



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

DANIELA FRANÇA BARRETO

EXECUÇÃO DE PENAS ILÍCITAS E O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA:

Um estudo das decisões do TJDFT em matéria de Execução Penal em 2020

BRASÍLIA

2021

DANIELA FRANÇA BARRETO

EXECUÇÃO DE PENAS ILÍCITAS E O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA:

Um estudo das decisões do TJDFT em matéria de Execução Penal em 2020

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira e apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2021

DANIELA FRANÇA BARRETO

EXECUÇÃO DE PENAS ILÍCITAS E O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA:

Um estudo das decisões do TJDFT em matéria de Execução Penal em 2020

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira e apresentada como requisito para obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

21 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira
Orientadora

Prof. Dr. André Luís Callegari
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP
Membro Interno

Prof. Dr. Bruno Shimizu
Universidade de São Paulo – USP
Membro Externo

Aos indignados, que não lhes falte coragem para resistir.

AGRADECIMENTOS

Assumir o desafio de passar por todo o processo da pesquisa acadêmica, especialmente para mim, muito além do esforço intelectual, dependeu do apoio emocional para acalantar tantas inseguranças. Por isso que meus agradecimentos não poderiam deixar de começar por aqueles que mais me motivam: meu pequeno grande pai, Abeilard (*in memorium*), pela grande oportunidade de ser sua filha, de conhecer o verdadeiro amor que nunca se esgota; e pelo imenso orgulho de suas conquistas e legado; minha mãe, Elizabeth, por toda a preocupação e cuidado incessantes; meu irmão, João Luiz, pela admiração nele que me inspira e pelo respeito que me apoia; e minha irmã, Tatiana, por todo amor que ampara minhas aflições e que me equilibra, pelos bons olhos que me impulsionam. Ainda à minha tia, Socorro França, pela imensa admiração da grande mulher que representa.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto de Direito Público, pela formação de qualidade que presta e pela oportunidade de participar de aulas ministradas por professores, os quais tanto admiro, como o Ministro Gilmar Mendes, a brilhante Flávia Piovesan, o professor Ulisses Schwartz, o professor Danilo Doneda, aos quais devo agradecimento pelos importantes aprendizados.

Ainda ao professor Marcelo do Val, por ter sido responsável pela minha expansão internacional de conhecimento acadêmico com a oportunidade de pesquisa na Universidade Roma TRE, além de toda a disponibilidade para a orientação técnica, apoio e atenção com as adversidades próprias da experiência italiana.

Também devo profundos agradecimentos aos meus amigos que estiveram sempre disponíveis a atender e apoiar na superação de minhas incapacidades. Minha amiga Carolina Viriato, pelos ensinamentos, troca de experiência e orientações sobre os instrumentos técnicos de pesquisa, mas principalmente pelo carinho e apoio emocional. À minha velha amiga Daniele Rendy, pelo incansável companheirismo e ajuda técnica na elaboração dos gráficos constantes da pesquisa.

Nessa caminha de aprendizagem, pude ser presenteada com a amizade da contagiante Ana Paula Villas Boas, a quem eu agradeço o incentivo, pelas trocas acadêmicas e pelas palavras de conforto nos momentos de aflição.

À minha orientadora, Carolina Costa Ferreira, pela oportunidade de ampliar meus horizontes, pelas indicações bibliográficas, principalmente apresentando a produção do professor Bruno Shimizu de impactante qualidade.

Por fim, importante enfatizar que esta pesquisa surgiu de inquietações permanentes pelo trabalho de “enxugar gelo” que fazia na área executiva da Secretaria de Segurança Pública, mas que contam com excelentes profissionais, muitas vezes sufocados pela repetição burocrática. Naqueles corredores tive a alegria de somar amigos, aos quais também devo muitos agradecimentos pelo sempre atento apoio no fornecimento de dados para esta pesquisa, especialmente, meu companheiro de batalhas Elias Sena, e o sempre simpático Elton.

RESUMO

O Brasil vive permanente crise penitenciária advinda da adoção de uma própria política de encarceramento em massa como promoção de “segurança”, denunciando que a hegemonia do neoliberalismo avançou além do desmonte do Estado Social, para fazer uso abusivo do punitivismo como forma de controle de massa de miseráveis e grupos racializados. As características da superlotação de nossas penitenciárias também nos esclarecem como o nosso modelo de capitalismo colonial e autoritário faz uso de um “fascismo social” para manter a exclusão de indesejados relegados a condições subumanas de vida e até mesmo à morte. Não há desculpas para isso, já que é quase um consenso de que conquistamos o ápice da cidadania através da democracia, cujos tesouros são, além da representatividade, a constitucionalização dos direitos humanos, e um direito penal floreado de garantias individuais. De fato, o ordenamento jurídico está munido de elementos suficientes para armar nosso sistema de justiça na luta pela transformação do cárcere desumanizador e se insurgir contra essa opressão dos mais vulneráveis. Mas qual é a razão para as contínuas violações desses direitos humanos e como elas passam pelo crivo do nosso sistema de justiça que deveria estar contendo esse poder punitivo? Diante da situação de emergência sanitária concernente à pandemia de COVID-19 que agravou a permanente crise de superlotação carcerária, identificou-se o momento oportuno para replicar a pergunta: “de que lado estão nossos tribunais?” como agem diante da extrema necessidade de se cumprir medidas sanitárias em favor da dignidade humana *versus* a cultura punitivista que perpetua o arquétipo brasileiro de encarceramento em massa? Testou-se como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) faz uso do direito para exercer sua função jurisdicional de contenção dos abusos do poder punitivo, por meio da análise dos discursos em decisões que julgaram pedidos de desencarceramento, fundamentados na emergência pandêmica, durante todo o ano de 2020. A análise das decisões, atenta a identificar silenciamentos, nos trouxe achados exploratórios de que a instituição judicial, como aparato ideológico estatal, reitera a tendência de obstruir reivindicações pela transformação dos cárceres. A pandemia da COVID-19 nos trouxe a infeliz utilidade de evidenciar que a situação de morte vivenciada nos nossos cárceres superlotados não é reduzida à “responsabilidade do Executivo”, e confirmar a prática naturalizada de ratificação e validação de “penas proibidas” pela aplicação de um direito forjado e uma “jurisdicalização perversa”.

Palavras-chave: Direitos humanos. Encarceramento em massa. Superlotação carcerária. Jurisdicionalização da execução penal. Execução penal. Desencarceramento. Sistema prisional brasileiro.

ABSTRACT

Brazil experiences a permanent penitentiary crisis, arising from the adoption of a specific policy of mass incarceration, revealing that the hegemony of neoliberalism has advanced beyond the fragmentation of the Welfare State, to make overuse of punitivism to control the masses of the poor and marginalized races. The overcrowding characteristics of our penitentiaries also clarify how our model of colonial and authoritarian capitalism relies well on social fascism to maintain overexploitation and the exclusion of unwanted people relegated to inhuman living conditions and even to death. There is no excuse for this, since there is almost a consensus that we conquered the apex of citizenship through democracy, whose treasures are, in addition to representation, the constitutionalization of human rights, and a criminal law flourishing with individual guarantees. In fact, the legal system has enough elements to arm our justice system in the struggle for the transformation of overcrowded prisons. But what is the reason for the continued violations of these human rights and how do they pass under the scrutiny of our justice system that should be containing this punitive power? In view of the sanitary emergency situation that aggravated the permanent crisis of prison overcrowding, it was opportune to reply the question: whose side our courts takes part? How do they deal in face of the extreme necessity to comply sanitary measures in favor of human dignity versus the punitive culture that perpetuates the Brazilian archetype of mass incarceration. It was tested how the Court of Justice of the Federal District and Territories uses the law to exercise its power of restraint to contain abuses of the punitive power, through the analysis of the speeches in decisions that judged requests for expulsion based on the pandemic emergency situation. The method of Discourse Analysis, which also seeks to identify silencing, brought us exploratory findings that the judicial system, as an ideological state apparatus, reiterates the tendency to obstruct claims for the transformation of prisons. The COVID-19 pandemic brought us the unfortunate usefulness of showing that the situation of death experienced in our overcrowded prisons is not reduced to "the Executive responsibility", and confirms a naturalized extreme deference practice in reviewing prohibited sanctions by the application of a forged law and a "perverse jurisdictionalization".

Keywords: Human rights, mass incarceration, prison overcrowding, Criminal Procedure Act, jurisdictionalization of criminal execution, criminal execution, decarceration, Brazilian prison system.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Evolução do número de aprisionamento e da Taxa de Encarceramento

Gráfico 2: Projeção de 10 anos do crescimento do número de encarceramento e da Taxa de Aprisionamento

Gráfico 3: Comparação das Taxas de Aprisionamento das Unidades da Federação

Gráfico 4: Evolução do índice de Homicídios no Distrito Federal

Gráfico 5: Relação comparativa de vagas prisionais declaradas e déficit

Gráfico 6: Relação comparativa de número de servidores e pessoas aprisionadas

Gráfico 7: Evolução comparativa da relação de número de servidores e número de pessoas presas

| <u>SECÃO</u> | <u>PÁGINA</u> |
|---|---------------|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1. DIREITOS HUMANOS E A EXECUÇÃO PENAL: | |
| ENCARCERAMENTO EM MASSA E A SUPERLOTAÇÃO | |
| CARCARÁRIA COMO LÓGICA ESTRUTURAL DE EXCLUSÃO | 16 |
| 1.1 Direitos Humanos e o Estado Democrático de Direito: Os | |
| compromissos pela humanização das penas creditadas aos primado | |
| do Direito | 17 |
| 1.2 A Era do Encarceramento em Massa e o Abuso do Sistema Penal: | |
| As exclusões e seletividade do aprisionamento | 31 |
| 1.2.1 As articulações da Economia da Punição | 32 |
| 1.2.2 A importação da política punitiva para o sistema brasileiro | 41 |
| 1.3 A Superlotação Carcerária: Penas praticadas proibidas | 45 |
| 2. A EXECUÇÃO PENAL E A LEI Nº 7.210/1984: RELEGITIMAÇÃO | 52 |
| DA DOGMÁTICA PENAL E A CONTENÇÃO JUDICIAL DO | |
| PODER PUNITIVO | |
| 2.1 Dogmática para Relegitimação do Estado de Direito | 52 |
| 2.1.1 Os Limites Qualitativos da Pena e os Marcos da Lei nº 7.210/1984 | 55 |
| 2.1.2 O Desenvolvimento pelas Cortes de uma Metodologia Dogmática | |
| voltada à Análise Qualitativa da Pena | 61 |
| 2.1.2.1 <i>Linha Hermenêutica da Corte Europeia de Direitos</i> | |
| <i>Humanos</i> | 63 |
| 2.1.2.2 <i>Linha Hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos</i> | |
| <i>Humanos</i> | 66 |
| 2.1.2.3 <i>Linha Hermenêutica de Cortes dos Estados-Nações</i> | 68 |
| 2.1.3 Critérios para a correção do desvio qualitativo da Execução Penal | 70 |
| 2.2 A Inafastabilidade do Controle Judicial na Execução Penal: a | 74 |
| Execução Penal não é do Executivo | |
| 2.2.1 Agora é a vez dos Juízes | 74 |
| 2.2.2 Judicialização da Execução Penal: Não para executar e sim para | |
| conter | 81 |
| 3. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS DA JUSTIÇA DO DISTRITO | 85 |
| FEDERAL | |
| 3.1 Coleta de Dados | 86 |
| 3.2 Apresentação dos Dados Coletados | 89 |
| 3.3 Discussão Geral das Análises das Decisões de Desencarceramento | 101 |
| 3.3.1 Ocultamento das condições do sistema prisional | 103 |
| 3.3.2 “Requisito Subjetivo” como gargalo seletivo | 108 |
| 3.3.3 “Benefícios Excepcionais” como negação à direitos | 110 |
| 3.3.4 Outros obstáculos de improviso | 114 |
| 3.3.5 Inversão da lógica de garantias como limites ao poder para a | |
| ampliação punitiva | 115 |

| | |
|--|-----|
| 3.3.6 Análise das Concessões Desencarceradoras | 117 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 120 |
| REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO | 123 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a atuação do sistema de justiça penal frente a crise da superlotação carcerária e seu posicionamento ideológico na aplicação do direito enquanto poder de contenção do abuso punitivo. O trabalho é teórico, ilustrado por uma análise de casos com corte nos julgados de 2020 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A ênfase nos juízes foi escolhida em razão da prometida democratização cujo modelo pós-Constituição de 1988, caracterizado pela internalização de convenções internacionais pela humanização de penas, pela jurisdicionalização da execução penal, e especialmente por todo o arcabouço normativo da Lei de Execução Penal, conferem à justiça suficientes possibilidades de limitação do poder punitivo mediante a afirmação de direitos para as pessoas presas, para assim tentar compreender como a atual democracia praticada convive com atrocidades amplamente conhecidas advindas do encarceramento em massa e da superlotação carcerária.

