna, 2021, p. 196).

Surge, exatamente nesse contexto de violação massiva de direitos humanos, a ideia do que denominamos “compensação penal por penas abusivas”, que traduz o dever estatal de reparar, não só pela via pecuniária (com fulcro no art. 37, § 6º, da CF), mas principalmente pela via penal, o sofrimento de atos arbitrários (ex.: abuso de poder, excesso de prazo, erro judiciário, violência física ou psicológica, violação da intimidade, tortura, extorsão, agressão de outros internos etc.), superlotação ou quaisquer outras condições ásperas, desumanas ou degradantes (ex.: falta ou precariedade de água, alimentação ou assistência médica, insalubridade do ambiente carcerário etc.) por parte das pessoas presas (Roig, 2017, p. 590).

O programa penal neoliberal, enquanto agrava a superlotação carcerária, propõe soluções paliativas e ilusórias, como a construção de mais prisões (geralmente em parcerias público-privadas), o uso de containers para detentos e a flexibilização da Lei de Execução Penal para ampliar a lotação por cela (Roig, 2019).

Essas medidas, impulsionadas por pressões midiáticas e políticas, não enfrentam as causas estruturais da superlotação carcerária, servindo apenas como mecanismos onerosos e ineficazes que perpetuam o mau funcionamento do sistema penitenciário. “Nenhuma dessas medidas ataca a natureza endêmica do superencarceramento, nem resolve o mau funcionamento crônico do sistema penitenciário” (Roig, 2019, 50).

Por isso, sempre que a prisão impuser condições desumanas, o tempo de pena deve ser reduzido como forma de conter essas ilegalidades. Assim, a compensação penal, conforme ainda será abordado – ao acelerar a progressão da pena, de modo que a proibição de tratamentos desumanos ou degradantes se aplique não apenas à sua imposição, mas também à sua duração – é uma medida eficiente para corrigir o excesso de punição causado pelas condições degradantes da execução penal, ajustando a pena às ilegalidades enfrentadas no encarceramento.

3.3 Execução penal e violação de direitos

A LEP é um marco normativo no sistema penal brasileiro, mas contém artigos que geram controvérsia tanto entre especialistas quanto entre operadores do Direito e a sociedade em geral. Os artigos mais polêmicos da LEP, muitas vezes discutidos por suas implicações práticas e possíveis violações de direitos, incluem:

Rodrigo Duque Estrada Roig critica severamente a forma como a Lei de Execução Penal é aplicada no Brasil, apontando que, embora a lei traga em seu texto uma série de garantias e direitos fundamentais, na prática, o sistema de execução penal viola sistematicamente esses direitos. Para Roig, o grande problema não está tanto no texto da LEP, mas na inadequada implementação de suas disposições, na falta de estrutura e na cultura punitivista que predomina no sistema penal brasileiro. Ele defende uma abordagem mais humana e respeitosa dos direitos dos presos, conforme os princípios constitucionais e internacionais de direitos humanos.

3.3.1 Falta disciplinar

O art. 50 da LEP, que traz a descrição de condutas consideradas faltas graves, tem rol taxativo, ou seja, não é possível criar novas figuras típicas, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

[...] “as faltas leves e médias poderão ser especificadas pela legislação local, a elas se aplica a exigência de anterior regulamento administrativo, já quanto à criação de hipótese de cometimento de falta grave, imprescindível seja precedida de lei, não de mera resolução, como ocorre no caso em

apreço, mormente em razão dos graves reflexos que surtirá na expiação da pena corporal” (HC 476.596-3/7, 1ª. C., REL. Péricles Piza, 13.06.2005, v.u., *JUBI* 109/05) (Nucci, 2013, p. 225).

No entanto, traz circunstâncias muito vagas, que abrem margem para que várias condutas se enquadrem nesse tipo. É o caso dos incisos I e III do art. 50 da LEP,¹⁹ cuja constitucionalidade é discutida devido à sua imprecisão, que pode gerar arbitrariedades.

O inciso I considera falta grave a subversão da ordem ou disciplina, mas esse conceito é vago e sujeito a interpretações abusivas pelas autoridades penitenciárias, uma vez que “[...] qualquer conduta, interpretada por uma autoridade penitenciária tendenciosa e abusiva, poderia ser eventualmente considerada subversiva para efeitos punitivos” (Roig, 2017, p. 46).

Nesse contexto, a imposição de punições fica sujeita ao julgamento arbitrário da autoridade penitenciária, que tem a prerrogativa de decidir quais ações ameaçam a ordem e disciplina do presídio, gerando insegurança jurídica. Assim, a análise técnica dos fatos perde espaço para o medo de que absolver o preso possa comprometer a estabilidade institucional. A partir desse ponto, as decisões passam a ser guiadas não por critérios legais ou técnicos, mas por uma lógica utilitarista e baseada na percepção de perigo (Roig, 2017).

Este padrão decisório não apenas cria sanções sem preceitos, como também torna inviável a refutação defensiva quanto aos juízos valorativos atribuídos ao indivíduo, em prejuízo do contraditório e da ampla defesa. O ônus da prova da periculosidade é, enfim, invertido do Estado para a pessoa presa, que precisa provar a improcedência da imputação valorativa a ela realizada, ocasionando também a vulneração dos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência (Roig, 2017, p. 218).

Já o inciso III, que tipifica como falta grave a posse indevida de objetos capazes de ofender, também é problemático, pois a definição é ampla demais, permitindo que objetos comuns, como uma caneta, sejam interpretados como perigosos. Essa falta de clareza nas normas abre margem para abusos e decisões desproporcionais contra os presos (Roig, 2017).

Ainda, o autor ensina que:

¹⁹ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

Nesse contexto, leciona Ferrajoli que o uso de palavras equivocadas e de juízo de valor na descrição dos fatos imputados e na realização das provas representa, melhor, uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais por parte dos juízes, não menos difundida do que a adotada analogamente pelo legislador na formulação das leis¹⁷⁸. O autor também atenta para a existência de termos de nociva obscuridade, termos estes “não apenas vagos, mas valorativos, cuja extensão é, além de indeterminada, igualmente indeterminável, dado que não conotam propriedades ou características objetivas, senão que exprimem, melhor, as atitudes e as valorações subjetivas de quem as pronuncia”, fazendo com que as proposições nas quais aparecem não sejam verificáveis nem refutáveis (Roig, 2017, p. 225).

A adoção de termos subjetivos inviabiliza o contraditório na execução penal, pois conceitos valorativos, por sua própria natureza, não permitem contestação adequada pelo preso. Atribuições subjetivas feitas pelo Estado podem ser apenas negadas pelo apenado, o que agrava seu desequilíbrio na relação com o poder público. Além disso, o termo "instrumento" abre espaço para interpretações amplas ou restritivas, resultando em decisões contraditórias sobre objetos similares. O caráter lícito ou ilícito desses itens dependerá exclusivamente da avaliação subjetiva da autoridade, que pode punir ou absolver conforme conveniência ou oportunidade (Roig, 2017)

Explica Roig (2017) que a tipificação da falta disciplinar carece de objetividade por se basear na suspeita de que um objeto possa ser usado para lesionar, sem necessidade de comprovação concreta. Essa abordagem remete a práticas punitivas por presunção, fundamentadas em elementos circunstanciais e julgamentos subjetivos. Assim, a administração penitenciária antecipa a punição, invadindo a esfera íntima do preso ao penalizar uma intenção hipotética, mesmo que nunca se concretize em dano real. Em caso de dúvida, a prioridade dada à prevenção supera a segurança jurídica, comprometendo a proteção dos direitos do indivíduo.

3.3.2 *Sanção disciplinar de isolamento e Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)*

Quando uma pessoa presa comete uma falta disciplinar, a legislação penal prevê a aplicação de sanções. Entre essas medidas, está o isolamento na própria

cela ou em um espaço adequado, desde que a unidade tenha alojamento coletivo, conforme estipulado no art. 53, inciso IV,²⁰ da LEP.

Com base no princípio da mínima intervenção, o isolamento disciplinar deve ser usado apenas como último recurso, aplicável somente quando alternativas menos severas, como advertência verbal ou repreensão, forem inviáveis, “[...] quando a defesa de certo interesse ou valor não pode ser viabilizada por instrumentos menos aflitivos, também o isolamento disciplinar – se não acertadamente abolido como forma de sanção – deve ao menos ser considerado a *ultima ratio* da execução penal” (Roig, 2017, p. 67).

Sobre o tema, a ONU recomenda esforços para limitar ou abolir o isolamento como medida punitiva, conforme seus Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (Resolução 45/111, de 14/12/1990).²¹ Isso porque, “[...] da mesma forma que são concebidas alternativas à pena privativa de liberdade, também devem ser estabelecidas alternativas às sanções disciplinares, em especial a de isolamento, em virtude dos danos físicos e psicológicos que provoca” (Roig, 2017, p. 68).

Andrew Coyle critica o isolamento como má prática, observando que ele geralmente reflete a falta de técnicas adequadas de gestão penitenciária. Ele destaca que, ao colocar presos violentos ou problemáticos em isolamento extremo, sem atividades ou estímulos, o sistema penal agrava o sofrimento dos detentos. Em alguns lugares, esse regime pode durar anos, submetendo os presos a condições degradantes, como a recreação solitária em espaços minúsculos e constantes revistas íntimas (*apud* Roig, 2017).

Nesse sentido, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto nos artigos 52 e 60²² da LEP, é uma das formas mais severas de punição dentro do sistema prisional, permitindo o isolamento do preso por até 360 dias, com restrição severa ao contato externo.

²⁰ Art. 53. Constituem sanções disciplinares: IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

²¹ 7. Deverão ser empreendidos e encorajados esforços tendentes à abolição ou restrição do regime de isolamento como medida punitiva.

²² Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

A norma do art. 57²³ do Regulamento Penitenciário Federal (Decreto nº. 6.049/2007) estabelece que os fundamentos para uma nova inclusão devem ser diferentes dos usados anteriormente e impede que a passagem anterior pelo RDD sirva como justificativa para uma nova inclusão. Além disso, impede que o cumprimento do RDD prejudique o mérito do sentenciado, “[...] salvo quando motivado pela má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum. Ou seja, o fato de já ter cumprido RDD não pode ser usado contra o indivíduo, sequer disciplinarmente” (Roig, 2017, p. 257).

Os incisos²⁴ do art. 52 da LEP enumeram algumas características sobre RDD, sendo elas isolamento em cela individual, visitas semanais limitadas a duas pessoas por duas horas, e duas horas diárias para banho de sol. Em presídios federais, inclui o uso de algemas, exceto em áreas específicas, e inspeções regulares. Conforme disposto no parágrafo 1º, do mesmo artigo,²⁵ é aplicado aos presos provisórios ou condenados que cometem crimes dolosos graves, ameaçam a segurança do sistema, aos presos que têm envolvimento com organizações criminosas (Roig, 2017).

Em relação a possibilidade de aplicação aos presos provisórios, Valois (2021) critica que “[...] o envio de um preso provisório para uma penitenciária federal, chancelando-o como perigoso, seja para o sistema penitenciário, seja para a sociedade, equivale, na prática, a sua condenação antecipada” (Valois, 2021, p. 119).

²³ Art. 57. O cumprimento do regime disciplinar diferenciado exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar novo pedido de inclusão ou desprestigiar o mérito do sentenciado, salvo, neste último caso, quando motivado pela má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum.

²⁴ Art. 52. I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; II - recolhimento em cela individual; III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

²⁵ § 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

Nesse sentido, viola o princípio da presunção de inocência a inclusão no RDD não só dos presos provisórios, mas “[...] dos indivíduos sobre os quais recaem simples suspeitas de associação criminosa, sem o necessário juízo de certeza para a infligência de todas as consequências deletérias dele advindas” (Roig, 2017, 263).

Ainda, “[...] a ideia da existência de pessoas de alto risco para a ordem e segurança, por si só, configura clara ofensa ao princípio da lesividade, porquanto legitima a punição de indivíduos pela suposição do que sejam, não pelo que concretamente realizam” (Roig, 2017, p. 74) Dessa forma, “[...] obstaculizados pelo paradigma da segurança, os direitos vão se relativizando no judiciário” (Valois, 2021, p. 122).

Se no Brasil houver algum acompanhamento psicológico, relatório isento sobre a situação dos presos brasileiros, que narre a condição de degradação psicológica, dificilmente será levado em consideração para efetivamente aproximar o preso da liberdade ou trazê-lo de volta ao estabelecimento penal de origem, pois será mais um motivo para manter aquela pessoa encarcerada. Se fica louco é perigoso e deve ficar encarcerado, se não fica louco é perigoso e deve ficar encarcerado. Encarcerados acabamos nós na dificuldade de pensar alternativas para o cárcere (Valois, 2021, p. 122).

Viola o princípio da culpabilidade a possibilidade de imposição do RDD quando verificado “[...] indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação” (§ 3º, do art, 52, da LEP). Isso porque a punição é aplicada sem a alegação de um fato específico contra o preso (Valois, 2021).

Qualquer punição, inclusive e principalmente o encaminhamento de preso ao RDD, deve estar vinculada a um fato concreto, devidamente individualizadas as condutas dos presos envolvidos.

Se indícios não são suficientes para a punição de ninguém, nem mesmo se a pretensão é a aplicação de uma pena de multa ou outra alternativa penal, indícios não podem ser suficientes para a aplicação da mais severa pena do ordenamento jurídico, o recolhimento no regime disciplinar diferenciado. Norma, portanto, inconstitucional (Valois, 2021, p. 118).

Ainda, esse regime é criticado por violar o princípio da igualdade, aplicando tratamento discriminatório a presos considerados mais perigosos, sem justificativa razoável. Esse poder disciplinar se concentra mais em características pessoais do indivíduo do que em suas ações, rompendo com o ideal de processos seculares. Tal

prática é vista como característica de regimes totalitários, que afetam tanto a liberdade quanto a igualdade, e a sanção disciplinar deve sempre se basear em atos concretos, nunca em atributos pessoais ou estados subjetivos (Roig, 2017).

A essência do atual Regime Disciplinar Diferenciado decorre da nova percepção das autoridades acerca do espaço e da importância de seu domínio para o sucesso dos objetivos carcerários. Isso porque os cárceres são construções sociais complexas que trazem em si uma conjunção de espaço real (físico) e ideal (abstrato, mental), sendo ao mesmo tempo materiais, funcionais e ideológicos. O domínio sobre o espaço permite, simultaneamente, o controle dos presos, o monitoramento de comunicações sediciosas, a regularidade da inspeção e um meio extremamente eficaz de diferenciação e ubiquidade espacial (Roig, 2017, p. 259).

Conforme aponta Roig (2017), as críticas ao RDD destacam também sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, por violar o princípio da dignidade humana. Com suas características de isolamento extremo e severas restrições de contato com o mundo exterior, esse regime pode causar graves danos psicológicos, violando os direitos fundamentais dos presos.

O isolamento prolongado é visto como tratamento cruel, desrespeitando as Regras Mínimas da ONU, que proíbem confinamento por mais de 22 horas diárias por períodos superiores a 15 dias.²⁶ A Corte Interamericana de Direitos Humanos também condena o isolamento e a privação de comunicação como práticas desumanas, enfatizando que a execução penal deve priorizar a dignidade da pessoa (Roig, 2017).

3.3.3 *Requisitos objetivos da progressão de regime*

A progressão de regime é um direito previsto pela LEP, que elenca alguns requisitos para a obtenção desse direito. Um deles depende do cumprimento de uma parcela mínima da pena, conforme o tipo de crime e as condições específicas do apenado. A quantidade de pena necessária para progressão varia com base na reincidência e na classificação do delito, podendo variar de 20% da pena para

²⁶ Regra 44. Para os objetivos destas Regras, o confinamento solitário refere-se ao confinamento do preso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo. O confinamento solitário prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos.

condenados primários por crimes sem violência, até 70% para condenados reincidentes em crimes hediondos, conforme disposição art.112.²⁷

O parágrafo 4º²⁸ do mesmo artigo traz o cometimento de novo crime ou de falta grave como causa de revogação do benefício, acarretando transferência do apenado para regime mais gravoso. Apesar de ausência de previsão legal específica, o entendimento majoritário²⁹ é de que o cometimento da falta grave interrompe o prazo para a concessão da progressão. Nesse caso, após a infração, uma nova contagem é iniciada a partir da data do evento que interrompeu o fluxo temporal, tornando o processo mais demorado para o apenado obter a progressão.

Nesse contexto, Roig (2017) sustenta que o cometimento de falta grave não pode interromper o prazo para a progressão de regime porque não há previsão legal para isso, apenas as sanções expressamente previstas nos artigos 53, 118 e 127 da LEP – como regressão de regime ou perda de dias remidos – podem ser aplicadas. Assim, ao interpretar de forma extensiva a punição com base na falta grave, o Judiciário estaria invadindo uma competência legislativa e violando princípios fundamentais, como o da legalidade e separação dos poderes.

Roig destaca que o requisito temporal para progressão deve ser medido pela quantidade de pena já cumprida, que não pode ser anulada por faltas graves, pois tempo de pena cumprido é considerado extinto. Ignorar isso implicaria desconsiderar a execução parcial já realizada e prejudicar o apenado de forma indevida.

²⁷ Art. 112. 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.

²⁸ § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

²⁹ Súmula 534. “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração” (REsp 1364192)

Imperioso concluir também que, mesmo que o cometimento de falta grave implique em outras consequências (ex.: perda do tempo remido), é vedada, na hermenêutica penal, a utilização da analogia in malam partem para se concluir que a contagem do lapso temporal deva ser interrompida. Ademais, a prática de falta grave pode impedir o preenchimento do requisito subjetivo para a progressão, mas não pode estar vinculado ao requisito temporal, que é objetivo. Estas são, aliás, as objeções formuladas pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6ª Turma do STJ, no julgamento do HC 236320/RS (6ª T., j. 3-5-2012) (Roig, 2017, p. 360).

De qualquer modo, mesmo quando o preso cumpre todos os requisitos legais para a progressão de regime, como o semiaberto ou aberto, ele muitas vezes permanece em situação mais gravosa por falta de infraestrutura ou vagas. Isso constitui violação ao direito legalmente previsto e fere o princípio da individualização da pena, já que é mantido em situação mais severa da que deveria estar, além de, na prática forense, impactar o cálculo da próxima progressão.

Quanto ao marco temporal inicial para a progressão do regime semiaberto para o aberto, a posição jurisprudencial estabelece a data em que o apenado começa a cumprir pena no semiaberto, em vez da data em que ele deveria ter sido transferido do fechado para o semiaberto (Roig, 2017).

Roig (2017) afirma que essa prática prejudica presos que passaram pelo regime fechado antes de chegar ao semiaberto, comparando-os desfavoravelmente com aqueles que foram condenados diretamente ao semiaberto. Estes últimos têm seu prazo contado desde o início da pena, sem interrupções.

Ainda, a interpretação de que o prazo começa apenas no início do semiaberto desconsidera os atrasos na concessão da progressão do fechado para o semiaberto. Isso resulta em um duplo prejuízo para o apenado, pois a demora não apenas posterga sua primeira progressão, mas também afeta o cálculo para o regime aberto, configurando um *bis in idem* (dupla penalização) (Roig, 2017).

Seguindo-se esta concepção, estaria subvertida a lógica de que a liberdade é a regra e a prisão a exceção. Vale lembrar que a demora jurisdicional já trouxe prejuízos demais ao condenado, sendo absolutamente razoável a devida compensação no período da nova progressão, medida esta que corrigiria o excesso de execução antes causado (Roig, 2017, p. 358).

Embora os requisitos objetivos tragam uma medida de previsibilidade, podem ser insuficientes para garantir a justiça individualizada. Isso porque o excesso de burocratização e rigidez na aplicação desses requisitos podem comprometer a

finalidade ressocializadora da execução penal. Portanto, conforme propõe Roig (2017) o sistema deve buscar um equilíbrio entre a padronização normativa e a consideração das particularidades de cada caso.

3.3.4 *Requisitos subjetivos da progressão de regime (art. 112, § 1º e art. 114, II)*

Ao contrário dos requisitos objetivos, que dizem respeito a aspectos que podem ser mensurados com base em critérios claros, a LEP traz alguns critérios subjetivos, que dependem da avaliação da conduta do preso, sendo o principal deles a boa conduta carcerária.³⁰

A progressão de regime não deve ser limitada apenas àqueles que apresentem bom comportamento carcerário, mas também pode ser concedida aos que exibam comportamentos classificados como "regular" ou "neutro". Um comportamento regular indica ausência de irregularidades, e um comportamento neutro significa nenhuma circunstância negativa contrária ao direito. Nesses casos, segundo Roig (2017), deve prevalecer o princípio *favor rei*, permitindo a progressão de regime.

Roig critica a exigência de superar a regularidade no ambiente prisional para se obter a progressão, pois o contexto carcerário dificilmente oferece condições para o desenvolvimento de comportamentos excepcionais. Exigir isso seria contrário ao princípio da legalidade e da culpabilidade, uma vez que implicaria punir o apenado por não ir além do comportamento esperado, violando o princípio fundamental de que não há pena sem lei clara e necessária (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) (Roig, 2017).

O meio de violência em que o preso vive não permite que seu comportamento seja passivo, afinal, ele deve se defender, deve encontrar subterfúgios para sobreviver no caos de superlotação e abandono que é o sistema prisional. Se nem em meio aberto, na sociedade livre, podemos abdicar de um certo jogo que lida com a violência que nos é intrínseca, no meio carcerário o preso muitas vezes só tem a violência como forma de defesa e, às vezes, como única forma de comunicação mesmo (Valois, 2021, p. 91).

³⁰ § 1º 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. § 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

“Traria maior objetividade à apreciação dos direitos da execução penal se o conceito de bom comportamento fosse entendido como aquele apurado pela ausência de punição por falta disciplinar grave em período razoavelmente anterior ao pleito de concessão” (Roig, 2017, p. 365).

A alteração da redação original³¹ do art. 112, de 1984, pela Lei nº 10.792/2003³² retirou a exigência do exame criminológico como condição à progressão de regime, restringindo os requisitos à comprovação de bom comportamento carcerário pela direção do presídio. No que pese o art. 112 ter recebido uma nova redação com o Paco Anticrime (Lei 13.964/2019), apenas em 2024, com a Lei 14.843/2024, foi reintroduzida a exigência do exame criminológico (no parágrafo 1º).³³

No entanto, ainda que não estivesse mais previsto na LEP desde 2003, o exame criminológico passou a ser visto como uma faculdade do Juízo da Execução enunciado na Súmula Vinculante nº 26 do STF,³⁴ de 2009, e na Súmula nº 469 do STJ,³⁵ de 2010.

Se a ausência de falta grave comprovava comportamento satisfatório no que diz respeito à adequação do condenado às regras prisionais e a sua boa relação de convivência com os demais apenados e com os agentes penitenciários, os exames criminológicos, que atestariam o grau de ressocialização do preso, indicariam ausência de “conflitos internos” (Carvalho, 2009, p. 298).

³¹ Art. 112. 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. (Redação original de 1984) Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

³² Art. 112. 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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

³³ § 1º 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. (Redação dada pela Lei nº 14.843, de 2024)

³⁴ 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 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.

³⁵ Súmula 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Segundo a Exposição de Motivos da LEP, o exame criminológico é uma espécie de análise da personalidade, focando na relação entre o delito e o delinquente, que tem como objetivo uma investigação médica, psicológica e social do apenado, seguindo a tradição da Criminologia. E por estar vinculado ao delito específico, deveria ser feito apenas uma vez por crime e não ser renovado a cada pedido de progressão de regime (Valois, 2021). “A primeira disposição da LEP sobre avaliações criminológicas é no momento da individualização administrativa da pena” (Carvalho, 2008, p. 182).

Lei de Execução Penal (LEP) prevê avaliações criminológicas durante a execução da pena para adequar o tratamento penal ao perfil do condenado. Essa avaliação é conduzida em duas frentes: pela Comissão Técnica de Classificação (CTC) e pelo Centro de Observação Criminológica (COC).

Conforme explica Carvalho (2008) CTC é responsável por observar o comportamento cotidiano do apenado na instituição prisional, visando classificá-lo com base em seus antecedentes e personalidade. Essa comissão é presidida pelo diretor da prisão e inclui profissionais como psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais.

Por outro lado, o COC realiza exames mais aprofundados e periciais para delinear um perfil criminológico do preso, fornecendo subsídios para decisões judiciais na fase de execução da pena. Assim, enquanto a CTC se concentra no acompanhamento diário dentro da unidade prisional, o COC tem a função de conduzir análises mais detalhadas e autônomas para apoiar a gestão penal e decisões futuras (Carvalho, 2008).

A prática de realizar exames sucessivos seria uma forma de procrastinar indevidamente o direito do apenado à progressão, distorcendo a finalidade original do exame e violando o princípio da eficiência no processo de execução penal (Valois, 2021).

Roig (2017) defende que, embora a análise criminológica tenha sido tradicionalmente utilizada para medir a periculosidade e o mérito do condenado, tal abordagem pode introduzir subjetividade e discricionariedade excessiva no processo, comprometendo a segurança jurídica e a proporcionalidade na execução penal.

Ainda que considerada uma faculdade, fato é que a decisão pela requisição dos exames criminológicos não pode ser fundamentada na gravidade abstrata do crime praticado ou na longa pena a cumprir (STJ, HC 366253/SP, 6^a T., j. 13-9-2016), na alusão à prática de falta grave antiga ou sem a indicação de sua data (dado essencial para se aferir os efeitos da falta sobre o *status libertatis* do indivíduo), ou ainda, em alegações genéricas acerca do cabimento do exame criminológico. Nenhum destes elementos é idôneo a justificar a requisição do exame (Roig, 2017, p. 367).

Roig (2017) apresenta uma série de diretrizes e restrições para a realização e interpretação do exame criminológico na execução penal, defendendo que sua aplicação deve ser cuidadosamente regulada para evitar abusos e garantir os direitos do apenado. São elas (Roig, 2017, p. 367/369):

- a) Independência do juiz: O juiz não está obrigado a seguir o resultado negativo do exame nem pode basear sua decisão em argumentos vagos ou genéricos.
- b) Contraditório e ampla defesa: A defesa deve ser ouvida sobre o laudo negativo, sob pena de nulidade do processo.
- c) Celeridade: A realização do exame não pode atrasar a análise dos pedidos de progressão.
- d) Autonomia do apenado: Questões como arrependimento, vícios ou uso de substâncias não podem influenciar negativamente a decisão.
- e) Fatos concretos: A gravidade abstrata do crime, reincidência ou processos em andamento não são motivos para negar a progressão.
- f) Falta grave antiga: Faltas disciplinares antigas ou prescritas não justificam resultado desfavorável.
- g) Periculosidade: A periculosidade não é argumento válido para negativa de progressão, pois fere princípios constitucionais como presunção de inocência.
- h) Emprego: A falta de promessa de emprego não pode impedir a progressão, evitando discriminação contra presos desempregados.
- i) Favor rei: Em caso de divergências entre exames, a interpretação deve ser favorável ao apenado.
- j) Contraprova: O condenado pode indicar um assistente técnico para contrapor o exame negativo.
- k) Exame inicial ausente: A falta de exame no início da pena não pode ser compensada durante o processo.

Valois (2012) destaca que o exame criminológico é extremamente subjetivo, uma vez que depende da interpretação de psicólogos ou psiquiatras que avaliam o comportamento do preso com base em critérios pouco definidos. “Em realidade, o sistema penalógico adotado pelo legislador psiquiatriza a decisão do juiz da execução, delegando a motivação do ato decisório ao julgamento das opções e das condições de vida do condenado” (Carvalho, 2008, p. 184).

Segundo Valois (2012), o exame criminológico remete a uma visão positivista e determinista do comportamento criminal, ou seja, a periculosidade do indivíduo é avaliada de forma quase "científica", como se pudesse prever o futuro comportamento do apenado. Direito Penal moderno, sobretudo sob uma perspectiva garantista, deve se afastar dessas ideias de "predição" de perigosidade, e sim se focar no cumprimento legal da pena e nos critérios objetivos previstos em lei (Valois, 2012).

Já se disse que o mais perverso modelo de controle social é aquele que funde o discurso do direito com o discurso da psiquiatria, ou seja, que regrida aos modelos positivistas de coalizão conceitual do jurídico com a criminologia naturalista. O sonho positivista de medição da periculosidade encontra guarida nesse sistema. Retomando conceitos como *propensão ao delito*, *causas da delinquência* e *personalidade voltada para o crime*, o discurso oficial se reproduz desde o interior do modelo, condicionando a decisão do magistrado ao exame clínico-criminológico (Carvalho, 2008, p. 184, grifo do autor).

Nesse contexto, o exame criminológico muitas vezes atrapalha a ressocialização, que deveria ser o objetivo central da execução penal, mas acaba sendo usado como um mecanismo de controle, que reforça uma visão punitivista do sistema penal, ao invés de favorecer a reintegração social. Sendo a progressão de regime um direito do apenado, o exame criminológico cria um obstáculo adicional para sua concretização.

O verdadeiro exame criminológico, o que poderia beneficiar o apenado de alguma forma, porque lhe proporcionaria uma separação e lotação mais adequada no estabelecimento penal, um exame que pudesse indicar suas atividades laborais e de descanso na penitenciária, suas assistências, desde o início da pena, este exame, que está na lei (art. 8º da LEP), os juízes não exigem que seja feito. Pelo contrário, quando há um procedimento que pode aproximar o preso da liberdade, os tribunais passam estranhamente a serem zelosos para com a ressocialização do apenado, exigindo exame que não está previsto em lei e que o manterá no cárcere no mínimo por mais alguns meses (Valois, 2012, p. 216).

Valois (2012) argumenta que o exame criminológico muitas vezes é aplicado de forma discricionária e seletiva, sendo utilizado com mais frequência contra presos considerados mais perigosos ou pertencentes a grupos sociais marginalizados. "Se há criminosos que foram considerados perigosos, a violência de suas condutas deve estar devidamente compreendida na pena aplicada, e qualquer consideração extra

dessa *perigosidade* constitui-se evidentemente em um *bis in idem*” (Valois, 2012, p. 219).

Essa seletividade reforça a ideia de que o exame criminológico pode ser uma ferramenta de discriminação, violando o princípio da igualdade no tratamento dos presos.

No que tange à exigência dos exames criminológicos, uma última observação merece ser feita: se continuarmos com a idolatria irrefletida no tocante à (suposta) eficácia dos exames criminológicos, em breve chegaremos à execução penal atuarial (ou securitária), baseada em pragmáticos prognósticos de risco (atuariais) e periculosidade sociais, com a profusão de guias metódicos que quantificam minuciosamente os dados pessoais e sociais do condenado, construindo a possibilidade de liberdade a partir de tais elementos. Segundo Pavarini, a retórica que emerge é aquela do cálculo probabilístico e de distribuição estatística aplicados no confronto das populações que criam problemas sociais (Roig, 2017, p. 369).

O exame criminológico é uma prática que, além de ser subjetiva e discriminatória, representa um retrocesso no campo da execução penal ao dificultar a progressão de regime com base em critérios que não estão previstos de maneira clara na legislação. “Outrossim, por força de ser juízo empiricamente indemonstrável (“possibilidade de vir a cometer delito no futuro”), as perícias obstaculiza(va)m o direito ao contraditório, maculando o devido processo legal” (Carvalho, 2008, p. 298).

Ainda, sendo focados na pessoa e não nos fatos, reforçam o direito penal do autor, que pune a pessoa com base em sua suposta personalidade, e não por suas ações concretas. Por isso, a progressão de regime deve ser orientada por critérios objetivos e legalmente estabelecidos, sem a interferência de avaliações psicológicas ou psiquiátricas que acabam reforçando uma visão estigmatizante dos presos e dificultando sua ressocialização.

3.3.5 Remição

A remição, conforme a LEP, permite que presos em regime fechado ou semiaberto reduzam sua pena por meio do trabalho, com o cálculo de um dia de

pena a cada três trabalhados (art. 126).³⁶ O preso também pode obter remição por estudo, conforme a Lei 12.433/2011. Mesmo em caso de acidente de trabalho, o direito à remição é mantido (art. 126, § 4º).³⁷ O juiz é responsável por declarar a remição, após ouvir o Ministério Público (art. 126, § 8º).³⁸ O tempo remido é computado como pena cumprida (art. 128).³⁹ No entanto, se o preso cometer falta grave, perde (parcialmente) a remição conquistada (art. 127)⁴⁰ (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 707).

Embora a LEP preveja esses direitos, Roig (2017) destaca que muitos presos são privados de oportunidades de trabalho e educação dentro das unidades prisionais. Como consequência, o direito à remição é violado, o que prejudica principalmente os mais pobres, perpetuando a desigualdade social e ampliando o ciclo de exclusão.

A remição de pena é resquício de uma época em que se acreditava na ressocialização através do cárcere e do trabalho e também um elemento de dignidade humana, ao trazer esperança ao preso. A LEP garante o direito ao trabalho e à sua remuneração (art. 41, II) e idealmente, esses deveriam ser analisados estritamente dentro da legalidade, assegurando que os presos, como sujeitos de direitos, tenham garantido tudo que não seja expressamente restringido pela lei ou pela sentença. No entanto, na prática, esses direitos são frequentemente relativizados por juízes, que ainda carregam ideias antigas de correção e punição, distorcendo a aplicação da lei (Valois, 2021).

A prática efetiva da remição muitas vezes é vista como um privilégio, acessível apenas para aqueles que conseguem uma oportunidade de trabalho, em vez de ser um direito universalmente garantido aos apenados. “Direito e dever do preso, mas mais direito, porque se engana quem pensa que é agradável a um ser humano passar dez, vinte anos numa penitenciária, sem qualquer atividade” (Valois, 2021, p. 126).

³⁶ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

³⁷ § 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição

³⁸ § 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

³⁹ Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.

⁴⁰ Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Apesar da remição de pena pelo trabalho ser um direito previsto em lei, a realidade carcerária brasileira não oferece oportunidades suficientes para que os presos trabalhem. Valois (2021) critica o sistema por falhar ao garantir essa possibilidade, o que resulta em violação de um direito importante para a progressão de regime, já que “[...] o preso que não trabalha e não recebe a remição está sendo punido três vezes mais que o preso que trabalha, porque fica sem poder remir o tempo de pena a que tem direito” (Valois, 2021, p. 128).

A remição é garantida em casos de impedimento por acidente, conforme o art. 126, § 4º da Lei de Execução Penal, que assegura que o preso continue a ter direito à remição mesmo após um acidente.

No entanto, sendo o trabalho um dever do Estado e um direito do preso, “[...] o legislador não poderia prever que nossos estabelecimentos penais não tivessem trabalho para todos os presos” (Valois, 2021, p. 127). A questão se torna complexa quando a impossibilidade de trabalhar ou estudar resulta da ineficiência do Estado em fornecer essas oportunidades.

Não obstante, a precária realidade do sistema faz com que não sejam os presos que sofrem acidentes os únicos a ficarem impossibilitados de trabalhar. Inúmeros outros estão na mesma situação, impossibilitados de trabalhar porque o Estado não lhes permite exercer o trabalho. Portanto, nada mais justo que a este preso, impossibilitado de trabalhar por omissão do Estado, também seja deferida a remição (Valois, 2021, p. 128).

Apesar de algumas correntes na doutrina e jurisprudência refutarem essa ideia, para Roig (2017) a tese que defende a remição ficta para condenados que buscam trabalho ou estudo é considerada correta, pois eles não devem ser prejudicados pela falha do Estado.

Não é razoável que o Estado exija do condenado o cumprimento do dever de trabalhar, mas não ofereça condições para tanto, e pior, não compense o inadimplemento de seu dever de oferta laborativa. Nem se diga que o beneficiamento daqueles que não trabalham produziria ruptura da igualdade com os que trabalham, pois tal visão inverte a lógica jurídica favor rei. Na verdade, a ruptura da igualdade ocorre justamente ao não se assegurar a todos os presos o efetivo direito ao trabalho, discriminando-se alguns por desídia político-administrativa ou ausência de condições materiais (Roig, 2017, p. 420).

Essa falta de estrutura e planejamento contribui para o agravamento do estado de coisas inconstitucional, conceito que descreve a situação caótica e inconstitucional do sistema penitenciário.

Para se ter uma ideia do absurdo que é deixar o preso sem trabalho e do tanto que tal punição pode ser comparada à punição cruel vedada constitucionalmente, presos sob o regime de trabalhos forçados, vedados constitucionalmente (inciso XVII, letra "c", do art. 5º, da CF), preferem o trabalho forçado à ociosidade.

[...] Ora, então, se os trabalhos forçados são proibidos constitucionalmente, a prisão sem trabalho não faz parte só de um estado de coisas inconstitucional, a prisão sem trabalho é um estado de coisas vedado constitucionalmente (Valois, 2021, p. 128).

Nesse contexto, defende Roig (2017) que a única forma justa de compensar pessoas presas seria a concessão de remição ficta (redução da pena sem necessidade de trabalho ou estudo). “Se o judiciário não consegue intervir para determinar que todos os presos possam trabalhar, visto que a divisão de poderes e a própria limitação legislativa não lhe permite muito nesse campo, a remição pode ser concedida. Ficta ou não, deve ser concedida” (Valois, 2021, p. 128).

No entanto, alerta Roig (2017) que, mesmo se aplicada em proporção menor que a remição por atividades realizadas, essa solução ainda é problemática, pois pode discriminar presos que não têm culpa pela falta de oportunidades, revelando uma injustiça causada pela ineficiência estatal.

3.3.6 *Livramento condicional*

Previsto nos artigos 83 a 90 do Código Penal, bem como nos 131 a 146 da LEP, o Livramento Condicional é um direito que consiste na “[...] antecipação da liberdade, mediante condições, antes do término da pena privativa de liberdade” (Roig, 2017, 432).

Para tanto, são analisados critérios objetivos e subjetivos, que, se interpretados de maneira arbitrária pelas autoridades judiciais, tendem a refletir uma visão utilitarista e punitiva, enfraquecendo a reintegração social do condenado e colocando em risco princípios constitucionais como o da dignidade humana e da presunção de ressocialização.

Em relação ao livramento condicional – etapa do sistema progressivo e momento importante na lógica do sistema de individualização científica (art. 83 do Código Penal) –, a duplicidade de requisitos igualmente se impunha, quais sejam: (a) objetivo: vinculado ao tempo – cumprimento de um terço (condenado primário) ou metade (reincidente) da pena – e à reparação do dano; e (b) subjetivo: relacionado com o “comprovado comportamento satisfatório” (Carvalho, 2008, p. 297).

O primeiro critério objetivo encontra-se no *caput* do art. 83 do CP, que dispõe que “[...] juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos”.

No que diz respeito à previsão restrita ao quanto de pena igual ou superior a dois anos, Roig afirma que viola os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena a vedação ao livramento condicional aos condenados a penas inferiores a dois anos, “[...] tendo em vista que impõe tratamento severo àqueles sancionados com penas inferiores, ao mesmo tempo que dispensa tratamento mais benéfico a condenados a penas maiores” (Roig, 2017, p. 442).

Para a concessão do direito, é exigido o cumprimento de uma parcela da pena: “[...] mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes”; “[...] e mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso”; e “[...] mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza” (Art. 83, I, II e V, do CP).

O cálculo da pena para crimes hediondos e comuns deve ser diferenciado para evitar a aplicação indevida de critérios mais rígidos. Roig (2017) critica a proibição absoluta do livramento condicional para reincidentes específicos em crimes hediondos, pois isso desrespeita o princípio da individualização da pena. Ele compara essa proibição à inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, apontando a contradição em aceitar uma abordagem rígida para o livramento sem considerar as peculiaridades de cada caso.

A proibição absoluta de livramento condicional, nesta hipótese, fere o princípio da individualização da pena, na medida em que um direito da execução vê-se obstado pela qualificação (gravidade) abstrata do delito, com o desprezo das particularidades de cada caso. Realmente soa paradoxal declarar-se (e apregoar-se doutrinariamente) a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado – com fundamento maior no princípio da individualização da pena – e não fazê-lo em relação à vedação peremptória do livramento condicional (Roig, 2017, p. 438).

Além de violar o princípio da individualização da pena “[...] pode-se verificar ainda violação ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que delitos hediondos (ou equiparados) de distinta gravidade abstrata são sancionados com a mesma proibição de livramento condicional” (Roig, 2017, p.440).

A proibição do livramento condicional para reincidentes em crimes hediondos se baseia na suposição de maior periculosidade, comparada à de reincidentes por crimes comuns. Essa presunção carece de comprovação empírica e reflete um modelo de direito penal do autor, que ignora os princípios de culpabilidade pelo ato e igualdade, alinhando-se à lógica do “direito penal do inimigo” (Roig, 2017).

Com a edição da Lei dos Crimes Hediondos em 1990, um novo contorno começou a ser dado no sistema de encarceramento, dado ao enrijecimento das regras executivas e à ruptura no sistema progressivo. Além do aumento expressivo das penas às condutas classificadas como hediondas (art. 6º c/c art. 9º da Lei 8.072/90), duas alterações substanciais no que diz respeito à execução foram significativas: o estabelecimento do regime integralmente fechado e o aumento do lapso temporal para o gozo do livramento condicional (Carvalho, 2008, p. 299).

Essa proibição absoluta do livramento condicional “[...] atenta ainda contra o princípio da humanidade, uma vez que, partindo do discriminatório pressuposto da incorrigibilidade de certos indivíduos, consagra o ideário preventivo especial negativo da neutralização” (Roig, 2017, p. 440). Essa visão reforça uma lógica de neutralização preventiva, transformando a pena em uma “morte civil”, na qual o tempo de prisão se torna uma punição perpétua, sem perspectiva de reintegração social.

Sobre a reincidência específica, afirma Roig (2017):

Ainda que admitida, a reincidência específica não poderia gerar efeitos se não fosse textualmente mencionada na sentença, considerando que a LEP assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º), ao passo que o Código Penal garante ao preso a conservação de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (art. 38) (Roig, 2017, p. 441).

Carvalho (2008) sugere que o livramento condicional deveria ser reformulado para se alinhar com uma perspectiva garantista. Priorizando a dignidade da pessoa presa e promovendo uma reintegração social efetiva, deveriam ser considerados os critérios objetivos não estigmatizantes, uma vez que a execução penal deve ser

orientada para a minimização do sofrimento e a proteção dos direitos fundamentais, assegurando que o livramento condicional cumpra seu papel como direito e não como um favor ou privilégio.

E embora o livramento condicional tenha como objetivo formal proporcionar uma transição gradual do preso para o convívio social, Carvalho (2008) argumenta que ele é muitas vezes utilizado como um mecanismo de controle punitivista, subordinado a critérios subjetivos que dificultam o acesso à liberdade condicional.

De acordo com o inciso III, do art. 83 do CP, para a concessão do livramento condicional, é preciso comprovar: “a) bom comportamento durante a execução da pena; b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto”.

O comportamento satisfatório do condenado precisa ser demonstrado apenas por um período recente, evitando a imposição de punição sem limites temporais. Assim como é possível reabilitação após a prática de delitos, faltas disciplinares antigas não deveriam impedir benefícios. O STJ decidiu que uma falta grave cometida há mais de um ano, se seguida por bom comportamento, não impede o livramento condicional, satisfazendo o requisito do art. 83, III, do Código Penal (Roig, 2017).

Quanto a exigência de bom desempenho no trabalho atribuído, previsto na alínea “c”, “[...] não é parâmetro racional para a concessão ou não do livramento, além de ensejar profunda discricionariedade. Se ninguém pode ser preso pelo mau desempenho em seu trabalho, ninguém pode ser mantido preso pelo mesmo fundamento” (Roig, 2017, P. 446).

No mesmo sentido, Roig (2017) afirma que o requisito de “aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto” (art. 83, III, do CP) revela a seletividade penal e o efeito dessocializador do encarceramento, que, paradoxalmente, dificulta a inserção laboral. Impedir o livramento condicional pela falta de perspectiva de emprego é problemático, pois ignora o estigma social que os condenados enfrentam e a escassez de empregos, especialmente em crises econômicas. Em essência, negar o benefício com base na falta de trabalho equivale a criminalizar o desemprego, o que é incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Esses requisitos subjetivos do livramento condicional, que incluem a avaliação de “bom comportamento” e a “demonstração de aptidão para o retorno ao convívio social”, estão frequentemente ancorados em critérios subjetivos e discricionários. Esses critérios acabam permitindo que a decisão sobre a liberdade da pessoa presa seja influenciada por impressões pessoais e estigmas, em vez de estar baseada em um exame mais objetivo e imparcial (Carvalho, 2008).

Também está sujeito a subjetividade o livramento condicional para condenados por crimes dolosos, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, dependendo “[...] da constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir” (Art. 83, parágrafo único, do CP).

Roig (2017) entende que condicionar o livramento condicional à verificação de características pessoais que presumam que o condenado (por crime doloso, com violência ou grave ameaça) não reincidirá significa, além de inverter o ônus da prova contra o próprio preso, vincular o exercício de um direito a juízos morais e a um mero exercício de previsão, sem embasamento empírico adequado e comprometendo o contraditório e o devido processo legal.

Com a edição da Lei n. 10.792/2003, o exame criminológico foi removido como exigência obrigatória para a progressão de regime e para o livramento condicional, mantendo apenas o critério de comportamento carcerário e tempo de cumprimento de pena. No entanto, o STJ firmou entendimento, na Súmula 439, de que o exame criminológico pode ser admitido “[...] pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. Com isso, reconheceu que o magistrado pode excepcionalmente determinar a realização do exame criminológico, diante das particularidades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada” (Roig, 2008, p. 449).

“Tarefa elucidativa no que tange à assunção ideológica do modelo defensivista é a de previsão de o corpo criminológico (COC) realizar *prognósticos de não-delinquência*” (Carvalho, 2008, p. 183).

Especificamente quanto ao prognóstico de não-delinquência, importante ressaltar que a emissão do parecer tem como mérito ‘probabilidades’, juízo que não pode justificar qualquer negação de direitos, visto ser hipótese inverificável empiricamente e, conseqüentemente, irrefutável no plano processual (Carvalho, 2008, p. 184).

Roig (2017) explica que, “[...] uma vez entendida possível a realização do exame para fins de livramento condicional, algumas garantias devem ser asseguradas aos condenados” (Roig, 2017, p. 449). O exame criminológico não deve ser requisitado com base apenas na gravidade abstrata do crime, na duração da pena, em alegações vagas ou em faltas graves antigas sem data específica. Para garantir o devido processo legal, a defesa deve ser intimada imediatamente após a requisição do exame, podendo contestá-lo e manifestar-se sobre eventuais laudos negativos antes da decisão judicial, sob pena de nulidade.

Ainda, o Juízo de Execução não pode se prender ao resultado do exame, pois isso reduziria a decisão judicial a uma mera homologação. O exame deve ser solicitado com antecedência e não pode atrasar o processo; caso seja negativo, o condenado deve ter o direito de nomear assistente técnico para contraprova, conforme o art. 159 do CPP (Roig, 2017).

Por carecerem de previsão legal, são irrelevantes para o resultado do exame “[...] o fato de o condenado não se sentir culpado pela prática do delito ou confessar-se viciado em drogas ou álcool”, bem como “[...] a existência de processo em andamento contra o preso, sua reincidência ou a prática longínqua de falta disciplinar” (Roig, 2017, p.450).

Roig (2017) argumenta que o exame criminológico, ao avaliar a "personalidade" e a "periculosidade" da pessoa presa, recorre a critérios subjetivos e moralizantes, baseados em pressupostos que podem reforçar estigmas e preconceitos contra o condenado, dificultando seu processo de reintegração social.

Por fim, a alegação de periculosidade do agente não é fundamento idôneo a embasar o resultado desfavorável do exame, nem sua requisição ou negativa judicial do livramento condicional, pois, conforme já assinalado, a categoria periculosidade vulnera os princípios do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, além de consagrar a culpabilidade de autor, em prejuízo da culpabilidade pelo fato (Roig, 2017, P. 450).

A aplicação dos requisitos subjetivos permite uma grande margem de discricionariedade, o que torna a decisão sobre o livramento dependente de impressões pessoais e estigmas, que podem perpetuar a marginalização e o estigma contra o preso, prática incompatível com os princípios do garantismo penal, que defendem a proteção de direitos e a aplicação mínima da pena (Carvalho, 2008).

Para Carvalho, a lógica que permeia o livramento condicional está mais orientada pelo controle e vigilância do indivíduo do que por uma preocupação real com sua ressocialização. Esse enfoque, segundo ele, contribui para a exclusão e perpetuação do ciclo de punição, ao mesmo tempo em que reforça a imagem do preso como uma figura inerentemente perigosa.

De acordo com a previsão do art. 140 da LEP,⁴¹ o livramento condicional é revogado se o liberado for condenado por crime cometido antes ou durante da concessão do benefício (art. 86 do CP),⁴² com algumas distinções. Se a condenação é por crime cometido antes da concessão, o tempo em liberdade é contado como cumprimento de pena, e as penas são somadas, permitindo novo livramento (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

Como explicam Zaffaroni e Pierangeli (2020), se o crime for cometido durante o período de prova, o benefício é revogado, o tempo em liberdade não é contado, e não pode ser concedido novamente para a mesma pena (art. 88 do CP).⁴³ “Nos termos da LEP (art. 142), revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido. Esclarecendo: não poderá ser novamente concedido em relação aos delitos em que já houve o livramento (mesma pena), mas poderá ser concedido pelo novo delito” (Roig, 2017, p. 460).

Dispõe ainda a lei que, revogado o livramento, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado (art. 88 do CP). Parece evidente, contudo, que as normas que determinam a desconsideração do período de prova como pena cumprida (arts. 88 do CP e 142 da LEP) – inclusive para o condenado que cometeu novo crime na vigência do livramento – não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 (Roig, 2017, 461).

Roig (2017) aborda a violação ao princípio da dignidade humana quando o esforço e o tempo investidos por um condenado no cumprimento das condições impostas pelo livramento condicional são desconsiderados devido a uma falha posterior. Argumenta que, embora o livramento condicional não seja um regime de

⁴¹ Art. 140. A revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos artigos 86 e 87 do Código Penal.

⁴² Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível: I - por crime cometido durante a vigência do benefício; II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

⁴³ Art. 88 - Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

cumprimento de pena, é uma etapa da execução penal, já que seu êxito leva à extinção da pena privativa de liberdade.

Assim, desconsiderar o período cumprido e retroceder à situação anterior configura uma regressão desumanizadora. A falha no cumprimento das condições pode impedir a conquista da liberdade definitiva, mas não deve anular o progresso já alcançado (Roig, 2017).

A intangibilidade da coisa julgada também é comprometida, uma vez que a desconsideração do período de prova já cumprido resulta, na prática, na execução de uma pena superior à definida na sentença condenatória. Isso gera uma flexibilização indevida da pena privativa de liberdade, violando o limite estabelecido pela coisa julgada e contrariando a interpretação mais favorável ao réu (Roig, 2017).

Além disso, quando um novo crime é cometido após o início do período de prova, os efeitos desse novo delito afetam a pena anterior, ultrapassando os limites da culpabilidade e da coisa julgada referentes à condenação original. “Por sua vez, o princípio *ne bis in idem* é vulnerado pela imposição simultânea de duas sanções pelo mesmo fato: revogação do livramento e desconsideração do período de prova como pena cumprida” (Roig, 2017, p. 461).

Ainda, segundo Roig (2017), o princípio da proporcionalidade também é violado pela perda do período de prova “se a infração das condições do livramento for causada por fatos de menor gravidade (ex.: perda de quatro anos de período de prova motivada por direção de veículo automotor sem habilitação)” (Roig, 2017, p. 461).

Se o encarceramento é a *ultima ratio* e se o Direito da Execução Penal também é inspirado pelo princípio da intervenção mínima, deve o Juízo da Execução recorrer a formas de sancionamento menos ruinosas do que a desconsideração do período de prova como pena cumprida. Ainda que tida como válida, a perda do período de prova deveria ter por finalidade única o desconto do tempo de pena para efeito de cálculo de futuro livramento condicional, não afetando assim os demais direitos. Para estes, o período de prova continuaria a ser computado (Roig, 2017, p. 461).

Há também a revogação facultativa, que ocorre quando o liberado não cumpre as condições estabelecidas ou é condenado a penas que não sejam

privativas de liberdade (art. 87 do CP).⁴⁴ Nesse caso, o juiz pode optar por revogar o livramento ou modificar suas condições (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

Em caso de revogação facultativa do livramento condicional, o juiz deve priorizar medidas alternativas, como advertências ou agravamento das condições do livramento, ao invés de determinar a reclusão imediata, respeitando o princípio da prisão como *ultima ratio*. Além disso, ao avaliar o descumprimento das condições ou a prática de novos crimes, o período de prova já cumprido não deve ser desconsiderado automaticamente. A intervenção mínima sugere que formas menos severas de sanção devem ser aplicadas para evitar que o encarceramento seja utilizado como primeira opção (Roig, 2017).