Os aportes na teoria crítica dos direitos humanos e na criminologia crítica foram usados para apresentar as discussões em torno da frustração do estado de direito e do sistema de justiça como instrumentos do projeto democrático, que caracterizados como neutros e técnicos simbolizam o caminho certo para a garantia da emancipação humana, finalizando, assim, desarticular discursos e levantar questionamentos sobre o posicionamento e a atuação legitimadora e simbólica do sistema de justiça penal frente a desumanização dos cárceres.

A partir da tese de Louis Althusser sobre os aparelhos estatais, foi possível compreender que não se trata de um movimento concertado do Judiciário para uma “contrarrevolução democrática”, mas sim uma interpelação tácita por meio de operação ideológica. Ao contrário, identificando-se setores progressistas do sistema de justiça e, especialmente, ondas oportunas de avanços democráticos, é que a emergência pandêmica nos pareceu conveniente para a seguinte investigação inspirada nas provocações de Boaventura Sousa Santos “de que lado estão o direito e os tribunais?” frente a situação de superlotação e riscos agravados para as pessoas presas.

As leituras dos estudos sobre o fenômeno do encarceramento em massa que explicam, a partir da tese da economia política da pena, sua relação com o modelo neoliberal, esclareceram a inevitabilidade da seletividade do sistema prisional, e a inutilidade dos discursos que tentam justificar as funções da pena. No contexto nacional, atentando às críticas sobre a não total adequação dos modelos estrangeiros aos nossos modelos de cárceres, e debruçando sobre recentes trabalhos acadêmicos foi possível esclarecer a relação da naturalizada crise da superlotação carcerária com a “superexploração” do nosso sistema capitalista de contornos colonialista e autoritário, e entender esta como um planejado arquétipo de um estado de exceção permanente, onde o não reconhecimento de direitos é programado.

A revisão bibliográfica buscou evidenciar também que as competências da justiça penal, a jurisdicionalização da execução penal e sua função de controle do abuso do poder punitivo, não permitem brechas para a sustentação do discurso de que a crise penitenciária é responsabilidade do Executivo.

Tudo isso, o fenômeno do encarceramento em massa, a permanente crise de superlotação carcerária, as contradições do discurso de humanização das penas, e da jurisdicionalização da execução penal, provocou o direcionamento da atenção para os discursos do sistema de justiça penal e sua atuação na responsabilização pelo controle das arbitrariedades e excessos do poder punitivo praticados no sistema prisional.

Assim, a pesquisa teve por objetivo pôr em evidência as responsabilidades do sistema de justiça na “crise” carcerária, colocando em xeque a ideia de atuação direcionada à contenção do poder punitivo, expondo como o atual ordenamento, mesmo contando com modelo contra-hegemônico e amplamente munido de elementos para a aplicação de uma dogmática responsiva, vem sendo forjado para mascarar a naturalização daquele estado de exceção permanente que subjuga grupos, seletivamente, a um “campo” onde a negação do reconhecimento de direitos é programada.

Parte-se da hipótese de que a promessa de humanização das penas e jurisdicionalização da execução penal como características de democratização da execução penal tem apenas função simbólica para forjar a manutenção de um estado de exceção por meio de práticas “fascistas”.

Analisou-se os discursos do sistema de justiça no contexto da sobreposta emergência da situação pandêmica que agrava a crise penitenciária, para desnudar a orientação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, observando os ideais que sustentam suas decisões. Procurou-se expor como o manejo do direito pelo sistema de justiça no Distrito Federal influi na democratização da execução penal e na promessa de humanização das penas, de fato, implementando forjada legitimação através de ratificação da situação de estado de exceção.

Pela comparação com pesquisas que se voltaram à análise do posicionamento dos tribunais sobre a situação carcerária diante da situação de pandemia, foi possível confirmar a tendência de outros tribunais no sentido da negação da situação vivenciada naquele ambiente, seguida também, e, assim, não sendo esta exclusividade do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Compreender a função do direito, em especial dos direitos humanos, do Estado de direito, e da jurisdicionalização da execução penal, mas não apenas sua função declarada, sobretudo sua função simbólica, atentando-se a sua operatividade como resultado do manejo de

discursos diante do cenário de graves violações presentes no sistema carcerário, é a proposta dessa pesquisa, tendo assim, a humilde pretensão de contribuir para a formação de estratégias, ao menos por meio de contrangimentos, para reverter a situação de “inviabilização jurídica” e “silenciamento de direitos” das pessoas presas.

1. DIREITOS HUMANOS E A EXECUÇÃO PENAL: ENCARCERAMENTO EM MASSA E A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO LÓGICA ESTRUTURAL DE EXCLUSÃO

Para a realização da presente proposta de pesquisa, que concerne a busca da compreensão do papel da justiça penal na aplicação das promessas de humanização das penas frente ao problema da superlotação carcerária estrutural e suas sobrepostas crises, mas sem pretensão de se esgotar o tema, considera-se importante pontuar os debates travados no respectivo campo de pesquisa.

Como acima declarado, este trabalho tem como foco o papel dos juízes na naturalização da superlotação carcerária, em especial a atuação do sistema de justiça penal do Distrito Federal na contenção dos excessos do poder punitivo diante do cenário de encarceramento em massa em crise pela superlotação carcerária agravada pela sobreposição da emergência pandêmica, finalizando evidenciar a ideologia revelada nos discursos decisórios para, assim, compreender como esta repercute nas promessas de humanização das penas e democratização da execução penal.

A permanente crise do sistema carcerário e a naturalização das violações a toda ordem de direitos e garantias fundamentais das pessoas presas, principalmente no contexto de superlotação carcerária, nos obrigam a reconhecer que as promessas de direitos humanos da modernidade e pós-modernidade não tem passado de “mera fantasia”. Refutando aceitar o que existe meramente como fatalidade, segue-se a posição de que é necessário submeter o problema dessas promessas a uma crítica radical, juntamente com autores que defendem um repensar das concepções dominantes do direito para questionar de que lado estão o direito e o sistema de justiça. (SANTOS, 2016, p. 107)

Para tanto, seguindo essa atitude teórica, a pesquisa parte da revisão bibliográfica de análises ontológicas que desvendaram as contradições da evolução dos direitos humanos e do primado do direito perante suas profundas conexões com o desenvolvimento das estruturas sociais e econômicas, demonstrando como aqueles até então consensos democráticos, nas palavras de Boaventura Sousa Santos, “convivem bem com um permanente estado de exceção e fascismo social” (2016, p. 162). Em seguida, apresentando a visão da criminologia crítica, mas sem a pretensão de esgotá-las, sobre o fenômeno do encarceramento em massa como exercício do controle social pela criminalização direcionada a grupos selecionados, discorre-se sobre o arquétipo mais perverso desse estado permanente de exceção que é a submissão de seres

humanos aos vexatórios níveis de superlotação carcerária, que concretizam toda ordem de violência que o aparato estatal ideológico é capaz de naturalizar.

Entender a lógica estrutural do sistema de justiça penal que opera em distância abissal dos consensos de direitos humanos, forjando a execução penal constitucional, do ponto de vista democrático, ajuda a identificar os discursos afetados pela tradição da ideológica colonialista e autoritária.

1.1 Direitos Humanos e o Estado Democrático de Direito: Os compromissos pela humanização das penas acreditados ao Primado Do Direito

A análise da evolução da teoria geral dos direitos humanos e do Estado de direito tem profundas conexões com o desenvolvimento das estruturas sociais e econômicas. No mesmo passo é que se revela a construção do projeto de humanização das penas e controle da execução penal, já que o tratamento penal é o mais forte indicativo de evolução de uma sociedade, pelo uso que ela faz do Estado para exercitar uma “violência programada” (FERRAJOLI, 2002, p. 200).

Assim é que, a partir de uma análise ontológica¹ e dos paradigmas do Estado e da sociedade é que se buscam desvendar suas contradições, as suas funções na reprodução nas relações sociais, e, por conseguinte, provocar a desconstrução da ideia de que o direito assim como o sistema de justiça, ambos “aparelhos ideológicos estatais” (Althusser, 1980), teriam a estrita vocação de promover avanço no processo de emancipação humana.

A concepção do Estado de direito é conexa ao reconhecimento dos direitos dos homens, tendo partido dos postulados básicos: a lei como instrumento de limitação do poder, e o juiz como instrumento de controle do primado do direito. (CASTILHO, 1988, p. 13) Justificando a existência do Estado de Direito, como do poder do Estado, no sentido de proteger e promover direitos fundamentais, é que se sustenta que a dignidade humana alcançou centralidade nos sistemas jurídicos da civilização ocidental, advindo de um declarado consenso teórico sobre o valor essencial do ser humano (BARCELLOS, 2008, p. 115).

O processo de constituição da moderna sociedade capitalista se apresentou, paradoxalmente, como caminho de reconhecimento de direitos que fundariam a base da emancipação humana (IASI, 2005), ao passo que o mesmo aparelhamento estatal serviria para

¹ Segundo Lukács, Marx inaugura os fundamentos de uma “Ontologia do Ser Social”, expressão que deu nome a sua obra. Marx se debruça em compreender os fenômenos a partir das relações do homem com sua história sob a perspectiva real e concreta do ser social, sua estrutura e seu movimento. (NETTO, 1983, P. 84)

a consolidação e legitimação de uma sociedade de classes. Nesse passo é que o fenômeno jurídico sempre se manteve ligado à dominação de uma classe social favorecida, e como meio daquele, também o uso da violência. Dessa observação é que Lukács concluiu que o Direito tem uma função instrumental em prol da manutenção da “normalidade”, por meio de uma verdadeira manipulação e imposição do cotidiano alienado (SARTORI, 2013, p. 1430, 1439).

Os pilares do conceito moderno dos direitos homem remontam ao liberalismo,² conceituado pelo senso comum como uma tradição de pensamento centrado na liberdade individual, associada ao reconhecimento de direitos inerentes a condição humana como direito natural, “direito único originário que cabe a cada homem segundo a sua própria humanidade”, correspondente a um dever de não-impedimento e limites do Estado (BOBBIO, 2000, p. 119).