Se o liberado estiver respondendo a processo por crime cometido durante o livramento, a extinção da pena anterior deve aguardar a sentença final (art. 89 do CP).⁴⁵ No entanto, se o processo for por crime cometido antes do livramento e a pena anterior estiver cumprida, o juiz deve declarar sua extinção (art. 90 do CP)⁴⁶ (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

Roig (2017) argumenta que o sistema penal, ao priorizar a ressocialização, deve buscar alternativas ao retorno ao cárcere diante de violações leves das condições do livramento condicional. Ele critica abordagens que desconsideram o tempo de prova já cumprido, propondo que medidas menos drásticas, como advertências e o agravamento das condições do livramento, sejam aplicadas antes da revogação e reencarceramento do apenado. Essas ideias refletem seu enfoque na execução penal como instrumento de ressocialização e não meramente punitivo, sempre em consonância com os princípios de humanidade e proporcionalidade na aplicação das penas.

3.4 A violação de direitos por trás do discurso da ressocialização

⁴⁴Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

⁴⁵Art. 88 - Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

⁴⁶ Art. 89 - O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

Massimo Pavarini e Dario Melossi, criminólogos e sociólogos italianos, analisaram como o sistema penal se relaciona com o desenvolvimento socioeconômico e a estrutura de poder da sociedade capitalista. Em "Cárcere e Fábrica: As Origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI-XIX)", os autores exploram a relação entre o sistema penitenciário emergente e o desenvolvimento das fábricas na sociedade industrial.

Eles analisam como a prisão passou a ser vista como uma extensão do poder disciplinar da sociedade, sendo um instrumento de controle e "domesticação" de indivíduos desviantes. A ressocialização é apresentada de forma crítica, sendo vista menos como um ideal real de reintegração e mais como uma justificativa para disciplinar e moldar comportamentos de acordo com os valores produtivos e disciplinados da sociedade capitalista.

O sistema carcerário oscila cada vez mais entre a perspectiva da transformação em organismo efetivamente produtivo, com base no modelo da fábrica externa – o que significa, porém, no regime moderno de produção, mover-se rumo a uma abolição do cárcere enquanto tal – e a de caracterizar-se como mero instrumento de terror, inútil para qualquer finalidade ressocializante (Melossi, Pavarini, 2010, p. 26).

Para Pavarini e Melossi (2010), o surgimento das prisões modernas está ligado ao interesse de formar trabalhadores obedientes e disciplinados, adequados ao novo modelo industrial. O trabalho prisional e a disciplina dentro das prisões são práticas que refletem as exigências de produtividade da época.

A ressocialização, portanto, é apresentada como um discurso que legitima o encarceramento ao mascarar a verdadeira intenção de moldar indivíduos de acordo com os interesses econômicos e sociais dominantes, transformando-os em mão de obra para o sistema fabril emergente (Melossi, Pavarini, 2010).

A contradição nodal se concretizava, assim, neste paradoxo: na medida em que aumentava a presença institucional como eixo da política de controle social, ao mesmo tempo, por razões objetivas ligadas ao processo econômico diluíam-se as funções ressocializantes do trabalho obrigatório e produtivo. Nesse ponto, inevitavelmente, o inte11amento se transformou em pena propriamente dita, na qual o aspecto de terror e intimidação se sobrepôs completamente à finalidade reeducativa original (Melossi, Pavarini, 2010, p. 186).

Os autores destacam o efeito destrutivo do isolamento prolongado sobre o detido, que perde gradualmente a conexão com sua identidade e o contato com

"outros". Esse isolamento força o preso a confrontar constantemente a própria consciência, até que sua "estrutura do eu" seja eliminada. O processo leva o indivíduo a reconhecer sua fragilidade e dependência total da administração, moldando-o em um "sujeito ideal" e obediente, em oposição ao "sujeito real" e desobediente. Essa transformação visa eliminar qualquer risco de "contaminação" desviante, reconfigurando o preso para adequar-se às expectativas de controle institucional (Melossi, Pavarini, 2010).

Zaffaroni e Pierangeli (2020) argumentam que o discurso de ressocialização no contexto da América Latina é majoritariamente ideológico e serve para ocultar a verdadeira função do sistema penal, que é o controle social e a marginalização das classes mais pobres e vulneráveis. Os autores acreditam que o sistema penal latino-americano não busca realmente reintegrar os presos à sociedade, mas sim mantê-los sob controle, refletindo uma estrutura de dominação historicamente enraizada nas desigualdades sociais e econômicas da região.

Com muito maior razão é absurdo falar dela na América Latina, onde é impossível – por razões elementares pressupostas – proporcionar um verdadeiro “tratamento” a milhares de pessoas privadas de liberdade e onde se privilegia a segurança mediante organização militarizada.

Surgiu a suspeita de que os sistemas penais selecionam um grupo de pessoas dos setores mais humildes e marginalizados, os criminaliza e os mostra ao resto dos setores marginalizados como limites de seu “espaço social. Ao mesmo tempo, também parece que os setores que na estrutura de poder têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização têm também o poder de subtrair-se à mesma (de fazer-se a si mesmos menos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam). Isto vemos muito claramente em uma sociedade de castas, onde a casta superior se declarava invulnerável ao sistema penal porque nela se concentravam as reencarnações dos espíritos mais evoluídos – justificação ideológica –, mas o fenômeno não só se daria em tais limites toscamente evidentes, e sim em menor medida e com outros discursos de justificação em todos os sistemas penais, posto que toda sociedade gera marginalização (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 68).

Para Zaffaroni, a ressocialização é mais uma utopia, uma promessa que dificilmente se cumpre na prática, pois o sistema penitenciário está estruturado para reproduzir a exclusão social, não para revertê-la. O autor critica a seletividade penal, que atinge principalmente os setores marginalizados, e sugere que o ideal ressocializador, se levado a sério, precisaria de mudanças estruturais profundas que vão além das reformas prisionais tradicionais. Em vez de ressocializar, o sistema penal latino-americano opera como um mecanismo de contenção social, mantendo os mais vulneráveis fora do tecido social.

Até então, o discurso criminológico havia sido o grande discurso político das minorias proconsulares latino-americanas: sua burla à democracia e sua "tutela iluminada" de nossas maiorias eram justificadas pela inferioridade das nossas maiorias e por sua crescente "degeneração", que ameaçava as minorias "saudáveis". As prisões, portanto, nada mais eram do que as "solitárias" de castigo dos grandes campos de concentração (ou de ressocialização "civilizadora" forçada) constituídos pelos próprios países periféricos (Zaffaroni, 2021, p. 86).

No contexto brasileiro, a ideia de ressocialização como finalidade da execução penal, embora promovida como um objetivo positivo, fracassa na prática e opera como uma forma de violência institucional. Em vez de reintegrar o preso à sociedade, o discurso de ressocialização é visto como um instrumento do poder punitivo, que impõe uma reforma da personalidade com o objetivo de suprimir a individualidade do encarcerado. Assim, a ressocialização não funciona para a reabilitação, mas como uma ferramenta de controle e conformação dos indivíduos ao poder (Aleixo; Penido, 2021).

Teoricamente, para Valois (2012), tendo “[...] o ideal de ressocialização nascido como forma de se humanizar a pena de prisão, o correto é interpretar ressocialização como uma pena que deve ter caráter humano, respeitando a pessoa do condenado como sujeito de direitos, afastando a sua percepção como objeto” (Valois, 2012, p. 137).

No entanto, para Carvalho (2008), essa retórica é ilusória e, na prática, contribui para reforçar mecanismos de controle e perpetuar desigualdades. O autor sustenta que a ressocialização transforma o condenado em objeto de intervenção estatal, ferindo a premissa da voluntariedade que deveria guiar qualquer processo de reabilitação pessoal. Essa “[...] exigência de que o apenado seja transformado em outra pessoa implica seu aniquilamento, ou seja, morte dele mesmo” (Aleixo; Penido; 2021, p. 37).

Carvalho (2008) também relaciona essa problemática ao modelo criminológico etiológico, criticando-o por romper com garantias fundamentais como o contraditório e a liberdade de consciência. Assim, Carvalho sugere que o discurso ressocializador mais aprofunda o controle estatal sobre o indivíduo do que realmente promove uma reintegração justa e voluntária na sociedade.

Os modelos de ressocialização e readaptação, fundados na ideologia do tratamento, marcam os problemas e os riscos da pedagogia disciplinar e,

como sustenta Zaffaroni, impõem parâmetros de conduta e pensamento que pertencem a outras classes sociais, com interesses diversos, obtendo como consequência a perda de identidade dos apenados (desculturação) e a consolidação de sua posição marginal (reculturação) (Carvalho, 2008, p. 181).

Esse entendimento revela uma preocupação com a falta de harmonia entre o discurso oficial e a prática, mostrando que a "ressocialização" frequentemente esconde um caráter disciplinador e excludente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais do apenado.

O discurso garantista adota uma posição contrária ao modelo ressocializador, buscando reverter a justificativa jurídica da pena para seu verdadeiro fundamento: a esfera política. Ele estrutura sua base teórica nos princípios iluministas de secularização e tolerância, oferecendo uma fundamentação antropológica para a intervenção estatal. Ao fazer isso, o garantismo expõe o falso "humanismo" que sustenta o mito da recuperação, revelando-o como uma ilusão que encobre o exercício do poder punitivo (Carvalho, 2008).

Ao fundar sua doutrina na secularização e na tolerância, e desconstruir o argumento ressocializador da resposta penal ao desvio punível, a teoria do garantismo impõe uma série de condições necessárias ao discurso jurídico, isto é, deriva inúmeras implicações teóricas que devem ser respeitadas (Carvalho, 2008, p. 7).

As reformas nas codificações penais ocidentais nos anos 1980, impulsionadas pelo movimento da Nova Defesa Social, estabeleceram a ressocialização do condenado como o principal objetivo das penas. No Brasil, a reforma de 1984 seguiu essa orientação eurocentrista, adotando a pedagogia ressocializadora e uma visão meritocrática como pilares ideais para sua formulação legislativa. No entanto, "[...] o modelo da ressocialização, além de inviabilizar no cotidiano da execução o gozo pleno dos direitos pelos apenados, não apresenta conteúdo mínimo que possa afirmar sua harmonia com os valores constitucionais da secularização e da tolerância" (Carvalho, 2008, p. 7).

No mesmo sentido, Roig (2017) afirma que, como consequência do princípio da humanidade, surge o princípio da secularização, que estabelece uma separação entre direito e moral. Esse princípio proíbe que a execução penal imponha ou consolide um padrão moral específico aos indivíduos presos, além de garantir a proteção de sua intimidade, liberdade de pensamento, liberdade de consciência e

autonomia da vontade. Para o autor “[...] 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” (Roig, 2017, p. 196).

a prevenção especial positiva não é resposta constitucionalmente admissível, considerando que as ideias de tratamento e ressocialização pressupõem um papel passivo do preso e ativo das instituições, sendo resíduos anacrônicos da velha criminologia positivista que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que devia ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e o condenado como “mau”³. Em última análise, a sanção penal e sua execução não podem trazer consigo a finalidade de regulação moral dos sujeitos, pois haveria ruptura do princípio da secularização (Roig, 2017, p. 24).

Uma visão humanizada da execução penal deve enfatizar a tolerância e o reconhecimento do preso como sujeito de direitos, promovendo uma abordagem judicial que se afaste de julgamentos morais ou retributivos. Esse entendimento do princípio de humanização da pena busca evitar o uso da execução penal para fins de “recuperação” ou “reeducação” dos presos, rejeitando assim a ideologia positivista que vê a pena como um instrumento de transformação moral do indivíduo (Roig, 2017).

O conceito de ressocialização carece de clareza e sofre de uma indefinição conceitual que enfraquece sua legitimidade. Segundo Winfried Hassemer, não há consenso sobre o que realmente significa “socialização” ou “ressocialização” e essa falta de definição dificulta o estabelecimento de um propósito claro (Carvalho, 2008).

O conceito tem sido usado para justificar ideologicamente um modelo punitivo voltado à “cura” ou “reabilitação” do indivíduo, mas, para a criminologia crítica, essa abordagem é vista como uma violação dos direitos fundamentais, pois a tentativa de moldar o comportamento pela punição entra em conflito com o paradigma dos direitos garantidos constitucionalmente (Carvalho, 2008). “A proposta de impor aos presos – através da pena – um modo de vida e um ideal de socialização supostamente considerado bons é também incompatível com o respeito aos direitos humanos” (Aleixo; Penido; 2021, p. 34).

São incompatíveis as disciplinas, como instrumentos de controle modernos, e o regime de legalidade do Estado de Direito. Disciplinares por natureza, esses métodos não cabem no modelo jurídico garantista, que exige transparência e

normas claras. Em instituições totais, como prisões, as decisões disciplinares tendem a ser arbitrárias e pouco justificadas, reforçando um ambiente autoritário onde o poder se exerce sem explicações. Michel Foucault observa que o poder se manifesta na fronteira entre a legalidade e a disciplina, pois as disciplinas possuem uma lógica própria que se desvia do controle legal estrito, promovendo uma dinâmica autoritária difícil de regular juridicamente (Carvalho, 2008).

São portadoras de um discurso que não pode ser o do direito; o discurso da disciplina é alheio ao da lei e da regra enquanto efeito da vontade soberana. A adoção normativa, em 1984, do regime disciplinar de controle baseado na despersonalização do preso pela substituição do seu 'ser' pelo padrão de moralidade/normalidade imposto, é visualizada, fundamentalmente, nas práticas criminológicas de manufatura de laudos e perícias (controle da identidade do preso) e nos procedimentos de faltas e recompensas disciplinares (controle e docilização da 'massa carcerária') (Carvalho, 2008, p. 182).

Zaffaroni e Pierangeli (2020) também critica a ressocialização como "tratamento" em instituições totais (como prisões e manicômios), ressaltando que essas práticas levam a uma deterioração psíquica dos internos, muitas vezes irreversível, em vez de promover sua reabilitação. Estudos, especialmente de Erving Goffman, destacam que o confinamento prolongado resulta em danos psicológicos significativos, o que questiona o propósito real do "tratamento". A resistência dos próprios presos – por meio de denúncias e organizações internas – fortaleceu essa crítica, gerando um consenso sobre o "fracasso da prisão" e a crise da "ideologia do tratamento", levando ao abandono desse modelo em muitos lugares (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

O efeito da prisão, que se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa "cultura de cadeia", distinta da vida do adulto em liberdade.

Esta "imersão cultural" não pode ser interpretada como uma tentativa de reeducação ou algo parecido ou sequer aproxima-se do postulado da "ideologia do tratamento"; suas formas de realização são totalmente opostas a este discurso, cujo caráter escamoteador é percebido até pelos menos avisados. A mera circunstância de que 70% dos presos da região não estejam condenados mostra a evidente confissão da falsidade do discurso ressocializante (Zaffaroni, 2021, p. 147).

Assim, a ressocialização "[...] mascara e reforça a perenização da execução penal 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 (Aleixo; Penido; 2021, p. 42).

As propostas de correção encontram espaço fértil na execução penal enquanto campo de exceção. O reconhecimento da violação sistemática de direitos na execução penal – o que por si torna ilegítima a aplicação de direitos na execução de penas privativas de liberdade, quando apresentando como irremediável – passa a ser aceito como a única forma de se garantir a segurança pública: um mal necessário (Aleixo; Penido; 2021, p. 41).

No texto "Notas sobre a ressocialização penal", Luciano Oliveira questiona a eficácia e a própria viabilidade da ideia de ressocialização nas prisões. Ele argumenta que, embora a ressocialização seja defendida como objetivo, a prisão, na prática, fracassa em promover esse efeito. Oliveira vê a prisão como uma "universidade do crime", onde o encarcerado tende a sair mais inserido no mundo da criminalidade do que antes. Ele também sugere que o discurso de ressocialização serve mais para legitimar a prisão, uma instituição que, segundo ele, tem um papel punitivo e disciplinador, mas não consegue preparar o preso para a reintegração social.

Para Oliveira, as prisões acabam reforçando o isolamento do apenado da sociedade, criando uma "sociedade dos cativos", um paradoxo que torna a ressocialização praticamente impossível. Ele conclui que a ideia de transformar prisões em espaços de recuperação social já se provou ineficaz e propõe que se repense o encarceramento, limitando-o aos casos de criminosos realmente perigosos e investindo em penas alternativas para os demais.

Baratta (2011) explica que o comportamento criminoso é definido pela sociedade por meio do rótulo que lhe é dado, e não pela natureza do ato em si. A estigmatização penal cria uma identidade social de "criminoso" para o indivíduo, iniciando com o *desvio primário* (o ato desviado inicial) e evoluindo para o *desvio secundário*, que é quando o sujeito internaliza e se identifica com o rótulo de criminoso. A função reeducativa da pena é criticada por consolidar esse estigma, dificultando a reintegração do condenado e reforçando um ciclo de criminalidade ao introduzi-lo em uma "carreira desviante".

Para o autor, a diferenciação entre esses dois conceitos desabona a ideia de ressocialização, uma vez que "[...] o desvio secundário, definido como efeito do desvio primário, indicaria a natureza criminogênica do tratamento penitenciário e a

distância entre a ideologia da ressocialização e a realidade da prisionalização” (Baratta, 2011, p. 13).

Ainda dentro do contexto da execução penal no Brasil, Valois (2012) aborda questões como ressocialização e legalidade destacando o conflito que pode surgir entre essas duas ideias.

A ressocialização é um princípio que orienta a execução das penas no sistema brasileiro, buscando a reintegração do condenado à sociedade. Entretanto, esse objetivo muitas vezes entra em conflito com o princípio da legalidade, que determina que as penas e os procedimentos penais devem seguir estritamente a lei. O desafio, segundo Valois (2012), está no fato de que a execução penal no Brasil muitas vezes prioriza o aspecto punitivo e burocrático, em detrimento de iniciativas voltadas à recuperação e reintegração social.

Valois também critica a aplicação rígida do princípio da legalidade em situações onde a realidade do sistema prisional impede a efetivação de direitos. Por exemplo, as condições degradantes dos presídios e a falta de políticas públicas adequadas acabam dificultando a promoção da ressocialização.

Sabe-se que a estrita legalidade pura e simples não é caminho certo para a Justiça. Todavia, em sede de execução penal ainda não estamos próximos nem mesmo da legalidade liberal iluminista de Beccaria. A barbárie que toma conta de cadeias e prisões cega o profissional da execução penal, técnico ou jurista, este também cada vez mais técnico do que jurista, fazendo do princípio da legalidade algo a ser alcançado (Valois, 2012, p. 241).

No mesmo sentido, segundo Roig (2017), a ausência de políticas públicas eficazes para a reintegração dos egressos do sistema prisional evidencia um grande desafio enfrentado pelos condenados ao deixarem a prisão. A sociedade tende a estigmatizá-los, e o encarceramento, em vez de promover uma integração social, reforça a exclusão, gerando desagregação familiar, rejeição social e uma forte rotulação negativa. Essas características do sistema prisional, sendo “[...] ontologicamente incongruentes com a pretendida finalidade de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (Roig, 2017, p. 24), contradizem a alegada função de reintegração, pois acabam promovendo a “dessocialização” do indivíduo.

Nessa perspectiva, Valois defende que a ressocialização não deve ser uma ideia subordinada à pura legalidade formal, mas sim parte de uma política penal

humanizada que leve em consideração a dignidade da pessoa. O conflito entre ressocialização e legalidade reside na contradição entre um sistema que se preocupa mais em cumprir formalidades legais e um que deveria priorizar a transformação social e a redução das desigualdades dentro e fora do cárcere.

E no interior do cárcere, se porventura surgir alguma atividade saudável, esta terá sempre o obstáculo do discurso ressocializador, porque o ser humano encarcerado sente na pele o absurdo que é ouvir falar em tal ideal. Quando ocorre que alguém sai do cárcere e não reincide, logo tal fato vem como exemplo de que a prisão pode ressocializar. Embora ninguém tenha contribuído para a recuperação daquele ser humano, todos o usam como exemplo e o mito se renova (Valois, 2012, p. 98).

A ressocialização, ao ser ambígua, permite interpretações arbitrárias que podem justificar ações punitivas sob o pretexto de boas intenções. Valois (2012) sugere que a verdadeira legalidade deve se basear na racionalidade prática da vida cotidiana, conforme aponta Habermas, promovendo uma aplicação das normas que respeite a realidade concreta dos sujeitos.

Em um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e a estrita legalidade deveriam ser os pilares do direito penal, evitando a imposição de uma ressocialização forçada que frequentemente se alia à prisão. Assim, “[...] não deve cessar a defesa da estrita legalidade, somada ao respeito à dignidade da pessoa humana do preso, para que depois, somente depois, possamos avançar dizendo que o direito cumpre seu papel como instrumento comunicativo” (Valois, 2012).

[...] o uso do termo *ressocialização*, incompreensível, impossível, quase ridículo quando se imagina as celas imundas em que são colocados os que deveriam ser cidadãos sujeitos de direito, acaba se tornando um grande obstáculo para a clareza inerente e fundamental aos princípios da legalidade e da dignidade humana (Valois, 2012, p. 139).

O sistema prisional brasileiro, em vez de promover a ressocialização, agrava a exclusão social e marginalização das pessoas presas. A ausência de programas educativos e de trabalho, somada às péssimas condições carcerárias, compromete a possibilidade de reintegração dos apenados à sociedade, tornando a execução penal uma experiência predominantemente punitiva e degradante.

4 A COMPENSAÇÃO PENAL COMO MEDIDA CONSEQUENCIALISTA DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2015, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, declarou o sistema penitenciário brasileiro um "estado de coisas inconstitucional" (ECI). Essa decisão histórica reconheceu que o sistema prisional do Brasil viola, de forma estrutural e contínua, direitos fundamentais garantidos pela Constituição, como a dignidade humana e a integridade física e moral dos detentos.

A decisão do STF fundamentou-se em várias constatações sobre as condições penitenciárias brasileiras, entre elas a superlotação carcerária, a precariedade das instalações e a insuficiência no fornecimento de serviços essenciais, como saúde, alimentação e segurança. O tribunal também apontou que a entrada de novos presos, muitas vezes condenados por delitos de menor gravidade, agrava ainda mais a crise carcerária e contribui para a formação e fortalecimento de organizações criminosas dentro dos presídios. Segundo o STF, o descontrole do sistema afeta não apenas os internos, mas também a segurança pública e a sociedade como um todo.

A decisão do STF apontou para problemas crônicos e sistêmicos que afetam as prisões brasileiras. Sobre a superlotação carcerária, destacou que a quantidade de presos no Brasil ultrapassa em muito a capacidade dos presídios, resultando em condições desumanas e degradantes:

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário” (ADPF 347/DF, 2023, p. 42).

Sobre a falta de estrutura básica, foi reconhecida a falta de condições mínimas nas unidades prisionais, como instalações insalubres, ausência de assistência médica adequada, falta de alimentação e condições sanitárias precárias.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (ADPF 347 MC/DF, 2023, p. 23).

Reconhecida a violação de direitos fundamentais, o STF afirmou que o Estado brasileiro não estava garantindo os direitos constitucionais das pessoas privadas de liberdade, como acesso à saúde, educação, trabalho e proteção contra tortura e tratamentos cruéis.

Por isso, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, e outros ministros enfatizaram que a intervenção do Judiciário era legítima e necessária diante da omissão do Estado em resolver o problema. E para assegurar um cumprimento mínimo de dignidade e respeito aos direitos humanos, foram determinadas várias medidas, como a obrigatoriedade das audiências de custódia em até 24 horas após a prisão e a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para melhorias imediatas nas condições prisionais.

A decisão também criticou a falta de alternativas à prisão, como as penas restritivas de direito e as medidas cautelares, que poderiam ajudar a reduzir a superlotação e a dependência do encarceramento em massa.

A Corte reconheceu que o encarceramento em massa, agravado por prisões de crimes de menor gravidade e a aplicação excessiva de prisões preventivas, contribui diretamente para o colapso do sistema e para as violações de direitos fundamentais dos presos. Assim, o STF determinou que os juízes “[...] considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal” (ADPF 347 MC/DF, 2015, p. 41).

Visando reduzir a população carcerária e garantir condições mais humanizadas de execução penal, determinou que sejam priorizadas as penas alternativas, como medidas cautelares e restritivas de direitos, especialmente em casos onde a privação de liberdade não é imprescindível, “[...] ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo” (ADPF 347 MC/DF, 2015, p. 42).

Ainda em linha do que já havíamos deferido em cautelar, estou também fixando a obrigação de que juízes e tribunais (i) motivem a não aplicação de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade quando determinada ou mantida a prisão provisória; (ii) fixem, quando possível, penas alternativas à prisão; e (iii) levem em conta o quadro do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal (ADPF 347/DF, 2023, p. 42).

Sobre a recomendação de se ter em mente as circunstâncias do sistema prisional brasileiro na hora de determinar as penas, Valois (2017) critica que a maioria dos juízes criminais adota uma postura de classe, enxergando o direito mais como uma ferramenta de encarceramento do que como um meio de promover a paz social. Ao agirem como agentes de segurança pública, esses juízes priorizam decisões baseadas em uma concepção pessoal e abstrata de segurança, moldada por suas vivências como membros das classes média e alta, geralmente brancas, da sociedade brasileira (Valois, 2017).

A maioria dos juízes criminais adota uma postura de classe, enxergando o direito mais como uma ferramenta de encarceramento do que como um meio de promover a paz social. Ao agirem como agentes de segurança pública, esses juízes priorizam decisões baseadas em uma concepção pessoal e abstrata de segurança, moldada por suas vivências como membros das classes média e alta, geralmente brancas, da sociedade brasileira (Valois, 2017, p. 23).

Ainda, como parte da declaração de estado de coisas inconstitucional, o STF determinou outras medidas para que o Estado brasileiro inicie reformas no sistema prisional: criação de um plano de ação para resolver a superlotação, com a construção de novas unidades prisionais e a adaptação das existentes; investimento em infraestrutura e em condições de higiene, alimentação e saúde para garantir o mínimo de dignidade aos detentos; e adoção de medidas de monitoramento e supervisão das condições prisionais, incluindo visitas periódicas de órgãos fiscalizadores.

Quanto a essa última medida, conforme explica Valois (2017), já existe norma que atribuiu ao judiciário a competência de zelar pelo adequado funcionamento do sistema prisional, conforme disposto no art. 66, VII, da LEP.⁴⁷ No entanto, a atribuição “[...] é extremamente limitada pelo respeito, obviamente exagerado, vez

⁴⁷ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

que tem ocasionado violações gravíssimas e inconstitucionais, ao princípio da separação de poderes” (Valois, 2017, p. 20).

O reconhecimento do ECI no sistema prisional representa uma forma de o STF instar o poder público a agir de maneira mais eficaz e a cumprir as obrigações constitucionais de respeito à dignidade humana. A decisão é uma medida de pressão sobre o Executivo e o Legislativo para que adotem políticas públicas capazes de reformar o sistema carcerário de maneira significativa e definitiva.

A decisão, embora pudesse ser vista como uma intervenção do Judiciário em uma área tradicionalmente reservada ao Executivo e ao Legislativo, foi justificada pela Corte como uma resposta necessária a um quadro de graves violações de direitos fundamentais dos presos.

O que se propõe, na verdade, é um ativismo judicial dialógico. O Judiciário constata a violação de direitos fundamentais e tem o dever de determinar – aliás, até porque provocado pela ADPF – a correção dessa situação pelos demais órgãos estatais, porém dialogando com o Executivo, com o Legislativo, com a sociedade, para a definição dos meios adequados, bem como controlando esse procedimento (ADPF 347/DF, 2023, p. 254).

Para Valois (2017), o conceito de ECI expressa a incapacidade do sistema de justiça e do Estado em resolver essas falhas por meio de intervenções pontuais, demandando, portanto, uma abordagem ampla e reformista. A execução penal no Brasil é guiada por um modelo que prioriza a contenção e o isolamento, em vez da ressocialização e da dignidade, princípios que deveriam fundamentar o cumprimento de penas. O estado de coisas inconstitucional é a prova de que o Estado brasileiro falhou em garantir os direitos básicos dos detentos e que é urgente adotar medidas que realmente melhorem as condições dos presídios.

Nesse contexto, o reconhecimento do ECI pelo STF é um marco que denuncia essa falência do sistema atual e impõe a urgência por mudança, “muito entanto, ao mesmo tempo, pelo que se percebe da decisão, entendeu possível que pessoas fiquem encarceradas nessas prisões” (Valois, 2017, p. 19). Segundo Valois (2017), a decisão deveria impulsionar reformas estruturais reais, uma vez que o sistema prisional não pode ser tratado apenas como um espaço de contenção, mas deve observar a dignidade dos presos.

Impressiona como a questão prisional é tratada pelas autoridades do país. A despeito do avanço que é o reconhecimento do "CVCC – de coisas

inconstitucional", a liberdade, a vida e a integridade de milhares de pessoas permanece em risco, apesar desse reconhecimento. Diz, o próprio judiciário, responsável por essas prisões, em outras palavras: você está preso ilegalmente, inconstitucionalmente, mas vai continuar preso! (Valois, 2017, p. 19).

A partir de uma visão crítica sobre sistema de execução penal brasileiro, entende-se que a sobrecarga carcerária e a falta de condições mínimas para o cumprimento das penas são resultado de um sistema punitivo que, ao invés de ressocializar, marginaliza ainda mais os indivíduos encarcerados. “Diferente da superlotação, que passa uma ideia de culpa do executivo, que deveria disponibilizar mais vagas, acontece também um superencarceramento, este sim passando a verdadeira noção de que há grande responsabilidade do judiciário na situação prisional” (Valois, 2017, p. 30).

Diante dessa crise estrutural do sistema penitenciário, é necessária uma reforma profunda no processo de execução penal. Não é suficiente, no entanto, atribuir essa responsabilidade apenas para as instâncias inferiores, “[...] visto que são as mais frágeis, sujeitas a diversos controles inclusive e principalmente punitivos, sem estrutura e sem apoio das instâncias superiores, se a própria Corte Maior mantém o posicionamento vulgar e populista no sentido de que mais encarceramento tem alguma influência no controle da criminalidade” (Valois, 2017, p. 30).

A declaração de estado de coisas inconstitucional é uma decisão inovadora e rara, que implica reconhecimento oficial da falência do Estado em garantir direitos fundamentais num setor específico. Essa decisão mobilizou uma série de debates sobre a reforma do sistema prisional e levou a ações de fiscalização mais intensas. Porém, o avanço nas condições prisionais ainda é lento, e os problemas estruturais seguem presentes, refletindo a dificuldade de implementação das mudanças necessárias.

Diante do cenário brasileiro, reconhecido criticamente na decisão do STF, é imprescindível que o Estado e a sociedade assumam o compromisso de reestruturar o sistema carcerário para garantir que os direitos humanos dos presos sejam respeitados, promovendo uma execução penal mais justa, digna e eficiente.

4.1 Estado de exceção mitigado pelo discurso da necessidade da ordem social

O conceito de "estado de exceção" se refere a uma situação na qual um governo suspende temporariamente a aplicação de certas leis e garantias em nome de uma suposta necessidade urgente, como a segurança pública ou a ordem social. Em um "estado de exceção mitigado pelo discurso da necessidade da ordem social", esse estado de exceção não é completamente explícito ou formalizado (como em uma ditadura ou sob lei marcial), mas é apresentado ao público como uma medida necessária para manter a "ordem" e proteger a sociedade.

Essa estratégia é comum em governos que desejam justificar medidas de controle ou restrição de direitos sem estabelecer uma ditadura formal. O governo utiliza o discurso da ordem social para legitimar essas ações, argumentando que são temporárias e indispensáveis para enfrentar uma ameaça. Esse estado de exceção mitigado tende a ser mais sutil, pois mantém as aparências de um regime democrático enquanto impõe restrições que limitam a liberdade e aumentam o controle do Estado sobre os cidadãos.

Essa lógica pode ser observada em várias situações como: ações contra manifestações, a partir de autorizações para o uso de força policial desproporcional, sob a justificativa de manter a ordem pública; ampliação de vigilância, com instalação de sistemas de monitoramento e interceptação de comunicações, alegando combate ao terrorismo ou ao crime; e criminalização de minorias, com discurso que legitima a restrição de direitos a certas classes sociais ou grupos para garantir segurança.

Por meio dessas estratégias, o Estado mitiga o caráter excepcional das medidas e, ao mesmo tempo, tenta obter apoio da população, criando um ambiente em que a liberdade se reduz, mas o controle estatal cresce sob o pretexto de proteger a ordem.

Ferrajoli (2010) examina o conceito e as implicações de um "subsistema penal de exceção" dentro do contexto do Estado de Direito. Esse subsistema, segundo o autor, opera em paralelo ao sistema penal ordinário, mas com normas e práticas que se afastam dos princípios garantistas e das garantias processuais dos acusados.

A cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de

técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia (Ferrajoli, 2010, p. 746).

Esse subsistema de exceção se justifica em nome da segurança pública e da ordem social, mas muitas vezes representa uma ameaça aos direitos fundamentais e ao equilíbrio democrático.

Ferrajoli (2010) discute a contradição entre a "razão de Estado" e o "Estado de direito". Na "razão de Estado", os meios são indeterminados e subordinados aos fins políticos, definidos pelo soberano ou titulares do poder. Já no "Estado de direito", os fins políticos são subordinados a meios juridicamente regulados, com poderes limitados por leis constitucionais para proteger os direitos fundamentais. Assim, enquanto a razão de Estado trata o Estado como um fim em si mesmo, no Estado de direito, o Estado é um meio para garantir a liberdade dos cidadãos.

O paradoxo surge quando a razão de Estado é usada para justificar medidas excepcionais em nome da defesa da democracia, apresentando flexibilidade jurídica como algo extraordinário e necessário para proteger o Estado democrático e de direito. "Mas é claro que a contradição se dá em termos: a ruptura das regras do jogo se dá, de fato, neste caso, invocando a tutela das mesmas regras do jogo; o Estado de direito é defendido mediante sua negação" (Ferrajoli, 2010, p. 753).

Ferrajoli (2010) define o subsistema penal de exceção como um conjunto de normas e práticas que permitem ao Estado, em situações consideradas excepcionais ou extraordinárias, aplicar medidas penais que enfraquecem ou até suprimem direitos fundamentais. "A primeira e mais relevante alteração do modelo clássico de legalidade penal nos processos de emergência consiste na mutação substancial – inferida pelo paradigma do inimigo – de todos os três momentos da técnica punitiva" (Ferrajoli, 2010, p. 758).

Esse subsistema não é temporário, mas se consolida como uma realidade paralela dentro do ordenamento jurídico, especialmente em momentos de crise, como situações de terrorismo, guerra, emergências políticas ou sociais. E se baseia em uma lógica de suspensão das garantias e dos direitos, priorizando a eficácia punitiva e a repressão em detrimento dos princípios garantistas que regem o direito penal ordinário. O objetivo é combater inimigos do Estado ou ameaças à ordem pública, criando categorias de suspeitos que não são tratados como cidadãos com direitos, mas como alvos de um controle mais rígido e frequentemente arbitrário.

Nesse contexto de transformação, o direito penal deixa de se concentrar no crime cometido (direito penal do crime) e passa a focar nas características e no status do acusado (direito penal do réu). Para isso, utiliza categorias amplas e subjetivas, como delitos associativos (associação mafiosa, subversiva, etc.), agravantes como a "finalidade de terrorismo" e conceitos indeterminados. Essas formulações permitem interpretações flexíveis que associam o crime à personalidade, crenças ou contexto político do acusado, criando dificuldades tanto para a acusação comprovar o fato quanto para a defesa refutá-lo. Essa dinâmica resulta em uma tendência a tratar o réu como um "delinquente por status" em vez de basear a condenação em atos concretos e verificáveis (Ferrajoli, 2010).

Ferrajoli (2010) faz referência ao conceito de "direito penal do inimigo", em que o acusado é visto não como um cidadão, mas como um inimigo que deve ser neutralizado. Nesse contexto, o "inimigo" perde o status de sujeito de direitos e se torna alvo de medidas punitivas severas, muitas vezes desproporcionais e aplicadas sem as garantias normais de um processo justo. Esse direito penal do inimigo reflete uma abordagem bélica e excludente do sistema de justiça, que é aplicada a "inimigos" internos e externos.

Rompendo com a ideia de igualdade perante a lei e com a função protetora dos direitos fundamentais em um Estado de Direito, no subsistema penal de exceção, certos grupos – como terroristas, traficantes, dissidentes políticos ou estrangeiros – são tratados com menos garantias processuais e submetidos a um regime mais rígido de sanções, muitas vezes de maneira preventiva e sem condenação formal.

As consequências desse modelo são graves. Ele estabelece um duplo padrão de justiça, no qual alguns indivíduos ou grupos são submetidos a um direito penal mais repressivo e menos garantista. Esse tipo de prática contribui para a estigmatização e para a marginalização de determinados setores da sociedade, rompendo com o princípio da dignidade humana e criando um ambiente de vigilância e controle excessivos.

O autor alerta que, embora o direito penal do inimigo se apresente como uma medida para situações extraordinárias, tende a se expandir e a se normalizar dentro do sistema penal ordinário. Assim, o que deveria ser uma exceção acaba se tornando uma prática comum, o que enfraquece o princípio da presunção de inocência e amplia o poder punitivo de maneira perigosa.

Disso resulta um modelo de antijuridicidade substancial e também formal ou convencional que solicita investigações sobre réus e não sobre crimes, e que corresponde a uma velha e nunca abandonada tentação totalitária: a concessão ontológica – ética ou naturalista – do crime como mal *quia peccatum* e não apenas *quia prohibitum*, e a ideia que se deva punir não apenas por aquilo que se fez mas por aquilo que se é (Ferrajoli, 2010, p. 759).

O processo deixa de ser apenas (ou prioritariamente) um meio de comprovação para se tornar um fundamento direto da pena. Ele não apenas busca provar, mas também define, na prática, o caráter do acusado como "amigo" (arrependido, dissociado ou algo semelhante) ou "inimigo", dependendo de sua posição em relação à acusação e à defesa que, teoricamente, deveria ter o direito de exercer plenamente. Contudo, com essa subjetivação do processo, as garantias processuais tradicionais, como o princípio do contraditório, o ônus da prova, o direito de defesa e a presunção de inocência, acabam sendo esvaziadas de sentido (Ferrajoli, 2010).

[...] se define o caráter de "amigo" (arrependido, dissociado ou similar) ou de "inimigo" do imputado, segundo se ponha ou não por parte da acusação diante da defesa, cujo papel teria sem embargo direito a representar. Evidentemente, entre esta subjetivação do modo do processo todas as garantias processuais clássicas – do princípio do contraditório ao ônus da prova, da defesa à presunção de inocência – terminam carentes de sentido (Ferrajoli, 2010, p. 760).

A pena, muitas vezes, é aplicada antes da condenação formal, por meio da custódia preventiva, transformando o cárcere em um espaço de trânsito e medida cautelar, mais do que de punição definitiva. Esse processo confunde-se com a penalização, sendo usado para pressionar o acusado a confessar ou colaborar em troca de benefícios. Além disso, o caráter igualitário e abstrato da pena, típico do modelo liberal, é substituído por regimes e tratamentos personalizados, baseados na periculosidade ou arrependimento do indivíduo (Ferrajoli, 2010).

Essa lógica reforça a dicotomia "amigo/inimigo", com severidade ajustada ao grau de recuperação ou irredutibilidade do condenado. Assim, “[...] na pena legal de privação de liberdade pessoal se agregam *penas nas penas* ou, ao inverso, *prêmios nas penas*, uns e outros atípicos, extralegais e extrajudiciais, não mais vinculados ao delito senão ao réu, e discricionariamente dispensados por via substancialmente administrativa” (Ferrajoli, 2010, p. 760).

A crítica de Ferrajoli serve como um alerta para os perigos do uso instrumental do medo e para a expansão de um direito penal do inimigo, propondo o garantismo como uma alternativa capaz de preservar a justiça e os direitos fundamentais, mesmo em situações de crise. “A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes” (Ferrajoli, 2010, p. 767).

Dessa forma, o autor reafirma a importância de limitar o poder punitivo do Estado e de proteger os indivíduos contra abusos e arbitrariedades, promovendo um sistema penal verdadeiramente democrático e humanizado, que “[...] não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo” (Ferrajoli, 2010, p. 767).

O subsistema penal de exceção é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois enfraquece as estruturas jurídicas que deveriam garantir a igualdade, a liberdade e a dignidade dos cidadãos. Ao permitir penas desproporcionais e sem garantias processuais, o Estado compromete o princípio da legalidade, segundo o qual as penas devem estar estritamente delimitadas pela lei e aplicadas em processos regulares. “Uma nova fundação garantista do direito penal supõe hoje, antes de tudo, o encerramento do período de emergência” (Ferrajoli, 2010, p. 769).

De forma mais geral, uma nova fundação garantista do direito penal reclamaria o abandono de todas as formas de disciplina especial ou de exceção por tipologia criminal, assim como de todos aqueles institutos de direito penal e processual de polícia que, como já se viu, são colocados ao lado do direito penal ordinário, exorbitando as funções puramente auxiliares que à polícia deveriam competir. Todas as funções punitivas ou processuais da polícia que não sejam puramente auxiliares ao processo penal minam, de fato, a fundamentação de legitimidade própria do direito penal, a qual, já se disse, tem como pressuposto o monopólio penal e judiciário da coerção punitiva e o seu permanente exercício, pois técnica de tutela dos bens e dos direitos fundamentais, nas formas e com as regras que de tal coerção garantem a minimização (Ferrajoli, 2010, p. 770).

Ferrajoli (2010) parte de uma perspectiva garantista, onde o direito positivo, especialmente no âmbito penal, deve limitar o poder soberano por meio de garantias fundamentais. O estado de exceção representa a ruptura do pacto garantista, pois é nesse momento que a legalidade é suspensa em nome de uma suposta emergência ou necessidade. No contexto do garantismo penal, tal suspensão é particularmente grave, já que o direito penal deveria ser aplicado dentro de limites estritos que

respeitem os direitos individuais e a presunção de inocência. Em um Estado de Direito, mesmo as situações emergenciais devem ser reguladas pelo direito, impedindo que o poder soberano atue de forma arbitrária.

O subsistema penal de exceção frequentemente se vale do medo e da insegurança pública como justificativas para ampliar o poder punitivo do Estado. Ferrajoli (2010) aponta que, ao exagerar ou instrumentalizar a percepção de ameaça, o Estado consegue apoio popular para a adoção de medidas de exceção, mesmo que isso signifique a suspensão de garantias fundamentais. A sociedade, nesse contexto, tende a aceitar uma maior rigidez penal, mesmo que isso implique em restrições de liberdade, pois se acredita que tais medidas são necessárias para manter a segurança.

Essa abordagem mina a essência do Estado de Direito, transformando o medo em ferramenta de legitimação de práticas abusivas e arbitrárias. O subsistema de exceção age, assim, como um mecanismo de controle social e de repressão que se justifica pelo discurso de combate a ameaças, mas que na realidade pode ser usado contra diversos setores, inclusive contra minorias e grupos politicamente opositores ao Estado.

Por outro lado, Agamben (2015), aprofunda a análise do estado de exceção como um paradigma político moderno, caracterizado pela fusão entre direito e violência. Ele retoma as reflexões de Walter Benjamin e Carl Schmitt, demonstrando como o estado de exceção, “[...] suspensão temporária do ordenamento, que revela, ao contrário, constituir a sua estrutura fundamental em todos os sentidos” (AGAMGEN, 2015 p. 9/PDF), inicialmente concebido como uma medida temporária para enfrentar crises, transforma-se em uma técnica permanente de governo.

Agamben argumenta que na modernidade o estado de exceção se tornou uma prática frequente, usada para preservar o *status quo*, e que o discurso da ordem social mascara uma realidade de controle e repressão.

A “proteção” da liberdade que está em questão na Schutzhaft é, ironicamente, proteção contra a suspensão da lei que caracteriza a emergência. A novidade é que, agora, esse instituto se libera do estado de exceção sobre o qual se fundava e lhe é permitido vigorar na situação normal. O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento, adquire uma ordem espacial permanente que, como tal, fica, porém, constantemente fora do ordenamento normal (Agamben, 2015, p. 31).

O autor identifica o estado de exceção como uma zona de indistinção entre o jurídico e o político, na qual o soberano decide sobre a suspensão da ordem jurídica. “[...] o campo é a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável” (Agamben, 2015, p. 32). Nesse sentido, a exceção não é apenas a suspensão da norma, mas a criação de uma norma de suspensão, na qual o direito é utilizado para justificar sua própria negação.

Para ele, a exceção não é mais uma anomalia, mas uma característica estrutural das democracias contemporâneas, especialmente no contexto de crises constantes, como a guerra ao terror ou pandemias. Destaca que o estado de exceção não é apenas um evento extraordinário, mas uma forma de poder que se infiltra no espaço político de modo estrutural:

A novidade é que, agora, esse instituto se libera do estado de exceção sobre o qual se fundava e lhe é permitido vigorar na situação normal. O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra. [...] Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento, adquire uma ordem espacial permanente que, como tal, fica, porém, constantemente fora do ordenamento normal (Agamben, 2015, p. 32).

Agamben (2015) argumenta ainda que, sob o estado de exceção, o poder soberano coloca a vida humana em uma zona de indistinção entre o legal e o ilegal, normalizando a suspensão da ordem jurídica em nome da emergência. Ele associa essa condição à criação de espaços como os campos de concentração, que são “[...] o lugar no qual se realizou a mais absoluta *condicio inhumana* que já se deu sobre a terra [...] um espaço de exceção, no qual a lei é integralmente suspendida, neles tudo é realmente possível” (Agamben, 2015, p. 32).

Aleixo e Aleixo analisam o conceito de “execução penal de exceção”, enfocando as práticas punitivas e os desafios enfrentados no sistema de execução penal brasileiro. Elas discutem como as penas, na execução, frequentemente se afastam dos princípios legais e constitucionais, sendo aplicadas de forma seletiva e em condições que violam os direitos fundamentais dos presos. “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” (Aleixo; Penido, 2021, p. 34).

A execução penal de exceção é uma prática em que o sistema penal age de forma excepcional, tratando certos presos ou grupos de forma diferenciada, desconsiderando direitos e garantias estabelecidos pela legislação. Esse "estado de exceção" na execução penal se manifesta quando as regras e garantias são flexibilizadas ou ignoradas, muitas vezes sob a justificativa de segurança pública ou de controle de setores marginalizados da sociedade, como ocorre em casos de organizações criminosas ou presos considerados de alta periculosidade.

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 sua 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 (Aleixo; Penido, 2021, p. 34).

As autoras discutem como a execução penal de exceção está frequentemente associada à violação de direitos fundamentais dos presos, destacando as condições precárias das unidades prisionais, a superlotação e o tratamento desumano. Elas apontam que esses fatores não são apenas falhas estruturais, mas um reflexo de uma escolha punitiva do Estado, que cria um sistema de segregação e controle voltado a determinadas parcelas da população, em especial as mais vulneráveis e marginalizadas. “Seja pela situação inconstitucional de suas estruturas, seja pela anormalidade da aplicação da lei no espaço carcerário, há a suspensão da ordem jurídica no cotidiano carcerário sendo possível identificá-lo com um espaço de exceção” (Aleixo; Penido, 2021, p. 36).

Na obra, as autoras também associam a execução penal de exceção ao conceito de estado de exceção, que Giorgio Agamben desenvolve, no qual o Estado suspende direitos e garantias em nome de uma "necessidade" de controle. Segundo Aleixo e Aleixo, esse estado de exceção é usado para justificar o endurecimento das condições de cumprimento de pena, especialmente contra grupos considerados ameaçadores para a ordem social.

O estado de exceção, sobre o qual o soberano decide todas as vezes, é precisamente aquele no qual a vida nua, que, na situação normal, aparece reunida às múltiplas formas de vida social, é colocada explicitamente em questão como fundamento último do poder político. O sujeito último, que se

trata de excetuar e, ao mesmo tempo, de incluir na cidade, é sempre a vida nua (Agamgen, 2015, p. 13).

A execução penal, nesse contexto, torna-se uma ferramenta de controle social que visa não só punir, mas também manter determinadas populações sob constante vigilância e repressão. Essa abordagem subverte o papel do sistema penal em uma sociedade democrática, transformando-o em um instrumento de segregação e dominação. “No espaço de morte que configura o campo da execução penal, não há espaço para a afirmação da pessoa presa. Nesse contexto, percebe-se que a exigência de que o apenado seja transformado em outra pessoa implica seu aniquilamento, ou seja, na morte dele mesmo” (Aleixo; Penido, 2021, p. 37).

Aleixo e Aleixo também abordam as possibilidades de resistência a essa lógica de exceção na execução penal, enfatizando a importância de um movimento que lute pela efetivação dos direitos dos presos e pela reforma do sistema de execução penal, que deve estar alinhada com os princípios constitucionais e com a dignidade humana, promovendo condições que permitam a verdadeira reintegração social dos condenados.

No mesmo sentido, Ferrajoli (2010), ao propor que o direito penal seja empregado como uma *última ratio* (último recurso), utilizado apenas quando absolutamente necessário, e sempre em conformidade com os princípios garantistas, acredita que aquele deva ser orientado por normas rígidas que limitem o poder do Estado, evitando que exceções e flexibilizações acabem transformando a punição em um meio de controle social.

O uso de um sistema penal paralelo e repressivo, que justifica a violação de direitos fundamentais em nome da segurança e da ordem pública, traz riscos e injustiças. O subsistema de exceção, ao flexibilizar garantias e adotar medidas punitivas arbitrárias, ameaça a essência do Estado de Direito e os princípios constitucionais.

4.2 Complexo penitenciário de curado e a resolução da corte interamericana de direitos humanos

O caso do Complexo Penitenciário do Curado, situado em Pernambuco, Brasil, foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) devido às graves violações de direitos humanos enfrentadas pelos presos. Esse complexo,

composto por três unidades prisionais (Aníbal Bruno, Frei Damião de Bozzano e Professor Barreto Campelo), tornou-se símbolo de uma crise estrutural do sistema prisional brasileiro. Os presos enfrentam superlotação, condições insalubres e precárias, e são constantemente submetidos a episódios de violência, muitas vezes envolvendo facções criminosas e situações de confronto com as forças de segurança.

A Corte Interamericana emitiu uma resolução determinando medidas provisórias que deveriam ser adotadas pelo Estado brasileiro para proteger a vida e a integridade dos detentos, destacando que o Brasil violou diversos direitos garantidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Apesar dos esforços do Estado para cumprir as medidas provisórias, a Corte constatou a persistência de uma política de superencarceramento que agravava as condições no Complexo do Curado. Determinou mudanças estruturais urgentes, monitoramento da situação, proteção à vida e integridade física dos detentos e uma redução significativa da superlotação (Penna, 2021).

O Complexo Penitenciário do Curado, anteriormente chamado Aníbal Bruno, abriga milhares de detentos em um espaço originalmente projetado para um número muito menor de pessoas. A superlotação⁴⁸ é uma das questões mais graves, com uma quantidade de presos três vezes superior à capacidade das instalações. As celas são pequenas, superlotadas, sem ventilação⁴⁹ adequada e com condições sanitárias deploráveis, gerando um ambiente insalubre e propício à proliferação de doenças.

⁴⁸ 107. Resumiu a situação da seguinte maneira. A superlotação superou os recursos limitados do pessoal da prisão; impôs demandas além da capacidade das instalações médicas e de saúde mental; e criou condições insalubres e inseguras que fazem com que seja difícil ou impossível progredir na prestação de atendimento. A superlotação é a "causa principal da violação de um direito federal", 18 USC §3626 (a) (3) (E) (i), especificamente os maus-tratos intensos e ilegais dos presos, mediante uma prestação de saúde médica e mental sumamente inadequada para seu cuidado. Este tribunal agora afirma que a PLRA autoriza o alívio concedido nesse caso e que o limite de população exigido pelo tribunal é necessário para remediar a violação dos direitos constitucionais dos presos. A ordem do tribunal de três juízes, sujeita ao direito do Estado de buscar sua modificação em circunstâncias apropriadas, deve ser confirmada (CIDH, 2018, p. 23).

⁴⁹ 31. A esse respeito, a Corte lembra que, de acordo com as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, das Nações Unidas (Regras de Mandela), 6 os locais de alojamento, especialmente os dormitórios, deverão cumprir todas as normas de higiene, particularmente no que diz respeito às condições climáticas e, concretamente, ao volume de ar, à superfície mínima, à iluminação, à calefação e à ventilação (Regra 13). Isso inclui janelas suficientemente grandes para a entrada de ar fresco, a garantia de luz artificial (Regra 14), instalações sanitárias (Regra 15) e banheiro e chuveiro (Regra 16) adequados e limpos (Regra 17) (CIDH, 2018, p. 7).

Além da superlotação, os presos vivem sob um clima constante de insegurança e violência. O controle do complexo é frequentemente disputado por facções criminosas, resultando em brigas, homicídios e ferimentos entre os detentos. “Quanto a casos de violência e mortes ocorridas no Complexo de Curado, o Estado comunicou 12 homicídios em 2017, mas não informou sobre óbitos no ano de 2018” (CIDH, 2018, p. 9).