Se valendo das influências de Locke,³ e seus fundamentos contratualistas, o liberalismo se insurgiu contra os abusos de poder e interferências do Estado absoluto. A partir dessas ideias liberais, o Iluminismo também promoveu mudanças nas leis penais que determinaram as grandes linhas da racionalidade penal moderna (FERRAJOLI, 2002, p. 31). As propostas de reforma relativas à pena são tidas como produção da teoria liberal, que prometeram a limitação do Estado a instrumento da tutela dos direitos do homem, e da formal consagração da humanidade das penas, que pelos escritos de Montesquieu, Voltaire e Beccaria, exigiam-se das penas além da compatibilidade com o discurso de dignidade e valor humano, mas também a persecução de objetivos em favor dos cidadãos. Esse processo de legitimação do poder do Estado, tinha como pressuposto epistemológico na separação entre moral e direito,⁴ assim como no direito natural a favor de um sistema político submetido a regras (PAVARINI, GIAMBERARDINO, 2018, p. 189).

Entretanto, reconstruindo historicamente as origens e desenvolvimento do liberalismo, Losurdo revela um emaranhado paradoxal que, antes pelos direitos do homem e liberdade, este movimento envolvia forte apologia de exclusão repressiva desenhada sob um “véu de silêncio” sobre a instituição da escravidão, processos de desapropriação sistemática e de genocídio dos povos indígenas (LOSURDO, 2019, p. 27).

² A maioria dos autores afirma que a positivação dos direitos humanos tem origem na Magna Carta, a “Petition of Rights and the Bill of Rights” (1689), também na “Virginia Declaration of Rights” (1776), e na Declaração Francesa de 1789.

³ Losurdo esclarece que Locke era investidor da Royal African Company, empresa que controlava o tráfico de escravos negros na Inglaterra (LOSURDO, 2014, p. 7).

⁴ Ferrajoli explica que a separação do direito e moral é resultado de lento processo de secularização do direito penal desenvolvido no século XVII pelas doutrinas jusnaturalistas de Grocio, Hobbes, Pufendorf, e Thomasius, atingindo maturidade com os iluministas (FERRAJOLI, 2002, p. 173).

Zaffaroni, nessa mesma linha, elucida que a ideologia liberal, apesar de suas inegáveis contribuições e pulsões liberadoras, buscava corresponder aos anseios da burguesia que havia ascendido com a abundância do ouro e das matérias primas conquistadas as custas do colonialismo e da escravidão. O liberalismo não foi alheio às ideias racistas europeias, ao contrário, promoveram a ideia da superioridade da raça branca europeia como legitimação para o direito de colonizar os “selvagens de raças inferiores” (ZAFFARONI, 2019, p. 33).

Assim é que a escravidão ridicularizou a hipótese liberal, expondo como os interesses da burguesia, na verdade, não eram orientados pelos aventados princípios filosóficos humanistas, já que o liberalismo pressupunha, na verdade, a desumanização de grupos, dividindo uma subcategoria de subhumanos que eram reduzidas pessoas à situação de coisas.

A maneira de pensar o sistema jurídico ocidental produziu efeitos perversos já que não deixou de privilegiar a barbárie. Constatando que a escravidão dos negros não apenas persistiu apesar da revolução liberal, mas, ao contrário, atingiu seu máximo desenvolvimento com seu sucesso, é que Losurdo apresenta a conclusão de que os filósofos liberais legitimaram a escravidão racial estabelecida pela realidade político-social daquele tempo (LOSURDO, 2019, p. 42).

Assim é que se conclui que o efeito do liberalismo era a desumanização de “raças” ao passo que teve como efeito a garantia da liberdade do proprietário burguês ser proprietário de escravos, um paradoxo desconcertante retratado na celebre frase do abolicionista de W.E.B Du Bois: “*It was freedom to destroy freedom.*”

Com a consolidação definitiva do direito positivo e do monopólio estatal das fontes de direito, as doutrinas da separação entre direito e moral, assim como do direito natural, foram superadas paradoxalmente⁵ pelo positivismo jurídico. O direito posto, como o direito penal, tornou-se para a cultura jurídica algo tão natural a ponto de não deixar mais espaço para discussões sobre justificação ou deslegitimação do poder de punir (FERRAJOLI, 2002, p. 180-181). Com a formação do Estado liberal, a consolidação do monopólio estatal das fontes de direito, e o desaparecimento do direito natural, a cultura jurídica dispensou referências axiológicas como fontes de justificação e limitação do direito, em especial, do direito penal (FERRAJOLI, 2002, p. 180-181).

Esse formato fundado com o constitucionalismo, construído para favorecer o desenvolvimento do capitalismo por meio do *laissez faire*, protegia a liberdade de contratar e a

⁵ É o que Bobbio descreve como paradoxo hobbesiano, “jusnaturalista de fato, mas positivista de direito” (FERRAJOLI, 2002, p. 181).

liberdade de ter propriedade, com tanta ênfase, que legitimava a dominação econômica e social sobre as classes desfavorecidas (SARMENTO, 2006, p. 12-13). A cultura jurídica liberal, preocupada com a defesa da nova ordem econômica e social, e não em impor limites ao Estado e garantias em defesa dos cidadãos, se valeu do direito positivo para tanto.

No âmbito do direito penal, em particular, utilizou-se de estratégias ideológicas, por meio do “substancialismo jurídico” e do “formalismo ético”⁶ (FERRAJOLI, 2002, p. 183), para manter toda a exclusão social necessária para o liberalismo econômico. Distinguindo-se os conceitos de humanismo e justiça, reduzindo este último ao sentido dado pela teoria da pena aflitiva, e confundindo direito e moral, manteve-se a legitimidade de desumanizações e discriminações subjetivas. A defesa do modelo econômico foi estruturada artificialmente contra grupos inferiorizados, tidos como as “classes perigosas” (FERRAJOLI, 2002, p. 183).

Boaventura Sousa Santos também destaca que tanto o colonialismo como o patriarcado existiam muito antes do capitalismo moderno, e que estes foram apenas reconfigurados para servir aos objetivos de sua expansão. Com efeito, o colonialismo, baseado na ideia de inferioridade natural de grupos humanos, crucial para a acumulação violenta, não apenas fez parte de uma fase do desenvolvimento do capitalismo, mas se apresenta como um competente constitutivo dele, por isso continuou vigente sob outras formas: discriminação racial, trabalho escravo, violência policial (2016, p. 205-206).

No contexto geral, os excessos do liberalismo acabaram por desnudar suas exclusivas pretensões econômicas, levando o socialismo utópico, e a doutrina social da Igreja, sob diferentes perspectivas, denunciarem o individualismo do constitucionalismo liberal, e os impulsos revolucionários do marxismo e sua análise crítica da “Economia Política” ameaçarem esse modelo. Somente com os impactos da Revolução Russa de 1917, a Revolução de Outubro, e o estabelecimento do modelo soviético, que regeu mais de um terço da humanidade, operou-se forte pressão no capitalismo, ameaçado de uma guinada socialista, levando, como estratégias de contenção desse movimento, à diminuição de resistências à transição do Estado Liberal para o *Welfare State* (SARMENTO, 2006, p. 17).

⁶ Ferrajoli categoriza analiticamente o substancialismo jurídico como via que provoca o esvaziamento do princípio da estrita legalidade, por meio do emprego de definições e expressões abertas, destituídas de denotações, abrindo margem para a interpretação judiciária e juízos de valor; e o formalismo ético como manobra autoritária que se dá pela assunção do legalismo extremo, submetendo a moral ao direito, a ponto de renunciar qualquer ponto de vista externo e justificação ética do direito penal, por ser autojustificado. Estas manobras fundaram doutrinas sobre a ausência de limites do poder punitivo, cujo extremo é o fascismo, e o nazismo, que frustrou o princípio da legalidade pela irracionalidade e decisionismo (FERRAJOLI, 2002, p. 185).

Esta nova realidade se projetou na arquitetura de Estado e no equilíbrio da separação de poderes. Se no Estado Liberal, desde a ofensiva contra o absolutismo monárquico, se dava o predomínio de decisões políticas concentradas no Legislativo, no Estado Social, ao Executivo é confiada a intervenção na economia para a promoção de justiça social (SARMENTO, 2006, p. 17).

Paralelo a isso, o judiciário veio sendo percebido como órgão independente juridicamente, cientificamente especializado, e neutro politicamente, a que todos tem acesso para defesa e garantia dos direitos, especialmente as garantias do indivíduo contra o Estado. Como garantia da função de transformação social é que a independência judicial foi institucionalizada como bem precioso das sociedades democráticas.

Não obstante a redefinição da arquitetura estatal para um declarado Estado de Direito Social, como forma de composição entre as liberdades individuais e a justiça social, de fato, esta manobra não ensejou ruptura com as ideias capitalistas e posições prévias que desumanizam grupos minoritários, mas sim representou mais uma reforma que visava tão somente a continuidade estrutural desses arranjos sociais, sem a ameaça de sua superação. Nessa perspectiva, mais do que efetividade das garantias de direito frente ao Estado, e funcionando como proteção do sistema contra as arremetidas revolucionárias, o primado do direito no sistema jurídico ocidental⁷ mais uma vez assegurou a manutenção do “*status quo*”, como princípio estático e conservador (CASTILHO, 1988, p. 15).

A superestrutura jurídico-política (ALTHUSSER, 1980), incluindo a camuflada neutralidade do sistema de justiça, asseguraram o manejo da ideologia⁸ dominante com vistas a reprodução das relações sociais. Como já constatado por Lukacs, não somente o Direito restou todo estruturado para favorecer as posições dominantes da sociedade, mas também os necessários especialistas – juízes, advogados, policiais, e carrascos - designados para operá-lo (SARTORI, 2018, p. 1909).

Não por outro motivo que a afirmação constitucional de direitos sociais não foi suficiente para superar as mazelas da estrutura social individualista e excludente. Inobstante a consagração da concepção humanista passar a figurar nas modernas declarações constitucionais

⁷ Castilho historiciza que na URSS e nos países socialistas da Europa pensou-se em abolir o direito substituindo-o pela consciência revolucionária, para depois admitir-se o princípio da legalidade socialista, mas não como um fim em si mesmo para a manutenção do “*status quo*”, e sim instrumento através do qual o “Estado de todo o povo” procura atingir o comunismo (1988, p. 16).

⁸ Althusser explica que a expressão ideologia foi por muito tempo forjada por Cabanis, Destruitt e Tracy enquanto lhe atribuíam por objeto a teoria das ideias. Todavia, 50 anos mais tarde, Marx dá-lhe um sentido totalmente diferente, formulando uma teoria da ideologia. Por esta, a ideologia passa a ser elucidada como um sistema das ideias, das representações que dominam o espírito dos homens (1980, p. 69).

de direito, as sociedades conviveram com diversas passagens de violência e atrocidades praticadas pelos Estados.

Assim como aconteceu na vigência da Constituição de Weimar de 1919, reconhecida pelo viés democrático e social, paradigmática por estabelecer um notável rol de direitos fundamentais, mas que não foi suficiente para obstar o rompimento do laço social por meio do “positivismo acrílico” sucedido na Alemanha nazista. O *unttermenschen*⁹ surge como categoria principal da teoria do Terceiro Reich, exprimindo clara carga de desumanização e violência genocida inerente à ideologia nazista (LOSURDO, 2020, p. 166).

O decisionismo¹⁰ da teoria do estado de exceção de Carl Schmitt desenhou os argumentos normativos para a concentração de poderes nas mãos do *Führer* soberano e subverter a interpretação da Constituição de Weimar (artigo 48), (KENNEDY, 2004, p. 18, 19, 30, 160), assim como o romantismo jurídico no direito penal expandiu a idolatria do poder punitivo irracional instituindo-se um conceito político de inimigo desumanizado (ZAFFARONI, 2019, p. 32).