Esse cenário é agravado pela escassez de agentes penitenciários, que acabam muitas vezes sem poder exercer controle efetivo sobre a população carcerária. Esse contexto de abandono e insegurança resulta em um ambiente onde os presos são submetidos a práticas violentas e degradantes, muitas vezes sem qualquer proteção, o que “[...] afeta a autoestima do preso e, por conseguinte, o condiciona à introjeção de normas de convivência violentas, completamente inadequadas ao comportamento pacífico e respeitoso do direito na convivência livre” (CIDH, 2018, p. 18).

Diante da situação crítica no Complexo do Curado, diversas organizações de direitos humanos, como a Pastoral Carcerária e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), encaminharam denúncias à CIDH expondo as condições desumanas,⁵⁰ a negligência do Estado e os atos de violência praticados contra os presos. Em 2011, a CIDH solicitou ao Brasil a adoção de medidas para melhorar as condições no complexo, mas os problemas persistiram, levando a Comissão a encaminhar o caso à CIDH em 2014.

Apesar de medidas para ampliar vagas e reduzir a população carcerária no Complexo do Curado, onde o número de presos caiu de 7.000 em 2014 para 5.899 em 2018, a superlotação extrema (acima de 200%) permaneceu inalterada. A Corte Interamericana concluiu que as ações adotadas foram ineficazes e que a ilegalidade na execução das penas não foi resolvida nem mitigada. Assim, em novembro de

⁵⁰ 149. Segundo os Representantes, o Complexo de Curado é um espaço totalmente inadequado para o cumprimento de pena de presos com mobilidade reduzida, e não parece haver medida alguma, nem ao menos planejada, em curso, sendo urgente que o Estado tenha alguma previsão nesse sentido (prisão domiciliar ou pena alternativa), desse modo evitando um tratamento degradante ou cruel aos grupos vulneráveis. Na visita de monitoramento dos Representantes, em 8 de maio de 2018, presos com dificuldades motoras temporárias denunciaram condições desumanas no PJAALB. Os detentos revelaram que só têm meia hora de banho de sol por semana, se queixam de insetos e ratos no alojamento e da falta de atenção médica. Um deles afirmou que há dois anos não faz fisioterapia. Outro mencionou que “depende de alguém levar a pomada para os pés”, porque não tem acesso a medicamentos (CIDH, 2018, p. 31/32).

2018, a Corte impôs medidas mais severas, inspirando-se em decisões de tribunais internacionais e na Súmula Vinculante 56 do STF⁵¹ (Penna, 2021, p. 273).

Em resposta, a Corte Interamericana emitiu uma resolução ordenando a adoção de medidas provisórias urgentes para proteger a vida, a integridade física e a dignidade dos detentos no Complexo do Curado. A Corte destacou que o Brasil estava violando os direitos humanos dos presos e que o Estado tinha o dever de implementar ações imediatas para garantir condições mínimas⁵² de segurança e dignidade.

Corte constatou a incompletude das informações fornecidas pelo Estado, que não detalham as medidas efetivamente adotadas, tanto em relação à saúde, quanto à segurança; por outro lado, a manutenção da situação de intensa violência, conforme apontado pelos representantes dos beneficiários, que informaram a ocorrência, entre os meses de março e setembro de 2018, de ao menos 06 mortes violentas, 02 mortes por ausência ou deficiência da prestação de serviços de saúde, 01 suicídio, além de diversas lesões provocadas, inclusive, pelos “chaveiros”, cuja existência foi duramente criticada desde a primeira Resolução, destacando-se, ainda, a obrigação do Estado de garantir os direitos dos presos (Penna, 2021, p. 272).

Determinou que o Brasil deveria adotar várias medidas para melhorar as condições no Complexo do Curado. Entre as principais obrigações, estavam: reduzir a superlotação; melhorar as condições de saúde e saneamento; aumentar a segurança e controlar a violência; implementar medidas de supervisão e fiscalização; e revisar o acesso à justiça e os procedimentos disciplinares.

Sobre a redução da superlotação, a Corte ordenou que o Brasil adotasse medidas para reduzir a população carcerária, considerando que a superlotação era uma das causas principais das más condições e da violência. Recomendou que o Estado revisasse a política de encarceramento e promovesse alternativas à prisão,

⁵¹ A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

⁵² 30. Este Tribunal ressalta a posição de garante do Estado, no que se refere às pessoas privadas de liberdade, em virtude de as autoridades penitenciárias sobre elas exercerem um controle total, caso em que as obrigações gerais adquirem um matiz particular que obriga o Estado a oferecer aos internos, com o objetivo de proteger e garantir seus direitos à vida e à integridade pessoal, condições mínimas compatíveis com sua dignidade, enquanto permaneçam nos centros de detenção.³ Por esse motivo, independentemente da existência de medidas provisórias específicas, encontra-se especialmente obrigado a garantir os direitos das pessoas em circunstâncias de privação de liberdade (CIDH, 2018, p. 6).

como a aplicação de medidas cautelares não privativas de liberdade para crimes menos graves.⁵³

Outra determinação foi “[...] o cômputo em dobro de cada dia de pena cumprida, como compensação pelo tratamento, no mínimo, degradante gerado pela severa superlotação carcerária” (Penna, 2021, p. 16):

De acordo com as Medidas Provisórias, os presos que estivessem cumprindo pena naqueles estabelecimentos, bem como aqueles que viessem a ser transferidos para os mesmos, deveriam ter os dias ali cumpridos computados como se fossem dois. Em outras palavras, a Corte determinou que se aplicasse a redução da pena como compensação pelo excesso de sofrimento causado aos presos pela crítica superlotação, redução esta pela metade, em razão de haver, naqueles estabelecimentos, o dobro de presos que deveria (Penna, 2021, p. 306).

Para melhorar as condições de saúde e saneamento, a resolução exigiu que o Brasil garantisse aos presos o acesso adequado a cuidados médicos, condições de higiene e alimentação digna. A Corte considerou que as condições insalubres e a falta de cuidados médicos violavam o direito à saúde e à vida dos detentos, ordenando que o Estado fornecesse os recursos necessários para garantir um ambiente minimamente seguro.

Outra determinação foi que o Brasil deveria implementar medidas para controlar a violência dentro do complexo e proteger a integridade dos detentos. A Corte recomendou o aumento de agentes penitenciários e a melhora no controle sobre a entrada de armas e drogas, que alimentavam a violência entre as facções no interior da prisão, “[...] o que inclui a investigação, com a devida diligência, e a respectiva desarticulação das estruturas criminosas que facilitam essas circunstâncias” (CIDH, 2018, p. 2).

Ordenou ainda que o Brasil estabelecesse mecanismos de fiscalização para garantir que as medidas fossem cumpridas. Isso incluía a criação de comissões de acompanhamento, compostas por representantes de organizações de direitos

⁵³ 68. Em relação ao monitoramento eletrônico para pessoas detidas provisoriamente e à aplicação de alternativas à prisão preventiva (Lei N° 12.403, de 2011), o Estado salientou que o regime semiaberto registra uma média de 1.200 saídas a cada 15 dias. Além disso, anunciou que a Secretaria de Ressocialização (SERES) firmou um convênio para a criação de um Centro de Monitoramento, com o objetivo de assegurar o cumprimento das medidas substitutivas da privação de liberdade. Também destacou que o processo de licitação para aumentar o número de tornozeleiras eletrônicas, de 1.887 para 4.400, foi homologado em 7 de abril de 2017 (CIDH, 2018, p. 15).

humanos e autoridades independentes, que monitorariam a situação dentro do complexo e relatariam progressos e violações ao tribunal.

E mais, indicou a necessidade de rever os procedimentos internos e disciplinares no complexo, assegurando que os detentos tivessem acesso a recursos legais e que as sanções disciplinares fossem aplicadas com transparência e respeito aos direitos fundamentais.

54. Nesse sentido, a Corte considera novamente que é necessário fazer referência às Regras de Mandela, que determinam que o pessoal penitenciário seja constituído por profissionais contratados em tempo integral, na condição de funcionários públicos e, portanto, com a segurança de que sua estabilidade no emprego dependerá unicamente de sua boa conduta, da eficácia de seu trabalho e de sua capacidade física. Do mesmo modo, o Princípio XXIII dos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas determina que os Estados adotem medidas apropriadas e eficazes para prevenir todo tipo de violência entre as pessoas privadas de liberdade, e que conduzam investigações sérias, exaustivas, imparciais e ágeis sobre todo tipo de ato de violência ou situação de emergência ocorridos no interior dos lugares de privação de liberdade, a fim de esclarecer suas causas, individualizar os responsáveis e impor as sanções legais respectivas (CIDH, 2018, p. 15).

A Corte apontou ainda diversas violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incluindo o direito à vida, à integridade pessoal, à saúde e à dignidade. Destacou que as condições no Complexo do Curado configuravam uma forma de tratamento cruel, desumano e degradante, especialmente devido à superlotação, à violência e às condições insalubres. “As lesões, sofrimentos, prejuízos à saúde ou danos sofridos por uma pessoa, [...] podem chegar a constituir uma forma de tratamento ou pena cruel quando, devido às condições do encarceramento, exista deterioração da integridade física, psíquica e moral” (CIDH, 2018, p. 6).

Argumentou que o Estado brasileiro, ao manter os presos em condições tão degradantes, estava falhando em seu dever de garantir os direitos humanos de todos os cidadãos e que a ocorrência de limitações estruturais não o eximia de sua responsabilidade de proteger a vida e a dignidade das pessoas sob sua custódia, “[...] inclusive com a redução populacional que provoque, obtenha condições dignas de execução penal para a população que não consiga a liberdade, em que pese computar-se como pena ou prevenção a parte antijurídica de sua execução” (CIDH, 2018, p. 29).

Apesar da ordem da Corte Interamericana, o cumprimento das medidas provisórias enfrentou vários desafios e resistência no Brasil. As autoridades estaduais e federais citaram a escassez de recursos e as dificuldades estruturais do sistema prisional como obstáculos para a implementação das reformas exigidas. Embora algumas ações tenham sido tomadas, como melhorias pontuais nas condições sanitárias e um leve aumento de agentes de segurança, a superlotação e a violência persistiram, e o Brasil não conseguiu cumprir integralmente as determinações.

Esse caso se tornou um marco na discussão sobre a situação prisional no país, evidenciando o descaso das autoridades em relação às condições dos presos e as falhas estruturais do sistema de justiça criminal. A resposta insuficiente do Estado brasileiro ao caso do Complexo do Curado foi amplamente criticada por organizações de direitos humanos e por entidades internacionais, que reforçaram a necessidade de uma reforma profunda no sistema prisional brasileiro.

[...] o caso do Complexo Penitenciário de Curado evidencia a grave crise pela qual atravessa o sistema penitenciário nacional, tendo em vista que os problemas encontrados naquele estabelecimento prisional são identificados em outros espalhados pelo país, tal como detectado no Complexo de Pedrinhas, no estado do Maranhão. As graves violações de direitos humanos – que ocorrem com certa frequência no sistema prisional brasileiro – denotam a falta de capacidade do Estado brasileiro em zelar pela integridade dos reclusos e respeitar os Tratados e Convenções sobre Direitos humanos de que é signatário (RIO; RIBEIRO, 2016, p. 1202).

O caso do Complexo Penitenciário do Curado ilustra as graves violações de direitos humanos no sistema prisional brasileiro e a ineficácia das políticas punitivas vigentes. A resolução da CIDH enfatizou a obrigação de se respeitarem os direitos dos presos e de garantir condições dignas nas prisões, mesmo em face de limitações estruturais.

O caso também evidenciou a dificuldade de implementação das reformas necessárias e a falta de compromisso das autoridades brasileiras em enfrentar a crise carcerária. A situação do Complexo do Curado permanece um símbolo da necessidade urgente de uma reforma no sistema prisional, que garanta o respeito aos direitos humanos e promova um ambiente seguro e digno para os detentos.

4.3 Penas ilícitas

Zaffaroni (2020) apresenta uma crítica profunda e sistemática à aplicação de sanções penais que, embora formalmente previstas na legislação, violam princípios fundamentais e os direitos humanos. Busca demonstrar que muitas práticas punitivas são, de fato, "penas ilícitas" – sanções que não deveriam ser aplicadas em um sistema jurídico comprometido com o respeito aos direitos e à dignidade humana.

O conceito de "penas ilícitas" engloba as que, embora legalmente previstas, são contrárias aos direitos humanos e aos princípios de um Estado de Direito, ou que violam a dignidade da pessoa, que causam sofrimento desnecessário, ou que são aplicadas de maneira abusiva ou discriminatória.

A composição da população carcerária é substancialmente masculina e jovem, o que não significa que a prisão de mulheres deixe de constituir um problema sério – especialmente aquelas acusadas de distribuição varejista de entorpecentes ou atuando como "mulas" ou transportadoras. Tal situação apresenta a gravíssima e frequente alternativa entre separar mães de seus filhos pequenos ou mantê-los junto a elas na prisão, uma dramática escolha entre a extensão da pena ou o aumento do sofrimento por razões de gênero (Zaffaroni, 2020, p. 8, tradução nossa).⁵⁴

No mesmo sentido, Roig (2017) define prisões ou penas abusivas como aquelas que excedem o limite da legalidade ou que são aplicadas de maneira desproporcional e arbitrária. Isso inclui: prisões preventivas prolongadas sem justificativa adequada, em que o tempo de prisão provisória ultrapassa o razoável e é aplicado como antecipação de pena; condições desumanas e degradantes de cumprimento de pena, como superlotação, falta de acesso a cuidados médicos, condições insalubres e violência, que violam os direitos básicos do preso; e penas excessivas e desproporcionais, aplicadas sem respeito ao princípio da proporcionalidade e que causam sofrimento desnecessário (Roig, 2017).

Essas sanções, mesmo quando aplicadas formalmente de acordo com a lei, representam uma transgressão aos valores fundamentais do direito penal e da ética, configurando uma contradição interna no sistema jurídico. Zaffaroni destaca o dilema ético e jurídico dos juízes latino-americanos ao validarem penas ilegais de prisão.

⁵⁴ La composición de la población penal es sustancialmente masculina y joven, lo que no quiere decir que no constituya un problema serio la prisionización de mujeres -en especial imputadas por distribución minorista de tóxicos o como mulas o transportadoras-, con la gravísima y frecuente alternativa entre separar a madres de sus niños pequeños o mantenerlos junto a ellas en la prisión, dramática opción entre trascendencia de la pena o aumento del sufrimiento por razones de género (Zaffaroni, 2020, p. 8).

Tal atuação os torna indiretamente responsáveis por graves violações, como tortura e homicídio, além de cúmplices em crimes internacionais que recaem sobre o Estado. Diferente de situações históricas como a dos juízes nazistas, eles não podem justificar suas ações com base em argumentos de obediência ou contexto histórico (Zaffaroni, 2020).

A aplicação de penas ilícitas se deve, em parte, a uma interpretação rígida e formalista da dogmática penal, que ignora o contexto social e os efeitos práticos das sanções. “Essa interpretação aberrante e a consequente imputação de prevaricação ao juiz estariam baseadas em uma dogmática jurídico-penal completamente alheia àquela que corresponde a um Estado constitucional de direito, como o são todos os latino-americanos” (Zaffaroni, 2020, p. 34, tradução nossa).⁵⁵

O autor critica a ideia de que a legalidade de uma pena depende apenas de sua previsão na lei, defendendo que a verdadeira legitimidade da sanção deve ser avaliada com base em princípios de humanidade e justiça.

O juiz atuaria de forma atípica em relação ao tipo de prevaricação, pois estaria decidindo conforme à lei constitucional em todos os casos e, além disso, interpretando a lei ordinária (o código penal) de acordo com o princípio da proporcionalidade, na forma que o legislador ordinário pressupõe ao estabelecer as escalas penais em tempo (Zaffaroni, 2020, p. 34, tradução nossa).⁵⁶

A dogmática penal, segundo Zaffaroni (2020), é um conjunto de normas e interpretações que visam a aplicação prática do direito penal, mas que frequentemente acabam sustentando práticas punitivas injustas. Ele critica o fato de que a dogmática penal muitas vezes se concentra em aspectos técnicos e formais, desconsiderando os impactos das penas sobre os indivíduos e a sociedade. Essa visão formalista legitima penas desumanas e desproporcionais, o que, para o autor, compromete a própria função social do direito penal.

Zaffaroni (2020) propõe uma revisão da dogmática penal, sugerindo que ela deva adotar uma abordagem mais crítica e humanista, levando em consideração o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais. Acredita que o direito

⁵⁵ Esta interpretación aberrante y la consiguiente imputación de prevaricato al juez estaría basada en una dogmática jurídico penal por completo ajena a la que corresponde a un Estado constitucional de derecho, como son todos los latino-americanos” (Zaffaroni, 2020, p. 34)

⁵⁶ El juez actuaría atípicamente en cuanto al tipo de prevaricato, porque estaría decidiendo conforme a la ley constitucional en todos los casos y, además, interpretando la ley ordinaria (el código penal) conforme al principio de proporcionalidad en la forma que el legislador ordinario presupuso al fijar las escalas penales en tiempo (Zaffaroni, 2020, p. 34).

penal não deve apenas se preocupar com a aplicação da lei, mas também com o respeito à humanidade do infrator, evitando penas que transformem o sistema penal em um mecanismo de opressão e sofrimento.

A solução dogmática a que chegaremos conforme ao método assim entendido, ou seja, reconstruindo o sistema com sua base assentada nos dogmas resultantes da análise das leis constitucionais, possui um claro fundamento legal: as constituições e o direito internacional são as normas fundamentais e as primeiras que devem ser consideradas na construção jurídica. A realidade das prisões torna as penas de prisão ilícitas e, inclusive, configuram tortura. Essas penas estão proibidas por essas normas fundamentais; portanto, por mandato constitucional, o juiz deve aplicar apenas penas lícitas ou, ao menos, as menos ilícitas possíveis em suas circunstâncias concretas (Zaffaroni, 2020, p. 27, tradução nossa).⁵⁷

Crítica uma deformação extrema da pena de prisão em contextos latino-americanos, em que a privação de liberdade ultrapassa limites aceitáveis, transformando-se em punição corporal, com impactos irreversíveis ou fatais. Ele distingue esse fenômeno de problemas comuns, como superlotação “dentro dos limites toleráveis” ou efeitos da prisionização, que já foram amplamente analisados pela sociologia em relação às instituições totais (Zaffaroni, 2020).

De qualquer forma, “[...] e, além da resistência injustificada que pode gerar a classificação como tortura, não há dúvida de que, nas condições mencionadas, as penas de prisão são penas ilícitas, qualificadas como cruéis, desumanas e degradantes” (Zaffaroni, 2020, p. 14, tradução nossa).⁵⁸ Conforme afirma, essas penas de prisão, sobretudo as preventivas, quando aplicadas em condições desumanas, tornam-se ilícitas e violam normas constitucionais internacionais.

Essas penas desumanizam os condenados, privando-os de sua dignidade e transformando-os em objetos de controle e repressão. O encarceramento em massa, a superlotação das prisões e o tratamento desumano dos presos são exemplos claros de penas ilícitas que violam direitos fundamentais.

⁵⁷ La solución dogmática a que llegaremos conforme al método así entendido, es decir, reconstruyendo el sistema con su base asentada en los dogmas resultantes del análisis de las leyes constitucionales, tiene un claro fundamento legal: las constituciones y el derecho internacional son las normas fundamentales y las primeras que debe tomar en cuenta la construcción jurídica. La realidad de las prisiones hace que las penas de prisión sean ilícitas e incluso configuren torturas. Estas penas están prohibidas por esas normas fundamentales: por ende, por mandato constitucional, el juez debe habilitar sólo penas lícitas o, al menos, lo menos ilícitas que sea posible en sus circunstancias concretas (Zaffaroni, 2020, p. 27).

⁵⁸ y más allá de la injustificada resistencia que puede generar la calificación de tortura - no cabe duda que, en las mencionadas condiciones, las penas de prisión son penas ilícitas calificadas como penas crueles, inhumanas y degradantes” (Zaffaroni, 2020, p. 14).

As prisões, nessas condições, tornam-se instituições onde não apenas se violam regras relacionadas à alimentação, à ventilação e ao atendimento à saúde, mas também degradam ao máximo a autoestima dos presos, submetendo-os à servidão e colocando suas vidas em risco devido à violência interna. Além disso, os presos se veem impotentes para pedir ajuda ou proteção ao pessoal de segurança que, quando existe, está em número totalmente insuficiente para cumprir essa função elementar (Zaffaroni, 2020, p. 11, tradução nossa).⁵⁹

Essas práticas são muitas vezes justificadas pelo discurso paradoxal do Estado como provedor da segurança jurídica, sendo “[...] impensável que uma pena cruel, desumana e degradante possa reforçar a imagem positiva do Estado, a menos que se leve em conta as demandas do punitivismo populista promovido pelos meios de comunicação hegemônicos da região” (Zaffaroni, 2020, p. 22, tradução nossa).⁶⁰ Na realidade, servem como instrumentos de controle social, que desconsideram as condições de vida dos presos e os efeitos sociais e psicológicos do encarceramento.

As penas ilícitas, como o autor descreve, não só falham em promover a ressocialização, mas também agravam a exclusão social, reforçando o ciclo de marginalização e violência. Em que pesem alguns livros afirmarem que a pena deve cumprir a tarefa de “[...] ressocialização, repersonalização, reinserção, até remoralização, etc., quando, diante de seus olhos, é evidente que não só não cumprem esses objetivos, mas produzem exatamente o efeito contrário, como o de condicionar futuras carreiras criminais” (Zaffaroni, 2020, p. 22, tradução nossa).⁶¹

Isto posto, um modelo que prioriza os direitos e garantias individuais e limita o poder punitivo do Estado é a melhor alternativa para enfrentar o problema das penas ilícitas. Esse paradigma se opõe a uma visão autoritária do direito penal, que vê a pena como um fim em si mesma, e busca uma justiça penal mais equilibrada e respeitosa da dignidade humana. Segundo Zaffaroni (2001), o garantismo penal é essencial para a construção de um sistema de justiça que promova a segurança e a

⁵⁹ Las prisiones, en estas condiciones, pasan a ser instituciones en que no sólo se violan reglas que hacen a la alimentación, cubaje de aire, atención de la salud, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los somete a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, siendo impotentes para pedir ayuda o protección al personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental (Zaffaroni, 2020, p. 11).

⁶⁰ impensable que una pena cruel, inhumana y degradante pueda reforzar la imagen positiva del Estado, salvo que se tomen en cuenta los reclamos del punitivismo populachero de los medios de comunicación hegemónicos de la región” (Zaffaroni, 2020, p. 22)

⁶¹ re-socialización, re-personalización, re-inserción, hasta re-moralización, etc., cuando ante sus ojos es evidente que no sólo no los cumplen, sino que producen exactamente el efecto contrario, como es el de condicionar futuras carreras criminales (Zaffaroni, 2020, p. 22).

ordem social sem sacrificar os direitos individuais, sendo o caminho para reformar a dogmática penal e evitar que o direito penal se transforme em um instrumento de opressão, que aplica penas desumanas e desproporcionais.

Nesse sentido, o autor propõe alternativas às penas privativas de liberdade e à lógica punitiva, defendendo medidas que valorizem a recuperação e a ressocialização dos condenados, em vez de sua punição desumana. A justiça penal deve ser pautada por princípios restaurativos, que visem reparar os danos causados e reintegrar o infrator à sociedade.

Ao propor o garantismo penal e alternativas humanistas às sanções convencionais, o autor oferece um caminho para transformar o sistema penal em um instrumento de justiça que respeite os direitos humanos e promova a verdadeira reintegração dos indivíduos à sociedade, evitando práticas que gerem sofrimento desnecessário ou que violem a dignidade dos indivíduos.

4.4 Compensação penal em penas abusivas

O sistema prisional brasileiro é marcado por uma série de falhas estruturais, incluindo a superlotação, a falta de assistência médica, a violência e as condições insalubres nas unidades prisionais. Roig (2017) considera que essas condições carcerárias degradantes são uma forma de pena ilícita e, como tal, devem ser motivo de compensação para os indivíduos que as sofreram, visto que o Estado tem o dever de proteger a integridade física e psicológica dos detentos.

Roig (2017) aborda a problemática do tempo no cumprimento da pena privativa de liberdade, destacando que o discurso jurídico mantém a falsa ideia de que o tempo de prisão pode ser medido de forma objetiva, baseada apenas no *quantum* da pena. Essa abordagem desconsidera a vivência subjetiva do tempo, gerando uma fissura entre o sofrimento real do encarcerado (tempo existencial) e a mera contagem cronológica da pena (tempo abstrato). Há um contraste entre o concreto (sofrimento humano) e o abstrato (cálculo temporal), entre a violência material e a legitimidade formal da punição, e entre a realidade do sofrimento e a noção teórica de proporcionalidade penal. Essa desconexão reforça a inadequação da pena privativa de liberdade como meio justo de punição (Roig, 2017).

Nesse sentido, para o autor, “[...] torna-se essencial medir o tempo de prisão não mais de forma meramente cronológica ou linear, mas sim considerando as

variações de qualidade sofridas pela privação de liberdade ou pela pena durante o seu curso” (Roig, 2017, p. 334).

Roig define a compensação penal por penas ou prisões abusivas como um mecanismo de reparação jurídica, voltado a mitigar os efeitos de encarceramentos ou punições ilegítimas, desproporcionais ou aplicadas de forma injusta. Trata-se de um instituto que busca corrigir, ainda que de maneira limitada, os danos causados pela privação de liberdade ou pela imposição de uma pena indevida.

Essa compensação não se restringe a aspectos econômicos, mas inclui medidas que podem envolver a redução de penas futuras, reconhecimento de erros judiciais e outras formas de atenuação que tentam devolver, em parte, o equilíbrio jurídico e ético perdido. Roig questiona a adequação dessas práticas frente ao sofrimento real imposto pela pena, destacando o abismo entre o caráter abstrato da compensação e as vivências concretas do condenado.

Entende-se por 'compensação penal por penas ou prisões abusivas' o dever estatal de reparar, não só pela via pecuniária (com fulcro no art. 37, § 6º, da CF), mas principalmente pela via penal, o sofrimento de atos arbitrários (ex.: abuso de poder, excesso de prazo, erro judiciário, violência física ou psicológica, violação da intimidade, tortura, extorsão, agressão de outros internos etc.), superlotação ou quaisquer outras condições ásperas, desumanas ou degradantes (ex.: falta ou precariedade de água, alimentação ou assistência médica, insalubridade do ambiente carcerário etc.) por parte das pessoas presas, muito embora o próprio ato de encarceramento – independente da ocorrência de ações arbitrárias, superlotação ou condições ásperas, desumanas ou degradantes – já devesse ser circunstância suficiente para a compensação penal, uma vez que conduz à degradação da saúde da pessoa presa (Roig, 2017, p. 336).