De fato, não houve uma ruptura entre ideias e posições colonialistas prévias ao nazismo e as do próprio período nazista, mas sim uma certa continuidade estrutural com certa radicalização das tendências anteriores (ZAFFARONI, 2019, p. 33). A tradição liberal, com seus empreendimentos colonialistas, já havia estabelecido muitos campos de concentração. O próprio termo *unttermensch* não é senão a tradução do inglês “*under man*”, termo cunhado pelo autor estadunidense Lothrop Stoddard em seu livro “*The Menace of the Under Man*”, publicado em Nova York em 1922, cuja significação se refere “à massa dos selvagens e bárbaros, essencialmente incapazes de civilidade e seus inimigos incorrigíveis com os quais é necessário realizar um radical acerto de contas, se se quer evitar o perigo iminente do colapso da civilização” (LOSURDO, 2020, p. 37-38, 171, 188).¹¹

Os descontroles do poder punitivo que acabaram em massacres, perpassaram também pela cooptação da burocracia judicial, mesmo dos tribunais que ao invés de assumir sua função

⁹ Losurdo explica que *unttermensch* significa a categoria de subhumanos, que tem a aparência humana, mas que não são totalmente humanos, despoja de dignidade humana os grupos destinados a se tornarem escravos ou aniquilados como agentes patogênicos, culpados de fomentar revolta contra a raça dos senhores e contra a civilização.

¹⁰ “Para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o direito, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando.” Para Schmitt o fundamento último de tudo que tem validade e valor jurídico está no processo de vontade, de decisão (MACEDO JUNIOR, 1994).

¹¹ Chama atenção a observação que Losurdo faz sobre a identificação da doutrina de raça de Herzl, fonte dos nazistas, com o próprio sionismo. Por mais estranho que possa parecer, o fundamento do sionismo é de “uma terra sem povo para um povo sem terra”, que Losurdo identifica como a representação da ideologia clássica da tradição colonial de apropriação criminosa de “terras de ninguém”, ao passo que reduz populações originárias a insignificância, como, atualmente, os judeus fazem com os palestinos (LOSURDO, 2020, p. 188).

de contenção, tomaram partido pelas forças “conservadoras”. Para tanto, Carl Schmitt ocupou-se de negar que o juiz pudesse invocar qualquer direito natural, supralegal, defendendo que o juiz não poderia estar acima do Estado, entendendo inadmissível a politização da justiça, que deveria ser “neutra” para seguir os princípios do nacional-socialismo. A independência funcional sublimada pela realidade da corporação burocrática fortemente verticalizada do modelo bismarckiano a qual Weimar não havia interrompido, não resistiu às concessões proporcionadas por Hitler¹² (ZAFFARONI, 2019, p. 78-82).

As retóricas humanistas do ocidental liberal tinham, até então, servido bem para sublimar as atrocidades diuturnamente praticadas pelo colonialismo, até que as revelações do regime nazista, com o fim da Segunda Guerra Mundial, sobre aquelas mesmas práticas, só que então em solo europeu, foram, assim somente, suficientes para consternar o ocidente.

De qualquer forma, mesmo que seletiva, a constatação da “banalização do mal”, por Hannah Arendt sobre a monstruosidade dos atos praticados diante da normalidade do agente público burocrático, foi bem-sucedida em levantar a questão sobre o lado dessa questão mais politicamente relevante (ARENDETT, 2013, p. 167; 274):

“Existe um outro lado dessa questão, mais delicado e politicamente mais relevante. Uma coisa é desentocar criminosos e assassinos de seus esconderijos, outra é encontrá-los importantes e prósperos no âmbito público” (ARENDETT, 2013, p. 28).

O nazismo se tornou crucial para a nossa compreensão da incompletude da civilização da sociedade moderna, e da cegueira ética do aparato estatal, principalmente, diante do fato de que “a própria ideia da *Endlösung* (Solução Final) foi um produto da cultura burocrática (BAUMAN, 2000, p. 34):

“A lição mais abaladora que se tira da análise do caminho sinuoso para Auschwitz é que – como último recurso – a opção pelo extermínio físico como meio correto de *Entfemung* foi produto de procedimentos burocráticos de rotina: cálculo de meios e fins, equilíbrio orçamentário, aplicação de uma regra universal” (BAUMAN, 2000, p. 36).

O nazismo revelou a hipocrisia do Estado de direito, expondo o fracasso da pretensão de autonomia do direito como reação a modelos autoritários de Estado, já que a sua realização se desenvolveu a partir da manipulação do direito levada a prática pelos especialistas, dotados das técnicas científicas do direito. Como observa Casara (2021), o formalismo jurídico que acompanha o primado do direito serviu com mais ênfase à ocultação das relações de dominação política e exploração econômica, à dissimulação das forças sociais visando garantir a aparência

¹² Zaffaroni relata que a Federação de Juízes, presidida por Karl Linz, publicou relatório na *Deutsche Reichszeitung*, de 1933, p. 155 e ss. manifestando solidariedade com o regime nazista em nome de todos os juízes alemães, pouco tempo depois também agradeceu a Hitler pela garantia de inamovibilidade dada aos juízes (2019, p. 82).

de naturalidade. Nesse sentido, o Direito atua como ideologia, fornecendo o aparato sem o qual as relações sociais teriam continuidade independentemente de suas consequências poderem ser questionadas (SARTORI, 2014, p. 1786).

Essas constatações confirmam a hipótese de Althusser (1980, p. 98) quando afirma que a ideologia existente no aparelho estatal “interpela” os indivíduos como sujeitos para a reprodução das relações sociais. Para tanto, é necessária uma “técnica manipulatória toda particular”, que para Lukács está relacionada com a alienação por meio da autonomia e produção dos necessários especialistas (dos juízes e advogado até os policiais e carrascos) (SARTORI, 2014, p. 1916).

Tomada a consciência dos horrores promovidos pelo regime totalitário nazista, os direitos humanos internacionais dominaram as pautas dos trabalhos legiferantes das conferências internacionais, com o intuito de resgatar o plano da ético e restaurar a lógica do razoável. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu preâmbulo, alça a dignidade, o valor inerente do ser humano, à fundamento da justiça, da liberdade e paz no mundo, merecedor de respeito universal. A compreensão comum dos direitos e das liberdades decorrentes da dignidade humana é reconhecida como da mais alta importância para esse pleno compromisso, inserindo, a Declaração, a previsão do indivíduo como sujeito de direitos e deveres na esfera internacional, além da possibilidade de tutela jurídica dos mesmos (PIOVESAN, 2016, p. 131-132).

Sequencialmente, uma série de instrumentos jurídicos¹³ foram editados visando, dentre outras normas de direitos humanos, a proteção de pessoas diante das sujeições às instituições estatais, especialmente a proteção da integridade pessoal:¹⁴ física, psíquica e moral; vedando-se a tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante. O sistema internacional de proteção contra a tortura e tratamento desumano foi reforçado pelo princípio da inderrogabilidade da

¹³ O primeiro instrumento internacional vinculativo de direitos humanos adotado foi a Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948. Seguida da Declaração de 48, as Nações Unidas adotam os dois grandes pactos. Em 1969, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. A ONU, em 1984, em Nova Iorque, aprovou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes que somente foi ratificada pelo Brasil quase cinco anos depois, em 1989.¹³

¹⁴ Art. 5º - Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [...] 6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

proibição de torturar a fim de garantir seu caráter absoluto, sendo caracterizado como um núcleo duro das disposições inderrogáveis^{15, 16} (DELMAS-MARTY, 2003, p. 29).

Com vistas a efetividade dessas normas, impôs-se aos Estados a promoção da garantia de reconhecimento dos direitos por meio de acesso à justiça, e especificamente em relações à prisão ou encarceramento arbitrário, do sistema de justiça como instância decisória sobre a legalidade do encarceramento, impondo-se a soltura no caso de prisão ilegal, além de direito à reparação. Em paralelo, estruturou-se um sistema regionalizado de proteção de direitos humanos institucionalizado, em especial, pela Organização dos Estados Americanos,¹⁷ o Conselho da Europa, e a União Africana.

A internacionalização¹⁸ da teoria jurídica abriu caminho para novos espaços normativos, e para a configuração de uma soberania pós-moderna com abertura permanente do Estado e da Constituição às redes político-normativas transnacionais¹⁹ (MORAIS; VIEIRA, 2013), por meio da combinação de direitos internacionais dos direitos humanos com os direitos fundamentais constitutivos das constituições de cada Estado-nação. A inserção do Estado numa ordem jurídica internacional sob o argumento da necessidade de legitimação do exercício do

¹⁵ A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes prevê em seu Artigo 2.2: “Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura”.

¹⁶ Importante observar a reserva dos Estados Unidos às previsões de pena de morte e declaração interpretativa à proibição de tortura, tratamento desumano e cruel, devendo esta ser entendida no sentido da Oitava Emenda americana: vedação a punição ou tratamento cruel, desumano ou incomum. Muitas Nações opuseram objeções às reservas estadunidenses pela incompatibilidade com o objeto e a finalidade da proposição. (NOWAK; BIRK; MONINA, 2019, p. 443-444) Cf. na pesquisa “Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: denúncias, interações, mobilizações.” críticas a posição antagonista estadunidense, que, historicamente, atuaram como promotores da linguagem de direitos humanos no plano internacional, mas se recusam a se submeter aos compromissos internacionais, não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, nem reconheceram a Corte Interamericana (MAIA; MACIEL; KOENER, 2017).

¹⁷ O sistema interamericano começou a ser formado em abril de 1948, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem pela Organização dos Estados Americanos (OEA). A Convenção americana introduz o princípio do recurso individual contra o Estado-nação em caso de violação dos direitos fundamentais, promovendo assim a judicialização desses direitos, não obstante não alcançar a completude do sistema europeu, no qual a Corte pode ser acionada pela reclamação de toda pessoa física, organização ou grupo de particulares (Art. 34 CESDH). O Estado-nação também fica sujeito a multa, e o efeito do julgado da Corte na jurisprudência e legislação interna é mais facilmente observado (DELMAS-MARTY, 2003, p. 30-31).

¹⁸ Piovesan observa que essa internacionalização da vinculação jurídica dos direitos humanos já refletiam a bipolaridade do pós-guerra, principalmente pela adoção dos dois pactos internacionais separados nos dois grandes grupos: o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2009, p. 10).

¹⁹ A Constituição de 88 estabelece essa abertura permanente às normas internacionais de direitos humanos por meio da cláusula constitucional aberta constante do artigo 5º § 2º, além dos §§ 3º e 4º. (MORAIS; VIEIRA, 2013) “A Carta de 1988 consagra de forma inédita” uma abertura normativa a outros direitos e garantias decorrente do regime ou dos princípios por ela mesma adotados ou advindos dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esta incorporação atribui aos direitos internacionais uma natureza especial de norma constitucional. (PIOVESAN, 2011, p. 104) O Supremo Tribunal Federal, assentou o entendimento da natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas, em superioridade às leis ordinárias, mas sempre sem ferir a Constituição¹⁹ (BRASIL, 2000).

poder político abre caminho para a atual fórmula de Estado constitucional democrático de direito (CANOTILHO, 1999, p. 26-32).

Nessa viragem histórica da constitucionalização (BOBBIO, 2004, p. 45), além da consolidação do entendimento de força normativa da Constituição, superando-se a ideia de simples “pedaço de papel”²⁰ para promover a esperança quanto à pretensão de eficácia de direitos fundamentais²¹ com força viva capaz de frear as desmedidas investidas do arbítrio (HESSE, 1991, p. 10, 11-25).

Seguindo essa concepção, o Constituinte de 1988 instaura em âmbito interno um regime político-jurídico de Estado de direito democrático fundado no humanismo, motivados também contra os abusos de poderes repressivos amargados no regime militar.²² Para tanto, reforça esse compromisso, elegendo prioridades para a efetividade desse grupo de normas de proteção da dignidade humana e direitos fundamentais, como elevando-os ao regime de imutabilidade de cláusulas pétreas,²³ fixando status jurídico especial de aplicabilidade imediata²⁴ (BARCELLOS, 2011, p. 161), além de introduzir fielmente e consolidar no ordenamento interno, em especial, a vedação à tortura (Art. 5º, III), o acesso à justiça (Art. 5º, XXXV), e o acesso irrestrito à justiça em caso de prisão ilegal (Art. 5º, LXVIII).

Juntamente com esse movimento de protagonismo do primado do direito e do primado do respeito aos direitos humanos, promove-se a expansão do poder judiciário ambas as frentes

²⁰ A expressão é de Ferdinand Lassalle, proferida em conferência sobre a essência da constituição. Reflete seu entendimento de que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas somente questões políticas. (HESSE, 1991, p. 9)

²¹ As expressões direitos humanos e direitos fundamentais são usadas por autores em diferentes contextos, sendo a primeira na esfera internacional, relacionada a um conjunto de direitos ideais imanentes à condição de ser humano e assim, universais, independentes da nacionalidade e território de domicílio, e a segunda correlata a direitos reconhecidos por uma ordem jurídica nacional à seus cidadãos.

²² Em âmbito nacional, em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do Presidente João Goulart sob o pretexto da ameaça de uma invasão comunista. A consolidação do regime militar baseou-se na Doutrina da Segurança Nacional, influencia dos Estados Unidos, “que funcionaram como pretenso marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva estatal”. Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão violento, estendendo-se o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte. (CIDH, 2018, p. 23 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>) Segundo a Comissão Especial da Verdade, cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados. (BRASIL, 2014, Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrador/components/com_simplefilemanager/uploads/CNV/relatorio%20cnv%20volume_3_digital%20mortos%20e%20desaparecidos.pdf>)

²³ A Constituição Federal, no § 4º do art. 60 dispõe: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

²⁴ Pelos termos do art. 5º § 1º da Constituição Federal.

servindo como recurso de controle da legalidade e de efetividade dessas promessas da modernidade (SANTOS, 2016, p. 168).

Mas o fim da Guerra Fria, longe de significar o restabelecimento da paz e a “revolução democrática”, “provocou mais mortes que todas as armas de destruição em massa no decorrer da história” e ensejou uma contrarrevolução que reabilitou a tradição colonial (LOSURDO, 2020, p. 12, 29). Com o advento do contexto de hegemonia capitalista imprimiu-se intensa ofensivas para o desmantelamento do *Welfare State* e o cancelamento formal dos direitos econômicos e sociais, que na visão de neoliberalistas como Hayek significam o ruinoso resultado da influência exercida pela “revolução marxista russa” (LOSURDO, 2020, p. 30). Essa ofensiva neoliberal resultou graves consequências, como o agravamento das desigualdades, a retração do mercado de trabalho formal, e o crescimento do Estado Penal, impactando na efetivação das normas de direitos fundamentais. Ademais, denominando os regimes do ocidente liberal de democracias burguesas, Losurdo relata os impulsos bélicos que estas promoveram, enfatizando o caráter genocida dessas guerras (LOSURDO, 2020, p. 67).

As ideias econômicas neoliberais²⁵ conquistaram a hegemonia na comunidade financeira internacional selada com o Consenso de Washington²⁶ (SARMENTO, 2006, p. 28), fazendo com que as exigências ditadas pelo mercado globalizado norteassem a redefinição do papel do Estado, e a idealização de eficientismo gerencial e atuarial da área privada fossem projetados para a área pública. Ainda, o Conselho de Washington considerando os limites estatais superados, passa a condenar todo “totalitarismo” que questione o “livre mercado”, que não atenda as “saúdes políticas econômicas de apoio ao empreendedorismo”, e que não obedeça a “organização de contas” pela austeridade (LOSURDO, 2020, p. 103).

A expansão do judiciário, no mesmo passo que o primado do direito, também foram percebidos e incorporados nos planos do “consenso hegemônico neoliberal”, que, por meio da concentração de poder no judiciário, a partir da suposição de um conhecimento especializado jurídico e neutro politicamente, fixou como marco jurídico a garantia de estabilização das expectativas dos investimentos e lucros (SANTOS, 2016, p. 321).

²⁵ No plano jus-filosófico é crescente a matriz neoliberal que tem como expoente Hayek, crítico da ideia de justiça social e da intervenção estatal. Outros expoentes dessa linha neoliberal: Milton Friedman (1982), Robert Nozick (1974)

²⁶ Sarmiento resume que o Consenso de Washington concentra um receituário elaborado pela Secretaria do Tesouro dos Estados Unidos, Banco Mundial, FMI e principais instituições financeiras do G-7, cujas propostas básicas são a abertura dos mercados internos, disciplina fiscal com corte de gastos, privatizações, desregulamento do mercado, reforma tributária, flexibilização das relações de trabalho, e transparência. Aquele se constitui um novo regime de acumulação de capital imposto em escala mundial por meio de políticas de ajustamento estrutural, como condição para que países em desenvolvimento obtivessem empréstimos.

A linguagem de dignidade humana como diretriz central do Estado de direito foi festejada como ponto culminante da democratização burguesa. Em exaltação para as “normas” e “valores”, o discurso dos direitos humanos passou a ser concebido como “gramática despolitizada”, integrado no formalismo da norma jurídica cujo direito é monopolizado pelo Estado.

Mas esse idealismo, separado da tradição revolucionária de transformação social, escorrega na possibilidade de distorção e fraude, já que, é forçoso ao intérprete o apoio em um conteúdo empírico, o que o faz desaguar numa certa tradição cultural, numa certa perspectiva herdada (LOSURDO, 2020, p. 198).

Nesse passo os direitos humanos, associados ao valor de dignidade humana como conceito de conteúdo velado, sofreram constantes sofismas pautados pelas políticas liberais, e esvaziamentos para adaptação consoante com as metamorfoses do neocolonialismo (SANTOS, 2016, p. 321), em movimento que Losurdo (2020) denomina de “imperialismo dos direitos humanos” (p. 103).

A forma como as seguidas declarações de direitos humanos foram apresentadas, como uma promessa de um futuro melhor, não obstante conviver cada vez mais com a realidade perturbadora de exclusões e desumanizações nos dá conta da realidade de que o “Estado de direito convive com um naturalizado estado de exceção permanente” (SANTOS, 2016, p. 419).

Percebendo essa convivência do estado de exceção²⁷ com o pleno funcionamento da “máquina”, Agambem demonstrou que o “aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado (...) ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito”, funcionando como uma técnica para legitimar aquilo que não pode ser legal (2004, 131)

Por isso é que Boaventura de Sousa Santos (2016, p. 435) afirma que os discursos de direitos humanos, longe de ter eliminado exclusões radicais com o fim do colonialismo histórico, têm sido manejados para garantir sua continuidade sob outras formas: o neocolonialismo, racismo, xenofobia, a criminalização da imigração, o encarceramento em massa. Subjacente às declarações de direitos humanos, está a possibilidade de sua inversão por meio de uma linha abissal que separa a definição de quem é verdadeiramente humano, e quem

²⁷ Não há carência de norma jurídica, emprega-se uma suspensão do ordenamento vigente para garantir a permanência desse estado de exceção. A lacuna não é de texto, mas tão somente prática, quanto à possibilidade de sua aplicação diante da realidade. Essa manejada “fratura essencial” entre a vigência da norma e a suspensão de sua aplicação é o que Agamben se explica ser o estado de exceção (2004, p.49).

não tem direito a ser humano. “A concepção ocidental, capitalista e colonialista da humanidade não é pensável sem o conceito de sub-humanidade”. (SANTOS, 2016, p. 778)

Cientes da histórica descontextualização e contradição dos direitos humanos, é que se tem a clareza de que a Constituição mesmo contanto com marcante tendência contra-hegemônica, tem sido forjada para a legitimação do neoliberalismo, principalmente em contexto latino-americano, em que a democracia liberal tem imposto o fortalecimento do fascismo social²⁸ com fachada político democrática. (SANTOS, 2016, p. 1218).

O Estado de direito e o sistema de justiça cooptado pelo neoliberalismo asseguram a hegemonia do modelo capitalista mais agressivo, ao mesmo tempo que evocam de forma seletiva os direitos humanos, de acordo com seus interesses. Se apresentando como técnico, e não político, esse modelo jurídico respeita mais os mercados do que as pessoas, sendo responsável pela inviabilização jurídica e pelo silenciamento de sujeitos (ARAÚJO, 2016, p. 111).

No âmbito do sistema prisional brasileiro, as exclusões daqueles não considerados dignos de humanidade apresentam-se da forma mais explícita, e a ineficácia das normas de direitos humanos ganha maior desdor. Nesse cenário é que a funcionalidade simbólica do Estado de direito e do sistema de justiça “neutro” ganham mais expressão, na medida em que facilitam a dissimulação do fascismo social, naturalizando e legitimando a manutenção desse sistema colonialista e autoritário.

Todavia, diante do cenário de rápido retrocesso das conquistas humanitárias, assumindo que o estado de direito ideal nunca existiu, e que o direito está no mundo reproduzindo as realidades impondo pena e encarcerando pessoas no estado de direito real, praticado, e inobstante a constante possibilidade de cooptação do discurso de direitos humanos, mas por falta de alternativas para superar os limites impostos pelo sistema capitalista que os reduz a um “direito burguês”²⁹, não há outra escolha senão recorrer a este sistema instrumentalizando os

²⁸ Nesta pesquisa, usaremos o conceito de fascismo social de Boaventura de Sousa Santos, no sentido de que, diferente do fascismo político surgido na Itália, o fascismo social opera nas estruturas sociais muito injustas, que deixa os cidadãos mais vulneráveis à mercê de violências, extremismos e arbitrariedades. (2014, p. 364) Não diretamente, e nem somente pelo Estado, o fascismo social ocorre no nível das relações sociais sempre que a parte mais forte [...] tem um poder tão superior ao da parte mais fraca que lhe permite dispor de um direito não oficial de veto sobre os desejos, as necessidades ou as aspirações da vida digna da parte mais fraca. Esse direito despótico de veto faz com que a parte mais fraca não possa realisticamente invocar de modo eficaz nenhuma proteção jurídica para lutar contra a opressão (SANTOS, 2016, p. 257). O fascismo social é o fascismo do apartheid social, da segregação dos excluídos para uma zona selvagem, largada ao estado da natureza hobbesiano. (SANTOS, 2002,)

²⁹ Lukács ressalta que o caráter paradoxal do direito, dizendo que o sonho de justiça não pode se situar além da concepção econômica de igualdade, já que a igualdade numa sociedade capitalista é determinada pelo modo que se realiza a circulação de mercadorias, a qual constitui a base real de todas as concepções jurídicas de igualdade e justiça (SARTORI, 2014, p. 1853).

direitos humanos como mediação tática em resistência social. Até porque, reconhecendo-se eventuais oportunidades de encontrar meios e ocasiões para implementar essa resistência, principalmente desarticulando contradições (ALTHUSSER, 1980, p. 49-50) recorrentes no modelo de democracia liberal, ao menos, as mais marcantes, o direito e o sistema de justiça podem também servir como local de luta para a contenção dos abusos de poder.