Roig (2017) discute a relação entre a responsabilidade do Estado em garantir a dignidade dos presos e a possibilidade de compensação penal em casos de abusos, condições degradantes ou violações de direitos humanos no sistema carcerário.

O Estado, ao privar alguém de liberdade, tem o dever de assegurar condições dignas. Quando isso não ocorre, deve compensar os presos pela violação dessa dignidade. Assim, a ideia de compensação penal não busca justificar ou banalizar abusos, mas sim reconhecer o impacto dessas violações e evitar que sejam tratadas apenas sob uma perspectiva pecuniária ou ignoradas. Tampouco substitui a necessidade de medidas preventivas no sistema prisional, como combate à tortura,

redução da superlotação, celeridade processual e fortalecimento de instituições de fiscalização e defesa (Roig, 2017).

Roig (2017) sugere a substituição de uma abordagem quantitativa de penas por uma qualitativa, considerando o impacto humano da privação de liberdade e a história de vida dos presos. Destaca que a prisão, como forma de privação e sofrimento, deve ser reavaliada em termos de suas consequências sobre os direitos e expectativas dos presos, propondo a compensação penal, “[...] como contramedida – jurídica – de redução do sofrimento humano, causado pela indevida provação e limitação de direitos e expectativas” (Roig, 2017, p. 337) como uma forma de mitigar esses efeitos.

Os fundamentos constitucionais apresentados Roig (2017) para justificar a compensação penal por penas ou prisões abusivas estão baseados nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e nos direitos assegurados pela Constituição Federal.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, CF) é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e implica que ninguém pode ser submetido a condições degradantes ou desumanas, mesmo em situações de privação de liberdade. Já a Proibição de Tortura e Tratamento Desumano ou Degradante (Art. 5º, III, CF) assegura que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, o que fundamenta a necessidade de responsabilização do Estado quando essas garantias são violadas.

O texto constitucional prevê Responsabilidade Objetiva do Estado (Art. 37, §6º), ou seja, o Estado é responsável pelos danos causados por seus agentes a terceiros, independentemente de dolo ou culpa. Isso abrange situações de abuso, erro judiciário e condições inadequadas de encarceramento. Além disso, assegura o direito à indenização por danos morais e materiais em casos de violação de direitos, incluindo aqueles relacionados às condições carcerárias e abusos sofridos durante a prisão (Art. 5º, V e X).

Sendo a Saúde e Integridade Física e Psicológica (Art. 6º e Art. 196) direitos sociais fundamentais, a violação dessas condições mínimas no sistema prisional também exige a reparação. Por fim, em razão da função social da pena (Art. 5º, XLVI), essa deve respeitar os direitos fundamentais e não pode ser aplicada de forma que viole a dignidade ou cause sofrimento desnecessário, reforçando o direito à compensação em casos de penas abusivas.

Esses fundamentos constitucionais demonstram que a compensação penal não é apenas um ato de justiça, mas também uma exigência constitucional para reparar violações de direitos e garantir que o Estado atue em conformidade com seus deveres legais e éticos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), particularmente o artigo 10,⁶² reconhece o direito à indenização em casos de erro judiciário, assegurando que qualquer pessoa condenada injustamente seja reparada de forma adequada. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no artigo 9, parágrafo 5,⁶³ estabelece que vítimas de prisão ou detenção ilegal têm direito a uma compensação. Esses instrumentos internacionais não apenas estabelecem obrigações claras aos Estados signatários, mas também refletem o compromisso universal com a proteção da liberdade e da dignidade humanas (Roig, 2017).

Roig (2017) reforça seus argumentos com a análise de jurisprudências internacionais e nacionais, incluindo decisões emblemáticas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que têm reiterado o dever dos Estados de indenizar aqueles submetidos a prisões ou condenações abusivas. Esse conjunto de fundamentos consolida a visão do autor de que a compensação penal não é apenas uma obrigação jurídica, mas também um imperativo ético e político para preservar a legitimidade do sistema de justiça e garantir o respeito aos direitos fundamentais.

É o caso da compensação pena (*in natura*), mais benéfica e eficaz para o condenado (redução do tempo ou rigor de sua pena), mais proveitosa ao Estado (redução da superlotação e dos custos financeiros com o encarceramento) e menos lesiva à comunidade (redução dos custos sociais oriundos do encarceramento). Compete então ao estado brasileiro adota-la, sob pena de reproduzir um permanente “estado de anticonvencionalidade” (Roig, 2017, p. 341).

O fundamento legal da compensação penal ou *in natura* está no artigo 185 da LEP,⁶⁴ que considera excesso ou desvio de execução qualquer ato que ultrapasse os limites da sentença ou das normas legais. Como a LEP também se aplica a

⁶² ARTIGO 10. Direito a Indenização. Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

⁶³ Artigo 9. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação.

⁶⁴ Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

presos provisórios (art. 2º, parágrafo único),⁶⁵ a privação de direitos além da liberdade locomotora configura um desvio qualitativo, criando uma pena ou prisão diferente da formalmente aplicada. Nesse contexto, a compensação penal ajusta a pena aritmeticamente às condições de aprisionamento. Ademais, decorre do dever do Juízo da Execução de inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais (art. 66, VII, da LEP)⁶⁶ e garantir o cumprimento correto das penas (art. 66, VI),⁶⁷ prevenindo violações de direitos humanos e corrigindo abusos (Roig, 2017).

Além dos fundamentos constitucionais, convencionais e legais, Roig (2017) enfatiza que fundamentos principiológicos “[...] possuem grande aplicabilidade na tarefa de fundamentação da compensação penal” (Roig, 2017, p. 342).

Ainda que a compensação penal não tivesse respaldo legal – como efetivamente tem – seria possível sua aplicação com base em outras fontes formais mediatas, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (Roig, 2017, p. 341).

A LEP e o Código Penal garantem ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, em conformidade com os princípios da legalidade, proporcionalidade e *ne bis in idem* (proibição de dupla punição pelo mesmo fato). A Exposição de Motivos da LEP reforça a importância desses princípios para impedir excessos e desvios que comprometam a dignidade e a humanidade no cumprimento da pena (Roig, 2017).

O princípio da dignidade da pessoa humana deve guiar a execução da pena. O Estado não pode justificar o tratamento desumano e degradante com base na segurança ou disciplina, de modo que a privação abusiva da liberdade constitui uma violação grave que demanda reparação integral, tanto pelos danos materiais quanto pelos morais. E nesse contexto da responsabilidade estatal por atos ilícitos, o Estado, como guardião dos direitos fundamentais, tem o dever de reparar os indivíduos prejudicados por suas ações ou omissões indevidas.

⁶⁵ Art. 2º. A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

⁶⁶ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

⁶⁷ VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

Roig (2017) destaca que a retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal) permite alterações que favoreçam o condenado, mesmo após a sentença, impactando a pretensão punitiva ou executória do Estado. Da mesma forma, qualquer agravamento indevido nas condições da privação de liberdade ou da pena durante sua execução deve ser ajustado pelo Poder Judiciário, conforme o art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que veda penas mais severas do que as previstas no momento do delito.

A compensação penal se fundamenta nos princípios do *pro homine* (prioridade à proteção dos direitos humanos) e da humanidade, promovendo reparação contra tratamentos desumanos ou degradantes. Além disso, reflete o princípio da irracionalidade mínima, buscando reduzir o sofrimento existencial imposto pela pena e alinhar a privação de liberdade a critérios racionais e minimamente justos (Roig, 2017).

Os princípios da boa-fé e da superioridade ética do Estado, conforme argumenta Roig (2017), sustentam a compensação penal ao garantir que, em primeiro lugar, a promessa legal de proporcionalidade e humanidade da pena não seja rompida pela desumanidade de sua execução. Em segundo lugar, que qualquer tempo existencial ilegalmente retirado de um indivíduo seja compensado, pois nenhuma privação de liberdade pode ser em vão, e “[...] em terceiro lugar, que o Estado jamais pode se locupletar (com a pretensa satisfação de propósitos retributivos ou preventivos) as custas da dignidade humana” (Roig, 2017, p. 343).

À vista disso, a compensação penal também está vinculada ao princípio da proporcionalidade, buscando restaurar o equilíbrio jurídico e moral diante de situações em que o sistema de justiça penal se desvia de sua função protetiva.

A prisão proporcional implica um certo tempo de sofrimento adequado à culpabilidade do ato, mas se o sofrimento for muito maior, esse tempo maior de sofrimento quebra a proporcionalidade e viola o princípio republicano correspondente: a pessoa está a ser infligida a um sofrimento que não foi calculado pelo legislador no código no momento de fixar a duração da pena de prisão (Zaffaroni, 2020, p. 29, tradução nossa).⁶⁸

⁶⁸ La pena de prisión proporcional implica un determinado tiempo de sufrimiento adecuado a la culpabilidad por el hecho, pero si el sufrimiento es mucho mayor, ese tiempo de sufrimiento superior quiebra la proporcionalidad y viola el correspondiente principio republicano: se está infligiendo a la persona un sufrimiento que no fue calculado por el legislador en el código al momento de establecer el tiempo de duración de la pena de prisión (Zaffaroni, 2020, p. 29).

Ademais, está fundamentada no princípio da menor onerosidade, inspirado no artigo 805 do Código de Processo Civil, que determina que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso ao executado. No contexto penal, isso significa que a execução da pena de prisão deve minimizar os danos ao condenado. Qualquer ação ou omissão estatal que torne a pena mais onerosa deve ser compensada.

Além disso, o princípio da intervenção mínima reforça que o direito penal é a última alternativa (*ultima ratio*) e a privação de liberdade deve ser usada pelo tempo mais breve possível. Assim, a compensação penal torna-se a primeira escolha (*prima ratio*) para corrigir arbitrariedades e reparar excessos cometidos durante a execução penal (Roig, 2017).

Por último, Roig (2017) sustenta que a compensação penal pode ser fundamentada, a partir de uma reformulação hermenêutica e discursiva, no princípio da individualização da pena, de modo a “[...] considerar a acumulação (incorporação) de privações, ilegalidades e frustrações de expectativas sofridas pelas pessoas presa, circunstâncias estas que conduzem a antecipação obrigatória e proporcional do tempo linear, inicialmente imposto na sentença penal condenatória” (Roig, 2017, p. 344).

4.4.1 Remissão

Zaffaroni e Pierangeli (2020) definem "remissão" como uma forma de extinção da punibilidade, ou seja, uma situação em que o Estado decide não aplicar uma sanção penal a um determinado caso, mesmo que o crime tenha sido cometido. A remissão ocorre com base em determinados critérios previstos em lei e representa um ato de renúncia à pretensão punitiva do Estado.

A remissão não significa absolvição do acusado, mas sim uma decisão de não prosseguir com a punição, geralmente fundamentada em razões como o interesse público, a falta de gravidade da infração ou a relevância social do caso. A ideia é que o Estado pode, em determinadas situações, abrir mão de exercer seu direito de punir, considerando que, naquele contexto específico, a sanção penal não se justifica ou não trará os benefícios esperados (Zaffaroni; Pierangeli, 2020).

A remissão é importante no contexto do direito penal brasileiro, especialmente em casos que envolvem crimes de menor potencial ofensivo ou situações em que a aplicação da pena seria desproporcional ao dano causado. Ela pode ser vista como

um mecanismo para tornar o sistema penal mais humano e evitar a aplicação automática e inflexível das penas.

No direito penal, remissão é um termo que pode significar graça ou indulto. O indulto é medida de clemência concedida pelo chefe do Poder Executivo que extingue ou reduz as penas impostas a condenados por crimes. No Brasil, o indulto é prerrogativa do Presidente da República, conforme o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal. É regulamentado por decretos presidenciais que estabelecem critérios objetivos para sua aplicação, como tipo de crime, tempo de pena já cumprido, idade, condições de saúde ou outras situações específicas.

Como causa de extinção da punibilidade, o indulto está previsto no art. 107, II, do Código Penal. “Na essência, assim como a pena é uma opção política (processo decisional), o indulto é uma contramedida que assim também se apresenta. É, enfim, uma opção política vetorialmente apontada no sentido de reduzir os danos causados pela experiência penal” (Roig, 2017, p. 527).

São várias as modalidades de indulto: comum; etário, por cumprimento ininterrupto da pena; assistencial; por saída temporária ou trabalho externo; por estudo; da pena de multa; humanitário; de medida de segurança; por tempo de prisão em caso de substituição por pena restritiva de direito ou sursis; por tempo de prisão provisória aos condenados sob o regime aberto; por tempo remanescente de pena; em crimes contra o patrimônio; e para vítimas de tortura (Roig, 2017).

Roig (2017) aborda a inovação introduzida pelo Decreto nº 8.172/2013, que prevê a concessão de indulto a pessoas condenadas à pena privativa de liberdade que tenham sido vítimas de tortura por agentes públicos durante o cumprimento de suas penas, com decisão judicial transitada em julgado. Essa medida é destacada como um importante instrumento compensatório, reconhecendo que a tortura transforma o encarceramento em uma experiência ilegal e desumana, violando a dignidade humana, princípio fundamental de qualquer detenção.

O autor argumenta que, se o Estado, responsável por garantir condições dignas de encarceramento, viola a dignidade do preso, não há justificativa ética ou jurídica para a continuidade da execução da pena. Além disso, sugere que a superlotação carcerária, sendo também uma forma de tratamento desumano ou degradante, poderia justificar a extensão do indulto para esses casos, assim como para situações em que presos sofrem mutilações durante o encarceramento.

O Decreto nº 8.940/2016 reafirma essa possibilidade, permitindo o indulto a vítimas de tortura, ampliando a aplicação desse mecanismo de proteção aos direitos humanos.

Considerando que a superlotação carcerária também é forma de tratamento desumano ou degradante, mostrar-se-ia salutar a previsão de indulto também nessa hipótese, assim como nos casos de mutilações sofridas por pessoas presas durante o encarceramento.

O Decreto n. 8.940/2016 (art. 6º) permite o indulto às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade que, no curso do cumprimento da sua pena, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, praticada por agente público ou investido em função pública, com decisão transitada em julgado (Roig, 2017, 548).

Roig (2017) critica a forma seletiva como os decretos presidenciais de indulto são aplicados, apontando desigualdades e a introdução de critérios mais restritivos em decretos recentes, como o Decreto 8.940/2016. Observa que essas mudanças agravam a já caótica situação do sistema prisional, dificultando a ressocialização e perpetuando a estigmatização dos condenados. Ele enxerga o indulto como uma ferramenta política essencial para minimizar os efeitos desumanizantes do encarceramento, mas destaca a necessidade de uma aplicação mais justa e equitativa, que esteja em consonância com os princípios constitucionais de dignidade humana e legalidade.

O Recurso Extraordinário (RE) 580.252, julgado pelo STF, não aborda especificamente a remissão da pena em termos técnicos ou operacionais no contexto do sistema penitenciário, mas o aborda, chamando a atenção para o tema. O foco principal do julgamento foi a responsabilidade civil do Estado por manter detentos em condições degradantes e a possibilidade de compensação por danos morais.

A solução proposta pelo Ministro Barroso é de retirar dessa responsabilidade civil do Estado uma consequência não civil, uma consequência penal. Retiraria da responsabilidade civil do Estado uma consequência penal, remissão da pena. Mas, mais do que isso, a competência para essa demanda civil também passaria ao juiz penal em grande medida, a não ser naqueles casos – como Sua Excelência colocou – em que não houvesse possibilidade dessa aplicação, chamada por Sua Excelência de prestação in natura (RE/STF 580.252, 2015, p. 103).

Indiretamente a decisão abre caminhos para a discussão sobre como as violações de direitos humanos nas prisões, como a superlotação e condições

precárias, podem influenciar o reconhecimento de direitos como a remissão da pena. Esse tema está relacionado à ideia de que condições degradantes podem justificar reparações ou benefícios adicionais aos detentos como forma de mitigar os danos sofridos.

4.4.2 *Princípio do Numeru clausus*

O princípio do *numerus clausus* estabelece um limite máximo de ocupação para cada estabelecimento prisional, de modo que a quantidade de presos não ultrapasse a capacidade física e estrutural de cada unidade. Conforme define Roig, é o “[...] sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução” (Roig, 2017, 98).

Temos certa resistência em denominar como *numerus clausus*, como faz a doutrina do direito, algo que não passa de um método, ou seja, de uma conclusão oriunda do bom senso e da matemática bem simples: se a prisão tem x números de vagas, esse é o número de presos que a prisão pode ter. Nada mais lógico e, se entra um preso a mais, o que não deveria acontecer, outro tem que sair (Valois, 2021, p. 33).

Em 1989, Gilbert Bonnemaïson, deputado do Partido Socialista francês, propôs ao Ministro da Justiça um relatório para modernizar o sistema penitenciário da França, no qual apresentou a ideia do *numerus clausus*. Esse princípio determinava que o número de presos em um estabelecimento penal deveria corresponder exatamente ao número de vagas disponíveis. Quando a capacidade fosse excedida, presos com melhor potencial de reintegração social seriam transferidos para prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Embora a proposta tenha recebido críticas, especialmente quanto ao critério de escolha dos presos e ao uso da vigilância eletrônica, introduziu uma abordagem concreta para limitar a superlotação carcerária (Roig, 2017).

Em 2006, a discussão foi retomada pela campanha "*Trop c'est trop! Pour un numerus clausus en prison*", liderada por Bernard Bolze e apoiada por trinta e cinco organizações da sociedade civil. A campanha defendia que a solução para a superlotação era limitar o ingresso de novos presos caso não houvesse vagas

disponíveis, evitando a construção de mais prisões, que incentivaria o aumento da população carcerária sem resolver o problema. Hoje, importantes segmentos da sociedade civil, mídia e políticos franceses continuam apoiando a adoção do *numerus clausus* para combater a superlotação nas prisões (Roig, 2017).

[...] investir na criação de novas vagas não colabora para que haja uma redução no número de entradas no sistema prisional, tornando cíclico o reingresso no cárcere, o que demandará cada vez mais vagas. Diante desta constatação, a soltura de presos que já têm o direito de estarem em liberdade e a adoção do *numerus clausus* deve proceder a qualquer proposta de abertura de vagas no sistema prisional (Aleixo; Penido, 2021, p. 211).

Nesse sentido, Roig (2017) defende que “[...] o *numerus clausus*, antes de tudo, é um princípio que preconiza o controle e a redução da população carcerária, não a criação de novas vagas. Aliás, a construção ou ampliação de novos estabelecimentos penais não é a solução para o refreamento do quadro de superlotação” (Roig, 2017, p. 100).

Thomas Mathiesen, em seu ensaio, apresenta dez argumentos contra a construção de novas prisões, afirmando que: 1) prisões não reabilitam; 2) não têm eficácia preventiva; 3) não incapacitam eficazmente; 4) não atendem ao ideal de justiça, pois as noções de justiça e tempo de encarceramento variam com o tempo e contexto; 5) prisões são irreversíveis, raramente demolidas após construídas; 6) qualquer nova prisão será rapidamente ocupada, sem resolver a superlotação das antigas; 7) prisões são desumanas; 8) novos cárceres contradizem valores de dignidade e direitos humanos; 9) prisões não ajudam vítimas e é mais eficaz reestruturar o sistema punitivo para ajudá-las; 10) a superlotação pode ser resolvida por outras vias, como encurtar condenações e antecipar liberdades (*apud* Roig, 2017).

A posição de Mathiesen é reforçada pelo Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, que considera a expansão do sistema prisional como uma medida excepcional e de pouca eficácia duradoura contra a superlotação (*apud* Roig, 2017).

Outra premissa, essencial ao sucesso do sistema do *numerus clausus*, consiste na vedação de que a Administração Penitenciária se valha do poder de transferência entre estabelecimentos para, cumprindo momentaneamente uma decisão judicial, deslocar o problema da superlotação para outra unidade penal. Tal conduta significaria na verdade o mascaramento da realidade, uma burla ao sistema do *numerus clausus*. Daí a necessidade de circunscrever a casos excepcionais a possibilidade de

a Administração Penitenciária dispor livremente sobre a transferência de presos (Roig, 2017, p. 101).

Roig discute o *numerus clausus* como uma medida essencial para mitigar as condições desumanas que caracterizam o sistema prisional brasileiro, que enfrenta uma crise de superlotação crônica e degradante. O sistema de encarceramento em massa é uma prática punitivista que, além de ineficaz, infringe os direitos básicos dos indivíduos presos. Assim, o *numerus clausus* serviria como uma barreira contra o excesso de encarceramento e incentivaria o uso de alternativas penais para crimes menos graves, além de priorizar medidas cautelares no lugar de prisões preventivas.

Segundo o autor, a adoção do *numerus clausus* no Brasil seria uma forma de responsabilizar o Estado pela gestão do sistema penal e de impor um limite estrutural que forçaria a revisão das políticas de encarceramento. A falta de um controle rígido de ocupação nos presídios permite que o Estado continue a colocar pessoas em condições degradantes, sem considerar a capacidade das unidades prisionais.

Ao hipotizar a obrigação, por parte do Estado, de interromper ou renunciar imediatamente à execução da pena no caso de detenções não respeitadas da dignidade humana, o tribunal alemão enfatizou o princípio da superioridade da dignidade da pessoa humana sobre o “direito” de punir estatal. Como se pode perceber, a lógica do *numerus clausus* aqui também se aplica, coligada com a relativização da relação Estado-indivíduo. Isso porque, não existindo vaga suficiente para abrigar com dignidade os presos, não se pode dar seguimento à execução penal (Roig, 2017, p. 103).

Caso fosse adotado, “[...] em um primeiro momento a proporção de saídas do sistema deveria ser maior do que a entrada (ex.: duas saídas para cada entrada), até que se conseguisse equacionar o número de presos e vagas então disponíveis. A partir daí, a proporção voltaria a ser de uma saída para cada entrada” (Roig, 2017, p. 106).

A imposição do *numerus clausus* pelo Juízo da Execução pode ser fundamentada em quatro princípios jurídicos centrais, conforme apresenta Roig (2017). A Constituição (1988), além de elencar como objetivo do Estado promover o

bem de todos (art. 3º, IV)⁶⁹ e ter como fundamento a dignidade humana (art. 1º, III),⁷⁰ também proíbe tortura e tratamentos desumanos ou degradantes (art. 5º, III), protege a integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX)⁷¹, e garante condições mínimas de saúde e higiene (arts. 6º e 196).⁷² Portanto, a superlotação, ao violar esses direitos, poderia ser combatida pelo *numerus clausus*, que atuaria para afirmar os valores do Estado Democrático brasileiro (Roig, 2017).

O artigo 85 da LEP⁷³ determina que cada estabelecimento penal deve ter uma lotação compatível com sua estrutura e finalidade, evidenciando que a superlotação configura uma ilegalidade. O parágrafo único do mesmo artigo confere ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a responsabilidade de definir o limite máximo de ocupação, considerando a natureza e as particularidades de cada unidade prisional. “Nesse contexto, o *numerus clausus* atuaria como princípio ou sistema organizacional de restabelecimento da legalidade” (Roig, 2017, p. 107).

Além disso, o artigo 185 da LEP⁷⁴ define que ocorre excesso ou desvio de execução quando atos ultrapassam os limites estabelecidos pela sentença ou pelas normas. A superlotação exemplifica esse desvio, pois impõe à pessoa presa sofrimento adicional não previsto, violando legalidades e direitos fundamentais. Assim, o *numerus clausus* também opera “[...] como medida de contenção da superlotação e, conseqüentemente, de reparação do desvio de execução” (Roig, 2017, p. 108).

⁶⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁷¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁷² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁷³ Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

⁷⁴ Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Como ultimo fundamento que ampara a utilização do mencionado princípio, “[...] há que se considerar que a determinação do *numerus clausus* decorre do poder-dever do Juízo da Execução no sentido de zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, da LEP),⁷⁵ impedindo práticas atentatórias aos direitos humanos das pessoas presas” (Roig, 2017, p. 108).

O *numerus clausus* não deveria ser um conceito dogmático, algo a ser pensado e desenvolvido em gabinetes, pois uma lógica também da física, constantemente desafiada pelo sistema penitenciário, de que no mesmo espaço não cabem dois corpos ao mesmo tempo. O que temos não é uma teoria complexa, mas uma conclusão de que o sistema prisional, com a superlotação carcerária, é violador da lei. O *numerus clausus* é uma ideia amenizadora desse caos (Valois, 2021, p. 34).

Roig, em suas análises sobre o *numerus clausus*, define três modalidades para a aplicação desse princípio no contexto penal: preventivo, direto e progressivo. Cada modalidade possui uma função específica no combate à superlotação e na promoção de um sistema prisional mais justo e humanitário.

O *numerus clausus* preventivo visa prevenir o aumento da população carcerária antes que a superlotação ocorra. Envolve medidas de controle para evitar que novos presos entrem no sistema prisional caso a ocupação já esteja próxima do limite máximo permitido. É um sistema proativo, focado em impedir a entrada de presos para que o limite de vagas seja respeitado, promovendo o uso de penas alternativas, como a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico ou outras medidas cautelares.

Na modalidade do *numerus clausus* direto, o limite de ocupação é imposto de maneira direta e imediata. Isso significa que uma vez atingido o número máximo de presos em uma unidade, não é permitido o ingresso de novos até que haja vagas disponíveis. Essa modalidade atua como um bloqueio rigoroso contra a entrada de novos detentos, exigindo a saída ou transferência de outros antes que novos encarceramentos ocorram, de modo a manter a capacidade do estabelecimento sob controle.

Já o *numerus clausus* progressivo visa uma adaptação gradual ao limite máximo de ocupação. Em vez de implementar o limite de forma imediata, progressivo estabelece metas e prazos para reduzir a superlotação ao longo do

⁷⁵ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

tempo. Este método permite que o sistema penal ajuste gradativamente a quantidade de presos, promovendo uma transição suave e planejada para um sistema de ocupação controlada, sem a imposição abrupta de limites que possam gerar dificuldades administrativas.

Cada uma dessas modalidades oferece uma forma distinta de aplicar o *numerus clausus*, permitindo que o sistema prisional adote o princípio de acordo com as necessidades e particularidades de cada contexto carcerário.