Assim, para a análise da operação do direito e da racionalidade do sistema de justiça, a presente pesquisa toma como referência a concretização aproximada do Estado Democrático de Direito pela identificação do aprofundamento da prática das garantias penais de direitos humanos. A partir disso, o direito só deve ser operável através da Constituição, direcionado a aproximação do ideal de Estado democrático de direito, no sentido de concretizar o projeto constitucional e limitando o exercício do poder pela instrumentalização tática das garantias fundamentais. (CASARA, 2021) A realização da democracia vai muito além do que a simples aplicação da fórmula majoritária,³⁰ sendo imperiosa a concretização da democracia substancial, não se admitindo o esvaziamento de direitos fundamentais ao ponto de não sobrar coisa alguma (BARCELLOS, 2002, p. 269). Assim é que o sistema de justiça deve estar orientado pelos pressupostos de expansão dos direitos e correlatos deveres do Estado, de maximização das liberdades frente minimização dos poderes (FERRAJOLI, 2002, p. 695), de reversão dos efeitos do colonialismo e autoritarismo em busca da realização dos direitos humanos e fundamentais.

Assim sendo, diante de tão grave crise carcerária que envolve diuturnas violações de garantias fundamentais, que já constrangeu o Supremo Tribunal Federal a reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, e visando trazer esclarecimentos para os que lutam pela participação responsável do sistema de justiça na defesa dos direitos humanos não atuem limitados a uma posição de inocentes úteis, é que essa pesquisa busca compreender qual a contribuição dos tribunais no equacionamento desse problema, ou mesmo se são estes parte do problema com a função de apenas legitimar prática opressivas, ou se estão direcionados pela busca da realização democrática.

³⁰ Ana Paula de Barcellos discorre sobre a análise de conteúdo e fins do princípio majoritário, explicando que democracia, ao invés de sinônimo de regra majoritária como repete o senso comum, tem como ideia subjacente o próprio princípio da igualdade, da qual se pressupõe o respeito aos direitos fundamentais. A autora historiciza que a regra da maioria, na verdade, surge como fórmula para viabilizar, na deliberação política, a ideia de igualdade essencial dos homens, não havendo sentido que a maioria de ocasião tivesse poder de se suprimir a igualdade que lhe deu origem (2002, p. 267-269).

1.2 A ERA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA³¹ E O ABUSO DO SISTEMA PENAL: AS EXCLUSÕES E SELETIVIDADE DO APRISIONAMENTO

Para contextualizar as reflexões propostas na presente pesquisa, trazemos a seguir uma superficial revisão bibliográfica da criminologia crítica³² materialista sobre o fenômeno do encarceramento em massa, que fincada na premissa de que a marginalização criminal se revela como “um status atribuído”, “um bem negativo” profundamente relacionado com o sistema excludente de acumulação capitalista, constitui uma importante ferramenta de análise da adequação da operatividade do direito e da atuação do sistema de justiça e sua influência para o bloqueio ou o aprofundamento democrático do Estado e da defesa dos direitos humanos que estão em jogo.

A partir do reconhecimento de que os sistemas punitivos e o encarceramento não tem vínculos com as taxas de criminalidade, mas representam sim um instrumento de controle e opressão de grupos vulneráveis ao capitalismo neoliberal, que é estruturalmente seletiva e racista, a atuação para o seu recrudescimento ou para sua mitigação pode bem servir de critério para a identificação do viés ideológico que direciona a atuação do sistema de justiça e a conformação mais real da execução penal com o Estado de direito democrático e os ideais de direitos humanos.

Analisar o contexto brasileiro, em que a superlotação carcerária beira 200%, 300% da capacidade declarada das prisões, e expor a agressividade punitiva que nos remete aos campos de concentração, que encarcera pessoas não para o trabalho, mas para a morte, nos levará a admitir que essa execução penal praticada não tem possibilidades de legitimação. Reconhecer a distância abissal do Estado de direito e a prática real de penas proibidas que revela a existência de uma dissimulada execução penal de exceção, não permite mais falar em justificação da pena, não há que se falar em legitimação da prática penal, somente em sua contenção.

³¹ O termo encarceramento em massa, traduzido do inglês *mass incarceration*, foi primeiramente usado por especialistas no campo do sistema punitivo e social, descrevendo a tremenda mudança na escala de encarceramento que começou no final dos anos 70, nos Estados Unidos, tendo por características curvas de crescimento extremamente íngremes em comparação com o crescimento populacional, resultando em número nunca imaginado de pessoas presas, e as brutais desigualdades raciais (Jonathan Simon cita David Garland como o autor que cunhou o termo, ver “*Mass Incarceration: from social policy to social problem*, 2011, p. 27). David Garland ressalta que o aprisionamento se torna massivo quando atinge grupos populacionais específicos (GARLAND, 2001, p. 1). Wacquant prefere a denominação “hiperencarceramento” para enfatizar que o diagnóstico do fenômeno não é “em massa” e sim seletivo por classe – pobre - no seio da raça – negra – que vivem nos guetos (2009, p. 3 e 4).

³² Segundo Baratta, a atenção da criminologia crítica, a partir de uma teoria materialista (econômico-política) da criminalização e punição, ao identificar um dos “maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista”, tem como objetivo dar subsídios para a luta radical contra a hegemonia do sistema estruturado no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade das classes subalternas (2002, p. 197).

Assim sendo, evidenciar as razões e as funções do caos penitenciário decorrente da superlotação carcerária e a real execução de penas proibidas no Brasil pressupõe a revisão da abordagem dos estudos materialistas da realidade punitiva. Envolve assim investigar a punição como “prática social concreta”, já que a pena declarada não existe, o que somente existe é a prática penal.

1.2.1. As Articulações da Economia da Punição

Não obstante as reformas do sistema penal do século XVIII terem se apresentado como mecanismo humanizador das penas, por ter substituído penas cruéis, a exemplo da pena capital, a prisão teve seus reais fundamentos de escolha e funções revelados. A tese revolucionária que inaugurou esse saber é a constante da obra “*Punishment and Social Structure*” de George Rusche e Otto Kirchheimer³³ (2004), por meio da qual aqueles autores demonstraram o profundo vínculo histórico da escolha do modelo de punição, não com questões humanitárias, mas sim com as relações de produção do mercado e com o desenvolvimento econômico que determinavam o valor potencial da massa de material humano.³⁴

A questão paradigmática dessa obra é a constatação de que “a pena não é simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um meio determinado pelo fim a ser atingido”, a punição é fenômeno socioeconômico desvinculado das variações de taxas de criminalidade. Nesse passo, observou que o “sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado [...], é parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 281-282).

Outrossim, com base nos dados estatísticos de países europeus, Rusche e Kirchheimer provocaram um giro copérnico nos estudos de criminologia a partir da constatação da “irrelevância dos métodos de punição como fator de determinação das taxas de criminalidade”,

³³ Punição e estrutura social de Georg Rusch e Otto Kirchheimer, de 1939, tida como advinda da interpretação marxista, que estudou as relações entre o crime e o meio social, patrocinada pela Escola de Frankfurt após sua transferência, fugindo da perseguição nazista, para Nova York, Estados Unidos, em 1934, e associando-se a Universidade de Columbia. A obra foi trabalhada a partir dos manuscritos de Georg Rusch, tarefa designada a Otto Kirschheimer, que também acrescentou capítulos com suas idéias.

³⁴ Reputa-se essa linha como marxista por relacionar os sistemas de produção ao sistema de punição como forma de controle e submissão das classes desfavorecidas, análise retirada sobretudo das manifestações de Marx em Crítica ao Programa de Gotha. Marx sustentou que na sociedade capitalista os meios de produção foram apropriados e monopolizados pela classe capitalista, que não trabalha, sob a forma de propriedade do capital e propriedade do solo, enquanto a massa dispõe apenas da condição pessoal, a força de trabalho, que ficam submetidas a um estado de dependência, escravidão e miséria. Curioso que, desde 1875, em crítica ao programa de Gotha, Karl Marx manifesta a importância de não se tratar encarcerados como bestas, e, sobretudo, a necessidade do trabalho prisional como meio de recuperação.

diante da constatação de que uma política penal relativamente mais severa não produz nenhum efeito sobre a criminalidade em comparação com uma política mais liberal, e que a taxa de criminalidade não é afetada pela política penal, mas está intimamente dependente do desenvolvimento econômico (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 273-274).

Da Revolução Mercantil do século XV, nas quais se praticava o comércio massivo de seres humanos como escravos para servir a economia primária, ao surgimento das burguesias europeias, que substituiu o poder dos nobres, inclusive seu poder punitivo, o direito penal passou a servir os interesses da Revolução Industrial do século XVIII.

Pachukanis já havia desenvolvido a ideia da correlação entre o surgimento do princípio jurídico da equivalência aplicado às punições e as necessidades da sociedade mercantil para assim afirmar que a vingança havia sido substituída pela reparação equivalente segundo a aritmética burguesa-capitalista. Adequou-se a punição às relações capitalistas de produção, por meio da privação de liberdade, uma duração de tempo determinada como pena, representando a concretização da concepção de riqueza capitalista abstraída em forma de trabalho humano medido pelo tempo e transformada em uma relação sinalagmática, análoga a um contrato. Revelando-se, portanto, que a revolução da gestão da questão punitiva tratou de conquista genuinamente burguesa. (1988, p. 120 e 130)

A partir da teoria do etiquetamento³⁵ que inicia a superação do paradigma positivista da criminologia, “A Nova Criminologia”, de Ian Taylor, Paul Watson e Jock Young, desenvolve a aproximação materialista, colocando maior atenção no papel da dinâmica social e econômica da sociedade capitalista perante os processos envolvidos na criação do crime, e envolve a criminologia crítica no compromisso pela abolição de desigualdades em riqueza e poder (1980, p. 20, 55).

Dario Melossi e Massimo Pavarini, na obra “Cárcere e Fábrica”, destacaram a relação interdependente das instituições segregacionistas europeias com o capitalismo, cuja motivação vai além das exigências de defesa social, demonstrando que a criação e desenvolvimento das instituições prisionais foram também pautadas pelas necessidades de mão-de-obra barata. O significado ideológico desta complexa realidade foi resumido na dupla analogia: “os internos devem ser trabalhadores, os trabalhadores devem ser internos” (2014, p. 266).

³⁵ Cf. *labelling approach theory* em BECKER, Howard S., *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.15. Segundo essa teoria, o desvio e a criminalidade passam a ser considerados uma etiqueta, um rótulo atribuído, um status social atribuído a certos sujeitos selecionados, a partir do entendimento do sistema penal como fenômeno de controle estatal (BARATTA, 2002, p. 11).

Em defesa dos interesses das classes dominantes, especialmente a necessidade da política econômica de manter baixo o nível de vida das camadas subalternas, a prática criminal passou a ter uma função educacional específica, cultivando a distinção moral entre aqueles que são pobres, mas honestos, e o extrato que se torna criminoso (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 247). Outrossim, a difusão da pena detentiva teve por base categorias do mercado capitalista, a idéia do *less eligibility concept*³⁶ e a de disciplina para o trabalho. Estes valores conduziram às diretrizes de que para combater o crime entre os estratos sociais desprivilegiados, as penalidades precisariam ser de tal forma que estes tenham uma piora em seus modos de existência, e que somente assim as prisões poderiam produzir um efeito dissuasivo (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.20).

Assim, ao passo que a Industrialização introduzia mais recursos tecnológicos na sua linha de produção, que fez-se sentir na degradação das condições e salários da classe trabalhadora livre, observou-se a redução do padrão de vida na prisão para bem abaixo do oficialmente considerado nível mínimo, e uma prática disciplinar institucional do cárcere mais dura. Nesse ambiente de pauperismo crescente, as próprias massas populares percebiam como ameaça, a concorrência que o trabalho no cárcere representava para o trabalho livre. Esse pensamento é confirmado nos termos do programa de Gotha do Partido Democrático alemão, acidamente criticado por Marx em manuscrito³⁷ (MARX, ? , pag. 6).

Na medida em que aumentava o desemprego, estabeleceu-se um processo de degradação das condições de vida no cárcere mantido abaixo dos padrões dos trabalhadores livres das classes subalternas. Observando a prática do princípio da *less eligibility*, e da relação com o que existe de pior do lado de fora das penitenciárias, é que Melossi entendeu a causa da crise crônica que vivia o cárcere italiano. Mais do que em outras realidades, o desprezo da força de trabalho permanentemente superabundante fez da prisão um instrumento de controle social, não perseguindo qualquer finalidade ressocializante (MELOSSI, PAVARINI, 2014, p. 147). A formação de um exército de desempregados nas cidades e que tornou o trabalho forçado nos

³⁶ O conceito de menos elegibilidade (traduzido da expressão *less eligibility concept*) foi primeiramente articulado pela crítica do criminologista Georg Rusche em *Punição e Estrutura Social*, 105-07, 2004 (traduzido de *Punishment and Social Structure*, 2003). Para ele, o “*less eligibility concept*” abrange a proposição geral que o sistema da justiça criminal deve implementar punições piores que as condições de vida no mundo livre, sob pena de perder seus efeitos punitivos e falhar na função de efetivo mecanismo de controle social. Rusche é amplamente reconhecido como um crítico social talentoso, que usou sua base marxista para o entendimento da punição relacionado com estrutura social e trabalho.

³⁷ Os termos da crítica: “Reivindicação mesquinha, num programa geral operário, Em todo caso, deveria proclamar-se claramente que não se desejava, por temor à concorrência, ver delinquentes comuns tratados como bestas, e, sobretudo, que não se queria privá-los de seu único meio de corrigir-se: o trabalho produtivo. Era o menos que se poderia esperar de socialistas.” (MARX, ? , pag. 6)

cárceres dispensável, reduzindo essas instituições a função de intimidação e controle político-social. (MELOSSI; PAVARINI, 2014, p. 80-83)

Diante da disparidade da concentração de riqueza e o aumento de delitos contra o patrimônio, o sistema penal também serviu aos interesses da burguesia para o controle das massas. Provocou-se alterações na lei penal como garantia por meio da criminalização de comportamentos que atendiam interesses capitalistas. A conivência dos juízes deu lugar a um conservadorismo preciso que camuflavam ações contra as classes subalternas. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 198-199)

A reconstrução científica da história do cárcere dentro da lógica de uma sociedade capitalista, revelou a real função que as instituições penais tinham para uma *economia política da pena*.³⁸ Ao passo que também sedimentou o entendimento da irrealização das funções declaradas da pena, em especial a promessa de operar a ressocialização mediante o trabalho, “já que o nó por desatar é o pleno emprego, nó que nenhuma experiência capitalista desatou, nem mesmo os que seguiram o receituário de J. M. Keynes”,³⁹ sendo que a acumulação capitalista tem como seu componente estrutural a manutenção de desempregados e de uma marginalização criminal. (2002, p. 189-193)

A orientação crítica da *economia política da pena* revelou importantes pontos de referência para a deslegitimação do sistema punitivo, já que o fundamento do controle de criminalidade serve para forjar o funcionamento das instituições penais e as intenções humanitárias para camuflar as necessidades da economia, representações fictícias por meio da qual é mantida a base da dominação de classes subordinadas.

Denominado de “*les trente glorieuses*”,⁴⁰ o pós-guerra foi marcado como um período de crescimento, pleno emprego, desenvolvimento da sociedade de consumo, e prosperidade do hemisfério-norte, além de índices decrescentes de encarceramento. Concomitantemente a isso, observou-se que a população carcerária dos Estados Unidos teve um constante declínio por

³⁸ Alessandro de Giorgio explica que a teoria da economia política da pena é situada no materialismo de Marx, interpretado do Prefácio à obra “A Contribution to the Critique of Political Economy” de 1859: “... The sum total of these relations of production constitutes the economic structure of society – the real foundation, on which legal and political superstructures arise and to which definite forms of consciousness correspond. The mode of production of material life determines the general character of the social, political, and spiritual processes of life.” (DI GIORGIO, 2006)

³⁹ John Maynard Keynes revolucionou o pensamento da econômica clássica que defendia o mercado livre, defendendo uma economia política intervencionista para mitigar efeitos dos ciclos econômicos de recessão e depressão. Ganhou muita notoriedade e popularidade no pós-guerra. John Maynard Keynes. In; Wikipédia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/John_Maynard_Keynes

⁴⁰ Termo cunhado pelo francês Jean Fourastié com a publicação do seu livro *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*.

aproximadamente duas décadas, levando criminologistas de referência a preverem uma estabilização do encarceramento a níveis moderados.⁴¹

David Garland, em seu livro “A Cultura do Controle”, ao fazer um histórico da política criminal que emergiu no pós-guerra, no contexto do Estado do bem-estar britânico e no Estado regulatório do *New Deal* americano, relata que a expansão econômica e o aumento dos níveis de vida facilitaram a expansão do que denominou de previdenciarismo penal (*penal-welfareism*),⁴² com a disponibilidade de mais recursos para esse propósito. (GARLAND, 2008, p. 124)

No entanto, no final dos anos 70 do século XX chama atenção a derrocada dessa política previdenciarista-penal numa virada punitiva dando lugar a um abrupto crescimento da população carcerária, sentido quase que imediatamente. As prisões americanas quintuplicaram o número de aprisionados de 1975 a 1999, extrapolando a capacidade prisional dos estados.⁴³ (ALPER; WEISS, 1977) Em observação a estas mudanças socioeconômicas, Savelsberg (1994) pontuou que as taxas de encarceramento se desenvolveram de forma bem mais significativa que as taxas de criminalidade, detalhando que o decréscimo de aprisionamento nos anos 60 e o acréscimo ocorrido nos anos 80 eram inversamente proporcionais aos indicadores criminais (p. 917).

A partir desta constatação, reafirmou-se a inadequação do paradigma “crime e castigo”, já que a proporção é suficiente para demonstrar que o crime não é a causa por detrás da hiperinflação prisional (WACQUANT, 2009, p. 4). De fato, o crescimento da população carcerária pouco ou nenhum efeito tem sobre as estatísticas oficiais de criminalidade, o resultado mais óbvio foi que populações carcerárias maiores não levaram a comunidades mais seguras (DAVIS, 2018, p. 115). Esse fenômeno também foi observado em alguns países da

⁴¹ Conforme relata Loïc Wacquant, “não há sequer um dentre os historiadores revisionistas da instituição penal, de David Rothman (1971) a Michael Ignatieff (1978), passando por Michel Foucault (1975), que não tenha visto no encarceramento uma prática destinada a ocupar um lugar secundário no arsenal contemporâneo dos instrumentos de punição. (2002, p. 50) (1999). Wacquant, por sua vez, exemplifica o otimismo dos criminalistas da época exemplificando com os estudos de Alfred Blumstein⁴¹ e seus colaboradores que propunham uma teoria *homeostática* do nível de encarceramento nas sociedades modernas, da qual concluíram que cada sociedade apresenta um nível constante de punição, independentemente do nível de criminalidade, mediante o acionamento de mecanismos estabilizadores praticados pelos agentes do sistema penal: a polícia, os promotores, os tribunais e os juizes, no sentido de redesenhar as punições. (1999)

⁴² Os axiomas do previdenciarismo penal postulavam que o crime acendia um sinal de incompletude no processo de adequada socialização, cabendo ao Estado a responsabilidade para assistir pessoas privadas das condições econômicas e sociais mínimas e que a redução das taxas de criminalidade seria resultado de uma “reforma social juntamente com a prosperidade econômica”. (GARLAND, 2008, p. 93, 110)

⁴³ Os autores relatam que o governo da Louisiana chegou a considerar até mesmo usar navios da 2ª Guerra Mundial para abrigar o excedente e aliviar a superlotação

Europa. Na Itália, Massimo Pavarini analisou esse mesmo movimento, como em outros países do continente, denominando o período de re-encarcerização⁴⁴ (PAVARINI, 2000, p. 97).

Por outro lado, notou-se que esse encarceramento em massa não foi percebido dentre os nórdicos europeus e o Canadá, países que mantiveram certa estabilidade na taxa de aprisionamento, ao mesmo tempo que sustentaram a ênfase no Estado do bem-estar social. Mesmo a Holanda, que teve um período curto de crescimento do encarceramento, manteve o objetivo na ressocialização (SIMON, 2013, p. 77).

As políticas neoliberais, tanto de Reagan, nos Estados Unidos, como de Thatcher, na Inglaterra, estavam comprometidas em desfazer arranjos sociais e econômicos do Estado de bem-estar, com a retração para o estabelecimento de um *Estado mínimo* e a construção de um aparato estatal mais poderoso e autoritário, o *Estado penal* (GARLAND, 2008, p. 210-220).

A disseminação das ideias da ética capitalista⁴⁵, consistentes na individualização da responsabilidade pelos méritos e tragédias, inclusive, a crença do trabalho ou a pobreza como escolha, e o descrédito ao assistencialismo e ao correccionalismo penal, deu lugar à ficção de mercado de que o Estado não deve assumir nem confrontar as deficiências sociais desse sistema, ao passo que deu ênfase à efetividade da prisão como instrumento de punição e neutralização, através de penas cada vez mais longas (GARLAND, 2008, p. 142, 155).

A consequência foi uma nova forma de governança criminal focada no populismo penal⁴⁶ e na retórica *lei e ordem*. Propostas dos *just deserts*,⁴⁷ tendo por consequência o início

⁴⁴ Pavarini descreve diferentes momentos do sistema prisional italiano: um primeiro, do final do século XVIII a primeira guerra mundial, período no qual se assistiu ao desencarceramento, o segundo, o período entre guerras com uma tendência de re-encarceramento, seguido de 25 anos de constante desencarceramento, até o momento de forte re-encarceramento.

⁴⁵ Garland analisa que os realinhamentos políticos desenvolvidos resultaram numa combinação aparentemente contraditória, de neoliberalismo de livre-mercado com conservadorismo social, era o tríplice: livre mercado - responsabilidade individual - valores patriarcais. Os apelos centrais foram: a hostilidade do estilo de tributar e gastar, falta de merecimento dos beneficiários da previdência, políticas brandas com o crime, sindicatos ilegítimos que administravam o país, destruição da família, colapso da lei e ordem, culpa aos pobres pela vitimização da sociedade, pelo crime nas ruas, pelos gastos com a previdência, pelos altos impostos, pela militância sindical. Aos mais atentos, a confluência que se identifica dessa combinação era a motivação para estabelecer contrapontos aos ideais Estado do bem-estar.