Embora já seja adotado em alguns países como medida de controle carcerário e de proteção aos direitos humanos, no Brasil ainda não possui implementação prática. Segundo Roig (2017), isso reflete uma resistência institucional em promover reformas que limitem o encarceramento em massa, uma característica marcante da justiça penal brasileira, que, com a falta de um controle efetivo de ocupação nas prisões, contribui para a perpetuação de um ciclo punitivo que prioriza o aprisionamento, em detrimento da dignidade e da ressocialização dos detentos.

Na atual conjuntura penitenciária, a adoção desse princípio ou sistema aparece como instrumento de recondução da execução penal a um status de conformidade constitucional, sempre que estiver caracterizada a imposição de encarceramento em condições contrárias ao senso de humanidade. Isso porque não se pode admitir que o interesse do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva ou executória justifique a ruptura de direitos fundamentais. E mais, é impensável que o Estado esconda sua ineficiência com o sacrifício dos direitos fundamentais (Roig, 2017, p. 113).

Valois (2021), por sua vez, enfatiza que o *numerus clausus* é um conceito central para enfrentar o estado de coisas inconstitucional declarado pelo STF, sendo uma solução prática para a superlotação, uma vez que estabelece um limite rígido para a entrada de novos presos em uma unidade quando sua capacidade máxima já foi atingida. “Na verdade, o STF, sem se referir ao *numerus clausus*, já utilizou critério defendido na França para evitar o encarceramento em condições ilegais quando o apenado está no regime semiaberto ou aberto em decisão com repercussão geral” (Valois, 2021, p. 35).

O Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que, caso um preso condenado ao regime semiaberto não encontre vaga disponível, outro seja liberado para que haja a admissão. Se o local estiver lotado, um dos presos em regime semiaberto deverá ser liberado para prisão domiciliar ou ter o resto da pena privativa

substituída por restritiva de direitos. Essa decisão evita situações injustas em que um preso recém-transferido aguardava em prisão domiciliar por vaga, enquanto outro, com mais tempo de cumprimento de pena, permanecia no regime semiaberto. Além disso, evitou-se que presos, já inseridos no convívio social com trabalho e família, fossem forçados a retornar ao sistema fechado (Valois, 2021).

Não obstante o mérito do acórdão, a primeira observação necessária, no caso, tem a ver com o fato de a decisão ter ignorado o regime fechado. Ora, presos do semiaberto e do aberto não podem ficar no fechado quando não houver vagas no regime adequado, mas o preso do regime fechado pode ficar no próprio regime fechado mesmo em situação de superlotação, ou seja, mesmo sem vaga no estabelecimento adequado? (Valois, 2021, p. 37).

No entanto, a decisão não definiu critérios rígidos para a escolha de qual preso deva ser liberado, deixando a cargo dos juízes de execução penal. Para ajudar nesse processo, sugeriu-se a criação de um cadastro nacional, que auxiliaria os juízes a identificar quais presos poderiam ser libertados com base no tempo de pena já cumprido (Valois, 2021).

Conforme defende Valois (2021), basta uma lista fornecida pela própria administração penitenciária, não havendo dificuldade em identificar o preso que está há mais tempo no regime semiaberto. “Com essa relação em mãos fica fácil saber, entre os que estão há mais tempo, os que têm mais ou menos tempo de pena a cumprir, para se efetivar a decisão do STF A questão, mais uma vez, é de vontade política, só que, agora, vontade política do juiz” (Valois, 2021, p. 39).

Essa decisão STF sobre o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro vai além de apenas declarar a inconstitucionalidade; estabelece diretrizes práticas para o Judiciário. Essa abordagem busca evitar as críticas de ativismo judicial, pois não implica interferência indevida nas funções do Executivo e do Legislativo. O ministro Teori Zavascki destacou que a intervenção judicial é legítima, pois o Judiciário, na ausência de uma resposta legislativa, não pode se eximir de resolver o problema, utilizando analogia, costumes e princípios gerais do Direito (Valois, 2021).

Segundo Zavascki, o problema é sistêmico; a superlotação prisional é tão grave e ilegal que o verdadeiro ativismo judicial seria manter presos em condições inconstitucionais, justificando a medida com o argumento de segurança pública, que é uma responsabilidade do Executivo. A decisão sublinha que a intervenção judicial

nesse caso visa restaurar a legalidade, não a impor arbitrariamente, e colocar o Judiciário como responsável por proteger os direitos fundamentais onde o sistema falha em garantir condições dignas de cumprimento de pena (Valois, 2021).

A sociedade reclama uma maior clareza nas decisões judiciais, denuncia alguns absurdos em julgados, mas esquece que o judiciário tem podido manter seres humanos em verdadeiros campos de concentração. A violação de direitos humanos básicos dessas pessoas encarceradas, sem qualquer oposição social, é o sinal positivo que o judiciário sente para tratar inúmeras outras normas e garantias fundamentais do ser humano com certa relatividade (Valois, 2021, p. 40).

O princípio do *numerus clausus*, conforme analisado por Roig (2017) e Valois (2021), surge como uma proposta urgente e necessária para a reforma do sistema prisional no Brasil. Ao colocar o limite de ocupação no centro da política prisional, o *numerus clausus* se apresenta como uma estratégia para humanizar o sistema penal e priorizar os direitos humanos, transformando a execução penal em um processo verdadeiramente orientado à reintegração e à justiça social.

Portanto, poderia atuar como uma diretriz fundamental para a execução penal no Brasil e trazer avanços significativos na proteção dos direitos humanos dos presos, ao mesmo tempo em que contribui para uma transformação crítica do sistema penal, reduzindo a dependência do encarceramento em massa.

4.4.3 Doutrina e precedentes jurisprudenciais

A compensação penal por penas ou prisões abusivas é amplamente sustentada pela doutrina moderna, que critica a forma tradicional de mensuração de penas e propõe uma abordagem mais qualitativa. Pablo Vacani (*apud* Roig, 2017) argumenta que a pena, entendida como uma contraprestação ao delito, deve considerar o impacto real do poder punitivo exercido, indo além da simples contagem cronológica do tempo de prisão. É necessário avaliar as condições materiais de encarceramento e mensurar o excesso punitivo, a fim de evitar dupla punição e tornar a pena compensável em casos de abuso. Para Roig (2017, p. 344) “[...] a compensação penal decorre fundamentalmente do excesso de punição que a privação de outros direitos, além da liberdade ambulatorial, proporciona na prática da execução penal”.

Ana Messuti (2003 *apud* Roig, 2017) complementa essa visão ao destacar que o tempo vivido no cárcere é qualitativamente distinto do tempo social, uma experiência única que combina espaço e tempo de forma a criar uma vivência profundamente transformadora e muitas vezes degradante. Já Máximo Lanusse Noguera (2013 *apud* Roig, 2017) critica a abordagem quantitativa e legalista da aplicação das penas, que instrumentaliza as pessoas, reduzindo-as a objetos mensuráveis para fins de cálculo punitivo. O autor ressalta que essa lógica desumaniza os indivíduos, transformando suas experiências existenciais em categorias abstratas e autorreferentes, em benefício de uma visão meramente discursiva do Direito Penal.

Zaffaroni (*apud* Roig, 2017) propõe uma abordagem qualitativa para a mensuração do tempo de prisão, levando em conta as formas de tratamento arbitrário sofrido pelas pessoas encarceradas. Ele classifica esse tratamento em três categorias: violência estrutural, que se refere às condições materiais desiguais nas prisões; violência ativa, caracterizada pelo uso de força física em práticas que regulam as demandas do encarceramento, incluindo tortura e outros abusos; e violência interna, que ocorre quando o controle é delegado a prisioneiros com poder sobre os demais, criando dinâmicas simbólicas de governabilidade.

Zaffaroni (*apud* Roig, 2017) argumenta que o poder punitivo não deve ser limitado apenas pelo tempo cronológico definido na sentença, mas também pela qualidade da execução penal. Se essa execução envolver tratamentos mais severos do que o previsto, a pena deve ser reduzida ou, em casos de intensa desproporcionalidade e dupla punição, até mesmo anulada. Ele ainda destaca que tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes praticados por agentes estatais, seja como castigo ou como meio de obtenção de provas, configuram penas e, como tal, devem ser compensadas com as penas legais já aplicadas ou em cumprimento.

Em parecer acostado na ADPF 347, Juarez Tavares (2015) enfatiza que a culpabilidade de um indivíduo deve ser determinada exclusivamente com base no desvalor do injusto, ou seja, na gravidade da lesão ao bem jurídico e no grau de autonomia de sua conduta. Assim, a punição não pode exceder a proporcionalidade da ação típica e ilícita cometida. No entanto, esse limite máximo de culpabilidade não é absoluto, pois fatores estruturais do sistema de justiça criminal e objetivos

preventivos que visam reduzir a severidade da punição também devem ser considerados no processo de sua determinação.

Nesse contexto, incorporar as condições concretas de cumprimento da pena à análise representa um confronto legítimo e empírico com as categorias tradicionais da doutrina. Para isso, podem ser adotadas duas abordagens ou estratégias teóricas, que, em essência, levam à mesma conclusão. “A primeira estratégia corresponde à apartação de dois conceitos de pena: uma ‘pena ficta’ – isto é, tal como cominada abstratamente ou traduzida em concreto pelo Poder Judiciário – e uma ‘pena real’” (Tavares, 2015, p. 41).

Tavares (2015) discute a discrepância entre a pena ficta, estabelecida abstratamente pelo Poder Legislativo, e a pena real, que reflete as condições concretas de cumprimento da pena no sistema prisional brasileiro. Embora a pena ficta represente um valor abstrato que deveria limitar-se à privação da liberdade, na prática, as condições degradantes das prisões – como superlotação, infraestrutura precária e ausência de recursos – amplificam o caráter aflitivo da punição. Assim, o discurso jurídico-penal, para ser legítimo, deve incorporar essa realidade empírica.

A pena nominal frequentemente subestima a intensidade real do sofrimento imposto ao condenado. Comparar, por exemplo, dez anos de prisão em um estabelecimento adequado com o mesmo período em condições degradantes evidencia essa disparidade. A pena real deve, portanto, considerar o impacto das condições locais, e seu valor deve ser proporcionalmente reduzido para equiparar a aflição ficta à vivida concretamente (Tavares, 2015).

Como exemplo, Tavares (2015) um precedente da Corte Suprema de Israel, que reduziu em um terço a pena de uma pessoa transgênero condenada por roubo, devido às condições excepcionais de isolamento enfrentadas no cárcere. Essa decisão ilustra a necessidade de redimensionar as penas para alinhar o discurso penal às condições reais de execução.

A partir da exposição dessas ponderações doutrinárias, Roig (2017, p. 348) que “[...] não apenas reforçam a necessidade de compensação penal, como refletem a tendência de definitiva abertura dogmática ao realismo jurídico-penal, entrelaçando categorias doutrinárias e dados da realidade”.

Roig também analisa a jurisprudência dos tribunais brasileiros e internacionais sobre o tema, observando que há uma tendência crescente de reconhecimento do direito à compensação em casos de prisão abusiva.

Na Austrália, a compensação penal tem sido aplicada em casos de condições severas de prisão, como demonstrado em decisões judiciais. No caso *R v Rose* (2004), a Corte de Apelação Criminal de New South Wales considerou que quatro meses em custódia protetiva, devido ao isolamento rigoroso, equivaleram a seis meses de prisão comum, seguindo precedente de *R v Patison* (2003). Outros exemplos incluem *Director of Public Prosecutions (Vic) v Faure*, que reconheceu o isolamento severo como fator mitigatório da pena, resultando em significativa redução da sentença, e *Tognolini v The Queen [n. 2]*, que compensou o preso pelo confinamento extremo de até 22 horas diárias sem contato com outros detentos. Na região de Victoria, regulamentos prisionais permitem reduzir de 4 a 14 dias da sentença por cada dia de isolamento imposto por circunstâncias além do controle do preso, como emergências ou greves (Roig, 2017).

Nos Estados Unidos, conforme explica Roig (2017), em 2009, com base na 8ª Emenda da Constituição, que proíbe penas cruéis, uma Corte Federal da Califórnia, nos casos *Coleman v. Brown* e *Plata v. Brown*, ordenou a redução da população carcerária em um terço (46.000 presos) devido à superlotação, que gerava condições insalubres e falta de assistência médica. Essa decisão foi confirmada pela Suprema Corte em 2011 e permanece influenciando políticas criminais no estado.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, ao julgar em 2011 o caso de um preso mantido em condições degradantes (151 dias em cela superlotada, sem divisória entre sanitário e leito), afirmou que a dignidade humana é um princípio inegociável, podendo justificar a interrupção da execução penal em situações desumanas. Em outro julgamento, no mesmo ano, o tribunal reafirmou essa posição, admitindo a possibilidade de compensação penal nesses casos (Roig, 2017).

Segundo o autor (2017), na Espanha, a compensação penal foi reconhecida na sentença n.º 57/2008 da Sala Segunda do Tribunal Supremo, que estabeleceu a doutrina do duplo cômputo penal. Baseando-se no direito fundamental à liberdade (art. 17.1 da Constituição) e na interpretação do antigo art. 58.1⁷⁶ do Código Penal, o tribunal determinou que o período de prisão preventiva poderia ser contabilizado tanto para o cumprimento da pena imposta no processo em que foi decretada a prisão cautelar quanto para outra condenação em execução simultânea. Isso porque

⁷⁶ "el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada"

presos em prisão preventiva não tinham acesso a benefícios da execução penal, como regime semiaberto, liberdade condicional e permissões, previstos na normativa espanhola.

Na sentença n.º 57/2008 o Tribunal Supremo da Espanha destacou que a prisão preventiva é uma medida cautelar destinada a garantir a presença do acusado para eventual cumprimento de pena, não devendo ser tratada como uma pena antecipada. O tribunal explicou que a prisão preventiva e a pena possuem finalidades distintas, mas podem coexistir sem prejuízo lógico, permitindo que a privação de liberdade sirva a ambas as funções (Roig, 2017).⁷⁷

Com base nessa lógica, o tribunal concluiu que o legislador, ao redigir o art. 58.1 do Código Penal, não excluiu explicitamente o duplo cômputo do tempo de prisão preventiva coincidente com o cumprimento de outra pena, presumivelmente porque não quis fazê-lo, favorecendo, assim, uma interpretação que ampliasse a efetividade dos direitos fundamentais (Roig, 2017).⁷⁸

De acordo com Roig (2017), o Tribunal Supremo da Espanha, na sentença n.º 397/2013, com base na de n.º 57/2008, que admitiu o duplo cômputo, voltou a permitir que a prisão cautelar sofrida por um indivíduo entre 2007 e 2008, sob a

⁷⁷ En efecto, dijimos entonces y hemos de reiterar ahora que la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, de forma que no es en modo alguno una especie de pena anticipada. Abundando en esta línea añadíamos que la distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal. Y concluíamos afirmando, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que: del hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar. Decisão disponível em: <http://tc.vlex.es/vid/2003-38660774> (Roig, 2017, p. 350).

⁷⁸ La situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites permite entender que, si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, (no hubo previsto] el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo. Decisão disponível em: <http://tc.vlex.es/vid/2003-38660774> (Roig, 2017, p. 351).

redação anterior do art. 58.1 do Código Penal, fosse contabilizada durante a execução da pena, mesmo coincidindo com o cumprimento de outra condenação. Assim, consolidou o princípio vicarial, reconhecendo a possibilidade de que uma medida cautelar privativa de liberdade também sirva para abater tempo de uma pena em curso.

Em relação a isso, Roig (2017, p. 351) concluiu:

Houve em ambos os precedentes espanhóis uma clara compensação penal (*in natura*) realizada pelo Tribunal Supremo. Se a coincidente situação de preso cautelar e de condenado impedia o acesso do indivíduo a determinados direitos na execução penal, em prejuízo do direito fundamental à liberdade (art. 17.1 da Constituição Espanhola), este deveria ser compensado com o duplo cômputo da prisão cautelar (no momento da execução penal desta prisão cautelar e na execução da outra reprimenda) (Roig, 217, p. 351).

Na Itália, o *Tribunale di Sorveglianza* de Veneza, na sentença n.º 427/2013, suspendeu a execução penal de presos submetidos a condições desumanas, como espaços menores que 3 m² por detento. O tribunal argumentou que penas desumanas violam a dignidade humana e, portanto, são ilegais, devendo ser suspensas ou adiadas. A Corte Europeia de Direitos Humanos reforçou essa posição no caso *Torreggiani e outros v. Itália* (2013), considerando ilegal a execução de penas que comprometam direitos fundamentais além do previsto (Roig, 2017).

Em resposta, conforme explica Roig (2017), a Itália reformou seu sistema prisional com os Decretos-Leis *Svuota carceri* e, pelo Decreto-Lei n.º 92/2014 (convertido na Lei n.º 117/2014), introduziu o Artigo 35-ter, que garante redução de pena proporcional (1 dia a menos a cada 10 dias de condições degradantes por mais de 15 dias) ou indenização em dinheiro (€8 por dia) para presos expostos a tratamento contrário à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Roig (2017, p. 353) menciona também um precedente da compensação penal da Suprema Corte de Israel, de 2013:

[...] diminuiu em 1/3 (de 15 para 10 meses) a pena de prisão pelo delito de roubo imposta a uma transexual, obrigada a permanecer em regime de isolamento como forma de proteção diante de ameaças proferidas por outros prisioneiros. A Suprema Corte israelense entendeu, enfim, que as condições impostas à transexual eram especialmente severas a ponto de justificarem o abrandamento da pena em sede de execução penal.

No Canadá, o tempo cumprido em custódia antes da sentença penal não é considerado para benefícios como o livramento condicional, o que pode prolongar o encarceramento de réus que tiveram a fiança negada. Para mitigar essa situação, o art. 719(3) do Código Penal Canadense permite que esse período seja descontado na pena, limitando o crédito a um dia por cada dia de custódia. Em casos excepcionais, conforme o art. 719(3.1), o desconto pode chegar a 1,5 dias por dia de custódia, exceto se a detenção resultou de violações de fiança ou infrações graves (Roig, 2015).

A Suprema Corte do Canadá, no caso *R. v. Summers* (2014), destacou que um dia de desconto por dia de custódia é insuficiente para compensar as condições mais severas dos centros de detenção locais e a exclusão de benefícios como o livramento condicional. Assim, reconheceu a necessidade de uma detração compensatória ampliada (1,5 dias) para refletir tanto o impacto quantitativo quanto qualitativo da custódia pré-sentença (Roig, 2017).

Por fim, Roig (2017) analisa julgados da Argentina que reconheceram o impacto de encarceramentos indevidos ou condições degradantes na execução penal, com medidas compensatórias para mitigar os danos causados aos condenados.

No caso *Beisaga*, de 2011, o Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires admitiu a unificação dos tempos de prisão de penas distintas, incluindo uma já cumprida arbitrariamente, para evitar sofrimento duplicado. De forma semelhante, no caso *Saldías*, 2013, foi descontado da pena atual o período de prisão excedente em processo anterior, evitando dupla punição e reforçando o princípio *pro homine*, em consonância com tratados internacionais de direitos humanos (Roig, 2017).

No caso *Carbonell*, 2011, o Tribunal determinou que o tempo de prisão cautelar em processos com absolvição deveria ser somado à pena atual, reconhecendo o sofrimento injusto e o dever de reparação estatal. Já no caso de *Brian Oscar Nuñez*, 2015, o Tribunal reduziu sua pena e afastou a reincidência ao considerar torturas sofridas em condenação anterior. Dias depois, foi concedida sua liberdade condicional com base nesse histórico de violações de direitos humanos (Roig, 2017).

O ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de forma indireta, admite a reparação de danos sofridos pelo indivíduo em decorrência de erros do sistema penal, especialmente quando há violação de direitos fundamentais.

No julgamento do HC 3.109-1/RJ (1995), o STJ considerou que restrições severas à liberdade impostas ao réu antes da condenação, como obrigação de permanência na comarca e comparecimento periódico ao juízo, devem ser compensadas por detração penal. A 6ª Turma, liderada pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, ampliou o conceito de erro judiciário para incluir não apenas prisões ilegais, mas também constrições desproporcionais, entendendo que a reparação deve envolver o relaxamento da prisão ilegal e a compensação do tempo de privação com a pena (Roig, 2017).

Outro precedente abordado por Roig (2017) é do julgamento do RE 580.252/MS, em que o STF reconheceu a possibilidade de indenizar presos por danos morais decorrentes de condições degradantes em estabelecimentos penais. O Ministro Luís Roberto Barroso propôs, como alternativa ao pagamento em dinheiro, a compensação por meio da remição de dias de pena, com base no art. 126 da LEP. Quando a remição não for aplicável, como em casos de presos já libertados ou absolvidos, a indenização pecuniária seria cabível. Essa proposta busca equilibrar a reparação do dano e o uso eficiente de recursos estatais, priorizando melhorias no sistema prisional.

No fundamento do mencionado voto, ministro destacou que a remição da pena serve como reparação das violações à dignidade de presos submetidos a condições desumanas, como superlotação e insalubridade. Argumentou que o tempo de pena vivido nessas condições é agravado, justificando a redução proporcional da pena como forma de compensar os danos existenciais sofridos. Propôs, como tese de repercussão geral, que o Estado é responsável pelos danos causados aos presos devido a essas violações, devendo repará-los preferencialmente por meio da remição de pena – 1 dia para cada 3 a 7 dias cumpridos em condições degradantes. Caso a remição não seja viável, o ressarcimento deve ser em dinheiro, decidido pelo juízo cível competente (Roig, 2017).

O STF e o STJ têm desempenhado um papel crucial na construção dessa tese, ao reconhecerem, em situações concretas, o direito à compensação por prejuízos advindos de prisões ilegais, execuções penais mal conduzidas ou aplicação equivocada de penas. “Como se pode concluir dos julgados elencados, a solução reparatória pela via penal não é mero arremedo, mas uma tendência mundial que merece o devido aprofundamento jurídico” (Roig, 2017, p. 358).

Mesmo sem uma norma expressa que regulamente a compensação penal, a jurisprudência tem se apoiado em princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e a proibição de excesso, para justificar decisões nesse sentido.

4.4.4 Aplicação práticas

Após estabelecer os fundamentos teóricos e normativos do instituto, o autor explora as diversas formas como essa compensação pode ser implementada na prática, dividindo sua análise entre o processo de conhecimento, a execução penal e as medidas de segurança.

No âmbito do processo de conhecimento, a compensação pode ocorrer pela renúncia à aplicação ou execução da pena. Em situações de arbitrariedade, superlotação ou condições desumanas e degradantes de prisão, o Estado pode renunciar à aplicação da pena ou à execução penal. Isso porque, “[...] se punibilidade é a possibilidade jurídica de se impor uma punição a alguém, e se prisões ou penas pautadas por atos arbitrários, superlotação ou condições desumanas ou degradantes são de fato ilegais ou antijurídicas, comprometidas estão as pretensões estatais punitiva e executória” (Roig, 2017a, p. 358).

Segundo Roig (2017), garantir condições dignas durante a privação de liberdade é uma condição objetiva de punibilidade, e sua violação compromete a legitimidade das pretensões punitiva e executória estatais.

Para isso, uma solução viável é a ampliação interpretativa do perdão judicial (art. 107, IX, CP).⁷⁹ Sendo “[...] um instituto *favor rei*, é de se supor que sua interpretação, aplicação e extensão sejam as mais amplas possíveis, permitindo a correção político-criminal da desproporcionalidade causada pelo encarceramento ilegal ou abusivo” (Roig, 2017a, p. 358), o que possibilita ao juiz extinguir a punibilidade quando o contexto carcerário exorbitante, de superlotação, atos arbitrários e condições degradantes, já produziu consequências suficientemente graves para o acusado.

⁷⁹ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Outra medida apresentada é a atenuação da pena pela consideração de circunstâncias relevantes posteriores ao crime (art. 66, CP).⁸⁰ Embora não expressamente previstas em lei, pode-se aduzir que o encarceramento abusivo caracteriza uma circunstância atenuante, visto que “[...] todo sofrimento ilegítimo de prisão antes de uma sentença não é apenas computável, mas também compensável no exercício da função judicial de individualização ou quantificação da pena” (Zaffaroni, 2002, *apud* Roig, 2017a, p. 359, tradução nossa).⁸¹

Roig (2017) enfatiza que situações como violência física ou moral, superlotação, demora excessiva no processo ou condições degradantes de encarceramento podem ser interpretadas como “atenuantes jurídico-constitucionais”. O magistrado, nesse caso, possui ampla margem para reduzir a pena, sem limitações de *quantum*, considerando a gravidade das violações e os impactos sofridos pelo acusado. Decerto, não é suficiente “[...] o relaxamento da prisão do acusado para reparar o dano causado por uma detenção irregular e dessocializante. A diminuição de eventual pena serve como elemento efetivamente compensatório da violação ao direito fundamental da liberdade” (Roig, 2017a, p. 360).

O autor também discute o uso do instituto da detração penal, pelo qual o tempo de prisão provisória é descontado da pena final, com base no artigo 387, §2º, do CPP.⁸² Em analogia, o magistrado poderia aplicar uma espécie de progressão de regime cautelar, antecipando o cumprimento de pena em regime mais brando em razão das condições abusivas enfrentadas durante o período de prisão provisória (Roig, 2017).

Dentro dessa possibilidade, completa Roig (2017a, p. 361):

Na mesma linha redutora de danos, no momento da sentença, o Juízo de conhecimento poderá determinar cautelarmente a liberdade do sentenciado que já tiver alcançado o lapso temporal necessário ao livramento condicional ou indulto, ou mesmo conceder este último, valendo-se da competência autorizada pelos recentes Decretos Presidenciais de Indulto (Ex.: art. 11, § 6º, do Decreto 8.615/2015: “Fica facultada ao juiz do processo de conhecimento a declaração do indulto contemplado neste

⁸⁰ Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

⁸¹ “todo sufrimiento ilegítimo de prisión antes de una sentencia no sólo es computable sino también compensable en el ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena” (Zaffaroni, 2002, *apud* Roig, 2017a, p. 359).

⁸² Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Decreto, na hipótese de pessoas condenadas primárias, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público”).

Ainda no curso do processo de conhecimento, mas após a condenação, a omissão do Estado em garantir o exercício dos direitos à progressão de regime ou ao livramento condicional, mesmo quando os prazos para sua concessão já tenham sido cumpridos, configuram violação ao direito fundamental à liberdade. Nessa hipótese, segundo Roig (2017, p. 361) “[...] não seria suficiente, para reparar o dano ao direito fundamental de liberdade, a tardia colocação do apenado em liberdade ou em regime de cumprimento de pena menos rigoroso. Somente a redução compensatória da pena em sede recursal serviria como elemento reparador da violação perpetrada”.

Adicionalmente, Roig (2017) destaca que, em sede recursal, quando há revisão da sentença condenatória ou expressiva redução da pena, configurando um período excessivo de encarceramento, o tribunal pode conceder compensações equivalentes ou superiores ao tempo indevidamente cumprido. A lógica dessa compensação, segundo ele, é garantir que o excesso de privação de liberdade seja devidamente reparado por meio de mecanismos que beneficiem o condenado.

Uma última possibilidade de aplicação da compensação penal no processo de conhecimento é na revisão criminal:

Idêntico raciocínio vale também nos casos de procedência de revisão criminal, cuja ocorrência demonstra o desacerto da decisão condenatória ou de sua dosimetria, e por isso deve ensejar a correspondente compensação penal, sempre que ainda viável (ex.: redução penal em processos criminais subsequentes) (Roig, 2017a, p. 362).

Embora a gravidade do delito permaneça inalterada ao longo do tempo, as condições qualitativas da execução da pena podem degradar-se a ponto de torná-la desproporcional e irracional. Para evitar esse desvio, diversas formas de compensação penal podem ser aplicadas durante a execução da pena (Roig, 2017a).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Zaffaroni:

Dessa forma, ao não aumentar desnecessariamente o ingresso de pessoas nas prisões e, paralelamente, reduzir proporcionalmente as penas dos já encarcerados, seria provocada uma gradual redução da população carcerária, até que, pela simples atuação dos juízes, esta alcançasse um número tolerável em relação à capacidade de cada estabelecimento.

A solução, conforme a dogmática jurídico-penal da pena assim entendida e convertida em jurisprudência, não eliminaria a ilicitude de todas as penas de forma instantânea. No entanto, de maneira dinâmica, possibilitaria uma redução progressiva das penas ilícitas permitidas e uma menor ilicitude das penas autorizadas, até que a continuidade jurisprudencial levasse à eliminação do restante da ilicitude das penas autorizadas (Zaffaroni, 2020, p. 32, tradução nossa).⁸³

Para o autor argentino, a definição do tempo de prisão evoluiu para considerar o impacto do tratamento carcerário em cada experiência punitiva, demonstrando que a pena vai além da simples privação de liberdade, afetando outros direitos ao longo do tempo. Assim, o tempo de prisão é uma noção mais ampla que o tempo cronológico, e o limite ao poder punitivo deve ser analisado não apenas na sentença, mas também na qualidade de sua execução. A pena, portanto, quando “[...] se traduz em um castigo mais gravoso, deve ser objeto de redução compensatória e até mesmo de cancelamento punitivo, em casos de intensa desproporcionalidade e dupla punição” (Zaffaroni, 2013, p. 5, tradução nossa).⁸⁴

Com base nisso, Roig (2017a) destaca diversas medidas compensatórias no processo de execução penal. Entre elas, a concessão de graça (art. 107, II, CP e art. 188 a 192, LEP), motivada pela “[...] alteração qualitativa substancial da pena ao longo de sua execução, com a consequente produção de desproporcionalidade, irracionalidade e sofrimento à pessoa presa” (Roig, 2017a, p. 362) ou a concessão do indulto em situações de desproporcionalidade na execução da pena.

Sobre os mencionados institutos, Penna (2021, p. 228) afirma que, “[...] tendo em vista o estágio em que o sistema brasileiro se encontra, podem parecer utópicos”, no entanto, tem sido adotados em outros países como “[...] mecanismo de redução da superlotação carcerária e suas consequências”.

⁸³ De este modo, al no incrementar innecesariamente el ingreso de personas a las prisiones y, paralelamente, reducir proporcionalmente las penas de los ya presos, se iría provocando una paulatina reducción de la población penal, hasta lograr, por la mera acción de los jueces, que ésta alcance una aproximación tolerable en relación a la capacidad de cada establecimiento. La solución conforme a la dogmática jurídico penal de la pena así entendida, convertida en jurisprudencia, no eliminaría la ilicitud de todas las penas instantáneamente, sino que -dinámicamente- daría lugar a una reducción de las penas ilícitas habilitadas y a una menor ilicitud de las habilitadas, hasta que la continuidad jurisprudencial llevaría a la eliminación del resto de ilicitud de las habilitadas (ZAFFARONI, 2020, p. 32).

⁸⁴ Por ende, no es sólo en este tiempo que se debe fijar un límite al poder punitivo a través de su mensuración en la sentencia, sino que, cualitativamente, en su ejecución, al traducirse en un castigo más gravoso, debe ser objeto de reducción compensatoria, e incluso, de cancelación punitiva, ante supuestos de intensa desproporcionalidad y doble punición (Zaffaroni, 2013, p. 5).

Um dos mecanismos com o potencial de grande impacto sobre o sistema penitenciário é o indulto, “manifestação do chamado ‘direito de graça’, mediante o qual se admite a intervenção do Soberano ou, em qualquer caso, do Poder Executivo na esfera do *jus puniendi* (Penna, 2021, p. 227).

O indulto em medida de segurança busca aliviar os efeitos de longas internações, permitindo sua concessão independentemente da cessação de periculosidade. Aplicável a indivíduos que, até a data limite estabelecida em decreto presidencial, suportaram internação ou tratamento por período igual ou superior à pena máxima prevista para o delito ou ao restante da condenação, este indulto visa evitar internações indefinidas, especialmente em casos de delitos menores, reconhecendo o excesso de privação de liberdade como algo a ser reparado (Roig, 2017a).

Adicionalmente, o Decreto 8.615/2015 previu indulto para condenados em regime aberto, penas restritivas de direitos ou suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2015, um sexto da pena (se primários) ou um quinto (se reincidentes) em prisão provisória, equiparada ao regime fechado. Este indulto compensa o tempo desproporcional de prisão provisória enfrentado por indivíduos cuja condenação final resultou em penas menos severas (Roig, 2017a).

Já no decreto mais recente (2023), essa fração foi reduzida para “[...] um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço da pena, se reincidentes” (art. 2º, XIII, do Decreto 11.846/2023).⁸⁵

Conforme já abordado em tópico anterior (4.4.1 Remissão), o indulto pode ser concedido a pessoas condenadas à prisão que tenham sido vítimas de tortura por agentes públicos durante o cumprimento da pena, conforme o Decreto 8.940/2016. Esse mecanismo é uma forma de compensar a ilegalidade e o caráter desumano da prisão nesses casos, pois a tortura viola direitos fundamentais, tornando a manutenção da pena injustificável do ponto de vista lógico, ético e jurídico (Roig, 2017a).

Explica o autor que, caso o indulto não seja aplicado como mecanismo compensatório, é recomendável, para ajustar a pena ao impacto individual da

⁸⁵ Art. 2º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e migrantes: XIII - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do disposto no art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, ou beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2023, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço da pena, se reincidentes.

privação de liberdade e reduzir proporcionalmente a pena em resposta às ilegalidades sofridas, utilizando analogia *in bonam partem*, a adoção de medidas que atuam como uma redução compensatória “[...] (seja por meio da ‘detratação compensatória’ de prisões cautelares ilegais, da ‘remição compensatória’, nos moldes da remição ficta, ou mesmo da ‘comutação compensatória’, a livre critério da Presidência da República)” (Roig, 2017a, p. 364).

Conforme assevera Penna (2021), a decisão⁸⁶ da CIDH que determinou o cômputo em dobro do tempo de cumprimento de pena em determinados estabelecimentos prisionais, como no Complexo Penitenciário de Curado, equivale a uma redução compensatória pelas condições degradantes. Essa decisão é considerada pela autora como a mais relevante medida da Corte em relação ao sistema prisional brasileiro.

Através da redução compensatória, reduz-se o tempo de permanência no cárcere, como uma providência capaz de diminuir – ao menos em duração – as lesões aos direitos humanos dos presos; um método não-pecuniário de reparar os danos que um cárcere superlotado gera e, como possível consequência, pela antecipação da liberdade de presos, diminuir a lotação prisional e prevenir que outros venham a sofrer as mesmas violações (Penna, 2021, p. 364).

Nesses casos, o Estado deve reparar o réu por privação indevida de liberdade, que fere sua dignidade ao instrumentalizá-lo para fins ilegítimos. A Constituição assegura a indenização por erro judiciário e pela prisão além do prazo estabelecido (art. 5º, LXXV),⁸⁷ devendo esse conceito incluir qualquer restrição injustificada à liberdade (Roig, 2017a).

Assim, Roig (2017a) entende que o tempo de prisão provisória deve ser computado na pena de outro processo, mesmo que não haja conexão entre eles,

⁸⁶ 132. Por conseguinte, a Corte entende que a redução do tempo de prisão compensatória da execução antijurídica, conforme o cômputo antes mencionado, para a população penal do Complexo de Curado em geral, no caso de acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, deverá se sujeitar, em cada caso, a um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, se isso não é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se se deve abreviar em medida inferior a 50%. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 28 de novembro de 2018: medidas provisórias a respeito do Brasil: assunto do complexo penitenciário de curado. [Brasília]: CNJ, 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf).

⁸⁷ LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

conforme interpretação ampliativa e *pro homine* do instituto da detração (art. 42, CP).⁸⁸ Restrições arbitrárias ao tempo de vida de alguém posteriormente absolvido violam os princípios da boa-fé, humanidade das penas e ética estatal, sendo inaceitável o benefício do Estado à custa de tal subtração existencial.

Conforme se expressa:

não é lógico vedar a detração a uma pessoa presa e posteriormente absolvida (ou com extinção da sua punibilidade), se a mesma, caso condenada, certamente teria este período computado. A primeira hipótese trata da imposição de pena em sentido material, que deve sofrer o mesmo tratamento dispensado à pena em sentido formal. Solução contrária poderia conduzir à teratológica situação de uma absolvição ser prejudicial ao acusado (Roig, 2017a, p. 367).

Se o acusado enfrentar novo processo, deve-se aplicar a detração compensatória, mesmo que a interpretação dominante permita apenas sua aplicação quando o crime em questão for anterior ao período pleiteado, para evitar a criação de um "crédito" penal. Caso a detração compensatória não seja aceita, o juiz da execução pode unificar os períodos de encarceramento para calcular uma pena total (art. 66, III, a, LEP),⁸⁹ seguindo práticas semelhantes às do Código de Processo Penal italiano.

Alternativamente, o juiz pode aplicar a atenuante genérica, já mencionada, para compensar períodos de encarceramento indevido anteriores ao crime, mesmo que não previstos expressamente em lei. O desconto na nova pena deve ser proporcional ao tempo de prisão anterior ou, na ausência de privação de liberdade, ao impacto sofrido pelo acusado durante o processo criminal (Roig, 2017a).

Roig (2017^a) sugere ainda que, caso o indulto ou a detração compensatória não sejam aplicados, a suspensão do encarceramento pode ser uma alternativa reparatória, considerando que o cumprimento de pena em condições abusivas é ilegal. Nesse caso, o tempo de liberdade obtido deve ser contado como cumprimento de pena. Outras medidas incluem antecipar a progressão de regime, conceder prisão domiciliar ou livramento condicional, ajustando a pena às condições qualitativas do aprisionamento e ao princípio da proporcionalidade.

⁸⁸ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

⁸⁹ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: III - decidir sobre: a) soma ou unificação de penas;

Essa forma de redução compensatória da pena, conforme ressalta Penna (2021, p. 302), “[...] não gera apenas a libertação antecipada; mas também a medida agiliza a progressão de regime, assim como a liberdade provisória, de modo que, progressivamente a situação tenderá a se corrigir”.

No regime fechado, a compensação pode incluir progressão antecipada, redução da pena ou prisão domiciliar. Isso se dá em razão de que, para concessão dos direitos da execução penal, os prazos legais traduzem “[...] o máximo (não o mínimo) de tempo linear habilitante do poder executório estatal, sendo que o juiz da execução deve antecipar a concessão dos direitos tanto quanto for necessário”, conseguindo ajustar a quantidade de pena “[...] às condições qualitativas de aprisionamento e ao princípio da proporcionalidade” (Roig, 2017a, p.368).

Se houver demora judicial na progressão de regime, o tempo de espera deve ser compensado, antecipando a progressão seguinte proporcionalmente ou em maior medida, especialmente no caso de regimes mais severos, como o fechado. Essa abordagem busca mitigar os danos causados pelo excesso de punição, respeitando os direitos do condenado e corrigindo injustiças no processo de execução penal.

Nesse caso, o reconhecimento tardio do direito, como a "progressão por salto", não é uma compensação, mas apenas o cumprimento atrasado de uma obrigação estatal. A compensação adequada deve incluir medidas como redução compensatória da pena, antecipação do livramento condicional ou outras ações que efetivamente reparem o dano causado pela mora.

No semiaberto, a lógica é similar, com possibilidade de progressão ao aberto ou livramento condicional antecipado. Da mesma forma, “[...] no curso do regime aberto, a compensação penal pode se dar com a ‘redução compensatória’ da pena ou eventual antecipação do livramento condicional (‘livramento condicional compensatório’), se mais favorável ao condenado” (Roig, 2017a, p.370).

Para egressos em livramento condicional que sofram abusos ou negligência estatal, as medidas podem incluir redução compensatória da pena, desconto no período de prova ou até a extinção imediata da pena. Essas soluções buscam reparar os danos de forma proporcional, indo além do simples reconhecimento de direitos tardios.

Sobre a eventualidade de prática de novo crime durante o livramento condicional, Roig (2017a, p. 371) explica que:

[...] poderia a compensação penal incidir sobre o período de prova, considerando que o condenado, durante certo tempo, efetivamente cumpriu as condições estipuladas pelo Juízo, vinculando seu projeto existencial às exigências do Estado. O eventual descumprimento posterior do livramento condicional não deve, por isso, tornar sem efeito e desnaturar o esforço e tempo existenciais anteriormente despendidos com o regular adimplemento de suas condições. Importante recordar que o livramento, embora não seja regime de cumprimento de pena, é também etapa da execução penal, tanto é que a expiração do período de prova não suspenso conduz à extinção da pena privativa de liberdade. Com estas premissas, nas hipóteses de revogação do livramento condicional, seria plausível a detração compensatória de seu período de prova, seguindo-se o mesmo raciocínio traçado, por exemplo, no art. 657-bis do Código de Processo Penal italiano (inserido pela Lei n. 67, de 28.04.2014), em que, para fins de detração, três dias de prova da suspensão condicional da pena – que tenha sido revogada – são equiparados a 1 dia de prisão ou arresto domiciliar.

A "remição ficta" ou "automática" é discutida como forma de compensação penal em situações em que o preso é impedido de trabalhar ou estudar devido à ineficiência do Estado. Embora a remição seja garantida em casos de impedimento por acidente (art. 126, §4º, da LEP),⁹⁰ há controvérsia sobre sua aplicação quando o Estado falha em fornecer condições para atividades laborativas ou educacionais (Roig 2017a).

Sobre o tema, Valois afirma que nenhum direito é meramente fictício. O trabalho do preso e a correspondente remição constituem direitos materiais, vinculados à sanção imposta pelo Estado de acordo com a lei. Embora o Judiciário não tenha plena capacidade de garantir que todos os presos tenham acesso ao trabalho, devido à separação dos poderes e às limitações legislativas, é possível assegurar a concessão da remição como alternativa viável. Conclui, assim, que “Ficta ou não, deveria ser concedida” (Valois, 2012, p. 152).

Roig (2017a) defende que o preso não pode ser penalizado pela ausência de oferta estatal e, portanto, tem direito à remição ficta, evitando desigualdade causada pela falta de condições materiais ou desídia administrativa. Negar essa compensação implica dupla punição: “[...] a impossibilidade de exercer os direitos constitucionais ao trabalho ou estudo e a inviabilidade de valer-se da remição e, com isso, reduzir os danos causados pelo maior período de encarceramento” (Roig, 2017a, p. 372).

⁹⁰ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição

Dada a relevância do trabalho e da educação como direitos fundamentais, a remição ficta é considerada legítima para mitigar os danos do encarceramento prolongado por falhas estatais, assim como ocorre em casos de prisão domiciliar devido à falta de estabelecimentos penais adequados:

Ademais, se o preso tem direito – como efetivamente tem – à prisão domiciliar pela inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime aberto ou semiaberto, não há razão para que deixe de ter direito à remição pela não disponibilização de trabalho ou estudo pela Administração. É incoerente a imposição de tratamentos diversos, se ambos os casos tratam do mesmo fenômeno: inadimplemento de deveres estatais por desídia ou falta de condições materiais (Roig, 2017a, p. 372).

Nesse sentido, a justificativa de insuficiência de recursos ou “reserva do possível” não pode ser usada para negar direitos fundamentais aos presos, como trabalho e educação. As Regras Penitenciárias Europeias reforçam que a violação de direitos humanos em condições de detenção não pode ser justificada pela falta de recursos (Roig 2017a).

Dois argumentos principais são apresentados por Roig (2017a) para sustentar remição ficta: primeiro, o art. 126, §4º, da LEP, que garante remição ao preso impedido de trabalhar ou estudar por acidente, deve ser interpretado de forma ampliativa, incluindo situações de ineficiência estatal. Tanto o acidente quanto a falta de vagas decorrem de fatores alheios à responsabilidade do preso, não podendo prejudicá-lo. Segundo, o entendimento do STF no julgamento do RE 580.252/MS, que admitiu a compensação de pena por condições degradantes, por analogia ao art. 126 da LEP, também justifica a remição ficta quando o Estado não cumpre seu dever de oferecer trabalho ou educação aos presos.

Nas medidas de segurança, o autor aponta a necessidade de compensação para pessoas com transtornos mentais que tenham sido internadas em instituições asilares ou de caráter penal, em desacordo com os paradigmas antimanicomiais da Lei 10.216/2001. A desinternação imediata, acompanhada da extinção da medida de segurança e da reparação pecuniária, figura como uma das possibilidades compensatórias.

Roig (2017a) também aborda os desafios da mensuração da compensação penal, sugerindo a utilização de parâmetros mínimos, como a remição de um dia de pena para cada três a sete dias de encarceramento em condições degradantes, e defende a aplicação analógica de dispositivos legais, como o art. 42 do Código de

Defesa do Consumidor, que prevê a repetição de indébito em dobro. Essas propostas visam garantir que a compensação seja proporcional às violações sofridas, considerando tanto o tempo de privação quanto a intensidade do dano.

O autor conclui que a compensação penal por penas ou prisões abusivas é mais do que um direito: é um princípio essencial para a preservação da dignidade humana e a reparação de danos causados pela violação do *status libertatis*. Trata-se de um instrumento jurídico poderoso e necessário para ajustar a aplicação das penas às realidades do sistema prisional, promover a justiça social e consolidar os valores democráticos do Estado de Direito.

O Judiciário deve adotar uma postura ativa e humanitária ao lidar com situações de abusos no sistema carcerário, utilizando os instrumentos legais disponíveis para promover a justiça e a reparação. A compensação penal, ao ajustar a dimensão aritmética da pena às condições qualitativas do encarceramento, não apenas assegura a dignidade do indivíduo afetado, mas também fortalece a legitimidade do sistema de justiça penal, ao demonstrar um compromisso efetivo com os valores constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação abordou a qualidade da pena e as condições da execução penal no Brasil, com foco na análise das violações aos direitos humanos no sistema prisional e na possibilidade da compensação penal como medida reparadora e responsabilizadora. A pesquisa revelou que, embora o Brasil possua um arcabouço jurídico robusto, como a Lei de Execução Penal e princípios constitucionais voltados à dignidade da pessoa humana, as condições reais de encarceramento distanciam-se significativamente dos padrões legais e humanitários esperados.

O estudo destacou as graves violações que caracterizam o sistema prisional brasileiro, incluindo superlotação, condições insalubres, falta de assistência médica e violência institucionalizada. Essas violações não apenas comprometem a dignidade e os direitos fundamentais dos detentos, mas também invalidam a eficácia do sistema penal como instrumento de ressocialização e justiça social.

A análise revelou que a aplicação das penas no Brasil frequentemente transcende os limites legais, assumindo um caráter punitivista e desumanizador. Mesmo que a Lei de Execução Penal fosse plenamente implementada, as falhas estruturais e a seletividade do sistema penal inviabilizariam o cumprimento de sua função ressocializadora. Nesse sentido, a compensação penal emergiu como um caminho promissor para mitigar os danos causados pelas condições inconstitucionais de cumprimento de pena e, ao mesmo tempo, responsabilizar o Estado por sua omissão na garantia de direitos fundamentais.

Segundo a Constituição Federal brasileira e normas internacionais, o Estado tem o dever de garantir a proteção dos direitos humanos, mesmo na aplicação de penas e prisões. Dessa forma, o Estado é responsável pelos danos causados aos indivíduos quando ultrapassa os limites de sua autoridade punitiva.

A compensação penal deve ser efetiva e o Estado deve tomar medidas concretas para garantir que a vítima seja plenamente ressarcida. No entanto, as dificuldades burocráticas e o descaso do sistema judicial brasileiro em relação a esses casos enfatizam a necessidade de um sistema mais célere e eficaz para o processamento de indenizações.

Em casos de abuso, o Estado deve ser responsabilizado e providenciar uma compensação justa às vítimas. Essa pode incluir indenização financeira, mas

também outras medidas reparatórias, como a reabilitação moral e social da pessoa prejudicada. O direito à compensação é uma maneira de reconhecer o erro cometido pelo sistema e de buscar justiça para aqueles que foram prejudicados, promovendo uma visão de justiça que valoriza a dignidade e os direitos humanos acima da simples punição.

Os desafios relacionados à implementação de um modelo efetivo de compensação penal são inegáveis, envolvendo mudanças estruturais no modelo de execução penal, a adoção de um sistema acusatório pleno e a superação de resistências institucionais. Contudo, a pesquisa conclui que a compensação penal pode funcionar como ferramenta não apenas de reparação, mas também de transformação do sistema penal brasileiro, ao promover uma reflexão crítica sobre as funções da pena e ao incentivar o Estado a adotar práticas mais humanizadas e respeitadas à dignidade humana.

Este trabalho também reforça a necessidade de repensar o papel do sistema prisional, com foco na adoção de medidas alternativas ao encarceramento que, além de respeitarem os direitos humanos, sejam mais eficazes na prevenção da reincidência e na promoção da justiça social. Por fim, reconhece-se que a construção de um sistema penal verdadeiramente justo e democrático exige não apenas mudanças legais e institucionais, mas também um esforço coletivo para transformar a mentalidade punitivista que ainda prevalece na sociedade brasileira.

Assim, espera-se que esta pesquisa contribua para o debate acadêmico e para o desenvolvimento de políticas públicas que promovam a humanização do sistema penal e a efetivação dos direitos humanos no Brasil. A compensação penal, ao lado de reformas estruturais no sistema de justiça e na execução penal, pode representar um passo importante rumo a um modelo mais justo, igualitário e alinhado aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Tradução de Davi Pessoa. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://doceru.com/doc/x5v1xs8>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ALEIXO, Klelia Canabrava. Política Criminal Sacrificial e Direitos Humanos. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*. v. 24, n. 48, p. 158-185. 2021.

ALEIXO, Klelia Canabrava; ALEIXO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DA FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2021.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revanm, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1, 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 41 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: CNJ. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 11.846, de 22 de dezembro de 2023**. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11846.htm. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007.** Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** atualização junho 2020. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: janeiro a junho 2020.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 set. 2015. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio, 04 out. 2023. Brasília: STF, 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. (Plenário). **Acórdão n. 1542/2019.** Relatora: Ministra Ana Arraes, 3, jul. 2019. Brasília: TCU, 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1542%252F2019/%2520%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 24 nov. 2024.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo. Criminologia, Garantismo e Teoria Crítica dos Direitos Humanos: ensaio sobre o exercício dos poderes punitivos. In: Martínez, Alejandro Rosillo *et al.* **Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

CARVALHO, Salo. Garantismo e Teoria Crítica dos Direitos Humanos: aportes iniciais. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 1, n. 7, jan./dez. 2009.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 28 de novembro de 2018**. Medidas provisórias a respeito do Brasil: assunto do Complexo Penitenciário de Curado. San José, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 24 nov. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento das prisões. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de. **Cárcere sem fábrica**: escritos em homenagem a Massimo Pavarini. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Clália Aparecida Martins *et al.* Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *In: Discursos Sediosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan./jun. 1996.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOURENÇO, Cristina S. Alves. Os postulados do liberalismo e a crise do poder de punir do estado. *In: III Encontro de internacionalização do CONPEDI*. Madri, v. 1, n. 10, 2015.

MATA, Leandro Ferreira da. O impacto gerado pelo crime organizado em face à violação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes no Brasil. *In: Jus.com.br*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/75103/o-impacto-gerado-pelo-crime-organizado-em-face-a-violacao-dos-direitos-fundamentais-das-criancas-e-adolescentes-no-brasil>. Acesso em: 24 nov. 2024.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica - As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. Notas sobre a ressocialização penal. *In: Gramsci e o Brasil*. Pernambuco: 2009. Disponível em: <https://www.gramsci.org/?page=visualizar&id=1104>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos [1948]**. Brasília: UNICEF Brasil, 2024. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 23 jul. 2023.

PENNA, Flávia Chaves Nascimento Brandão. **O espaço mínimo pessoal como critério objetivo caracterizador de tratamento degradante e a aplicação da redução compensatória da pena privativa de liberdade**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

RESENDE, Gabriela Emanuele de. **A despersonalização na execução penal: um estudo à luz da pesquisa realizada na APAC feminina de Belo Horizonte**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

RIBEIRO, Mariana Perini Antunes; RIO, Josué Justino. A responsabilidade do estado por violações de direitos humanos: o caso do complexo penitenciário de curado. *In: Revista do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*. v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Compensação penal por penas ou prisões abusivas*. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 132, p. 331/381, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2005..

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luiz Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer jurídico: A Situação Carcerária no Brasil. *In: Patrícia Camargo: estudos jurídicos*. 2015. Disponível em: <https://www.patriciamagno.com.br/faq-items/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional/>. Acesso em: 24 nov. 2024.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e Princípio da Legalidade Penal**. São Paulo: D'Plácido, 2012.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisa inconstitucional**. 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

WACQUANT, Loïc. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. Tradução de Paula Miraglia e Hélio de Mello Filho. *In: Novos Estudos CEBRAP*. v. 27, n. 80, p. 9-19. mar. 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. Prefácio de Vera Malaguti Batista. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro, Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**; 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito penal humano & poder no século XXI**; Tradução de Rodrigo Murad do Prado. 1 ed. São Paulo: Titant lo Blanch, 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romaro Pedrosa e de Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena**. Buenos Aires: 2013. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/08/doctrina39560.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Penas ilícitas: Um desafío a la dogmática penal**. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal, parte geral V**. Buenos Aires: Editora Ediar, 1988.