⁴⁶ As noções de punitivismo populista partiu inicialmente da contribuição de Anthony Bottoms (1995), (PRATT, 2007)

⁴⁷ Sobre o declínio do ideal de reabilitação nos anos 70, autores citam a popular obra de Martinson Robert, “What Works – questions ananswers about prison reform”, 1974, o autor analisou 231 pesquisas realizadas durante 6 anos para concluir “Com poucas e isoladas exceções, os esforços de reabilitação que veem sendo declarados até então, não tem efeitos relevantes na reincidência”. Outras obras nesse sentido: Allen Francis A. “The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose, 1981; James Q. Wilson, “Thinking about crime”, 1975, o autor culpa a gestao de Johnson por implementar programas humanitarios ineficientes direcionados a combater o crime por meio da abolicao da pobreza, concluindo que “se as prisoes nao podem reabilitar, ao menos elas podem punir e isolar”; estudos financiados pelo Committee for the Study of Incarceration, resultaram na obra de Von Hirsh e outrs, “Doing Justice”. (Cf. ALPER, WEIZZ, 1977)

das *Mandatory penalties*⁴⁸, e das *truth-in-sentencing*⁴⁹ marcaram a pretensão retributiva da pena nos Estados Unidos.

Observando que a ideia do Estado mínimo não representava a diminuição dos gastos estatais, mas somente o rearranjo das preferências de investimento, Wacquant (2009) conclui que a súbita hipertrofia do Estado penal substituiu a atrofia do Estado social representada como uma manobra neoliberal de acumulação de riquezas por meio de achatamento de salários e exclusão dos negros pobres. Assim, demonstrando a correlação entre o neoliberalismo e o Estado penal, enfatiza que a instituição desse regime de “paternalismo-liberal” envolve a prática do *laissez-faire* máximo e investimentos estatais aos privilegiados, mas é intensamente disciplinador na base, fazendo a gestão das classes baixas como controle das consequências do desinvestimento social, da desregulação do trabalho e econômica (p. 7).

Garland, identificando a dinâmica de uma cultura do controle, descreve o movimento da política empenhada no fortalecimento da ideologia da penalização com feição retributiva, e da centralização da vítima na política criminal (GARLAND, 2008, p. 50-56). Construiu-se uma relação de incompatibilidade da proteção a vítima e da humanização das penas, que qualquer esforço passou a ser representado como um insulto as vítimas. Concomitantemente, provocou-se na re-dramatização do medo como tema cultura, sendo assim possível legitimar, sem fundamento jurídico ou científico, um novo sistema de justiça penal, no qual a extensão e severidade das penas foi estabelecida sem relação estreita com as classificações criminais.

Stuart Hall, no livro *Policing the Crisis*, já destacava o marcador racial desse controle social que se baseava na construção de um “pânico moral”, uma política do medo, a partir da construção de uma imagem de criminoso com rosto, identidade difundidos pelos meios de comunicação. Não obstante ressaltar a influência da mídia, observa que o próprio crime se torna notícia porque seu tratamento – de expurgação do demônio da sociedade – reafirma um consenso moral previamente existente na sociedade (1978, p. 66).

Também, em Nova York, consagrada como “fábrica de ideias” da nova direita norte-americana, nasceu a política da “tolerância zero”, que dando muita ênfase ao “caráter sagrado dos espaços públicos”, e a desordem associada às áreas pobres da cidade como terreno natural do crime, justificaram a repressão mais agressiva à pequena delinquência. Assim, foi difundida,

⁴⁸ As *mandatory penalties* referem-se a previsões legais que limitavam o poder discricionário do juiz na execução penal, obrigando a imposição de penas mínimas fixas e mais longas, como as *Rockefeller's Drug Law*, *Second Felony Offender Law*, de 1973 e a *Anti-Drug Abuse* de 1984, 1986 e 1988 (ALPER; WEIZZ, 1977; GARLAND, 2017).

⁴⁹ “*Truth in sentencing*” consistiam em políticas públicas que intencionavam desestimular a aplicação de *paroles* (análogo ao livramento condicional) para que os condenados servissem o máximo do período previstos nas sentenças de condenação (GARLAND, 2017).

entre a criminologia conservadora americana, a teoria das “janelas quebradas”,⁵⁰ que apesar de nunca confirmada empiricamente, serviu de fundamento para a reorganização da política penal (WACQUANT, 2004, p. 29). Pesquisas constataram que essa política acarretou um amplo encarceramento de infratores não violentos. Analisando os dados de encarceramento de 1978 a 1999⁵¹, observou-se que o número de infrações não-violentas triplicou, e o número de crimes relacionados a drogas aumentou 11 vezes, os infratores não-violentos passaram a representar 77% do crescimento da entrada nas prisões americanas (GREENE, 2001).

Constatado o dramático impacto nas taxas de encarceramento norte-americana de jovens negros e hispânicos, Katherine Beckett,⁵² analisa mudanças nos pronunciamentos públicos oficiais sobre o crime, e compara estatísticas e matérias midiáticas, constatando a associação entre as práticas punitivas e os discursos públicos ideológicos, os quais, influenciando o nível de comoção pública sobre o crime, visaram legitimar a repressão e o aumento de poder do Estado sobre os corpos da população de excluídos e vulneráveis, atuando independentemente das taxas de criminalidade e do fator criminogênico. Sua pesquisa, denominada *Making Crime Pay*, centrada no “teatro do discurso político americano” concluiu que as campanhas relacionadas aos problemas criminais faziam parte de um projeto de reconstrução estatal que consistiam no esforço de substituir o programa de bem-estar social pelo controle social como princípio de política pública (1997, p. 3, 106).

Angela Davis já havia revelado que a prisão é operada como solução punitiva para uma gama completa de problemas sociais que não são tratadas pelas instituições de assistência social para proporcionar o mínimo de vida digna. Acrescenta a autora que a composição racial da população carcerária também revela o significado social desse fenômeno prisional. Citando Du Bois é que Angela Davis reafirma que a abolição da escravidão se deu apenas no sentido negativo, já que uma verdadeira liberdade se daria apenas com o estabelecimento de uma “democracia da abolição”, ou seja, a criação de um complexo de instituição que garantissem materialmente a inserção dos excluídos na ordem social. No entanto, a lógica da farra do aprisionamento é desmantelar o *welfare-state* e dar sumiço nas populações dispensáveis da

⁵⁰ A teoria das “janelas quebradas” foi formulada em 1982 por James Q. Wilson e George Kelling, publicada na revista *Atlantic Monthly*.

⁵¹ Fontes: *U.S Department of Justice, Bureau of Justice Statistics*

⁵² A pesquisa analisa discursos oficiais relacionados a questão criminal, de dois períodos: o discurso do *war on crime* de 1964 a 1974, e o discurso do *war on drugs* de 1985 a 1992. Demonstra que o discurso do *law and order* foi inicialmente construído por políticos do sudeste norteamericano para deslegitimar as conquistas do movimento por direitos civis, em fenômeno conhecido como *backlash*. Explica as conexões ideológicas entre droga, crime e imagens racistas de classes perigosas, descrevendo como a repressão ao ópio foi adotada em desfavor de imigrantes chineses, o uso de cocaína foi associada aos negros sem evidencia científica e a repressão a maconha como reação ao aumento do nível de desemprego imputado à imigração mexicana, sempre eclodidas em situações de crises econômicas (BECKETT, 1997, p. 15, 28, 46)

sociedade, removendo-as às prisões. Ao invés de se construírem moradias, de se desenvolverem sistemas educacionais, jogam na cadeia os sem-teto, os analfabetos, os desempregados da globalização do capital. (DAVIS, 2019, p. 31, 73, 138)

Nesse mesmo sentido é que Michele Alexander afirma que o encarceramento em massa é o novo Jim Crow, uma nova forma com um novo discurso para manter o sistema de castas raciais, a mesma função de aprisionar pessoas de cor e subjugar-las a uma permanente classe inferior de cidadania. Da mesma forma que as instituições da escravidão e do Jim Crow, o encarceramento em massa opera como uma rede estruturada no sistema jurídico, nas instituições de controle para assegurar o controle de um grupo definido em larga escala pela raça. O encarceramento em massa é a institucionalização de uma discriminação racial legalizada (2012, p. 550).

Seguindo esse entendimento, Wacquant (2009), considerou o agigantamento do Estado Penal, para além de instrumento da reconfiguração neoliberal, também expressando uma reação ao movimento dos direitos civis e aos motins do “Black Belt”⁵³ de meados da década de 60 que resultou numa “prisão racializada”, enfatizando que o fenômeno é caracterizado pela dupla seletividade de cor e classe, focalizado nos guetos negros.⁵⁴

Alessandro de Giorgi, referindo-se a essa fase como o *segundo grande internamento*, aponta para uma verdadeira contrarrevolução que visava a preservação da mais valia e margens de lucro, na qual as instituições penais estavam incluídas, dando lugar a uma diferente configuração de relação de produção: o pós-fordismo. Atentando para as mudanças ocorridas no contexto produtivo que chama de pós-fordista,⁵⁵ o autor identifica novas direções de uma crítica do controle social. Citando pesquisas como a de Ivan Jankovic (1977),⁵⁶ e convencido

⁵³ Black Belt é a denominação geopolítica dada à faixa da região do sul dos Estados Unidos para enfatizar o longo histórico de maioria de população negra advinda da escravidão.

⁵⁴ Analisando a prisão como instrumento do Estado para a gestão das populações vulneráveis, a partir de um nexos de causalidade entre a hiper-guetização e hiper-encarceração, Wacquant descreve a passagem da escravidão para a prisão. A prisão como sucedâneo da escravidão e do Jim Crow americano, o gueto vai além de um quarteirão segregado, para configurar-se como um instrumento de controle étnico-racial na cidade. No mesmo passo, a medida em que o gueto perdeu sua função econômica de extração do trabalho barato, a prisão passou a servir de meio para conter a mesma população rejeitada das classes negras mais baixas, tida como desviante, indigente e desonrada. O autor conclui assim que gueto e prisão pertencem ao mesmo gênero organizacional, instituições de detenção forçada: o gueto como espécie de prisão étnico-racial na cidade, e a prisão como gueto judicial. A prisão passou a ter um forte papel na divisória racial, não só perpetuando a marginalidade econômica do subproletariado negro, como a estigmatizar à desonra racial (2009, p. 6 e 7).

⁵⁵ O autor denomina de pós-fordismo a uma época de transição, caracterizada pela economia de excesso negativo no sentido de depender cada vez menos da quantidade de força de trabalho diante da introdução de novas tecnologias, e de excesso positivo no sentido de massas crescentes de sujeitos que excedem as exigências do sistema separada de uma aristocracia do trabalho imaterial que se coloca no centro, que constitui o que chama de multidão, força de trabalho que expressa a produtividade na indistinção, o que supera o conceito de classe. (DI GIORGIO, 2006, p. 75)

⁵⁶ O autor parte de duas hipóteses: o agravamento das condições econômicas do trabalho livre associadas à maior severidade das penas e a segunda que concerne ao incremento das taxas de encarceramento como utilidade para

de que as taxas de encarceramento são fenômenos observáveis independentemente da criminalidade, conclui que o agravamento das condições econômicas constitui um indicador plausível da severidade das penas. Assim, sugere interpretações mais articuladas da relação entre a economia e penalidade, para focar mais em termos qualitativos, observando que “na definição das fronteiras nas quais a *less eligibility* opera, outros fatores sociais interveem para delinear a condição do proletariado e a sua relação com o regime penal”, como a composição étnica do desemprego, as relações de gênero, as transformações abrangentes do mercado de trabalho, mas especialmente, a situação do estrato social mais baixo. (2006, p. 56)

1.2.2. A importação da política punitiva para o sistema brasileiro

Com a crescente globalização do capitalismo, os processos de desindustrialização que resultaram no fechamento de fábricas e no crescente desemprego, o modelo norte-americano de desmantelamento do bem-estar-social e da expansão das prisões foi disseminado pelo ocidente, em especial pelos países de economia dependente.

Conhecedor de que o modelo penal do neoliberalismo é mais sedutor e nefasto em países como o Brasil, diante da acentuada desigualdade social e histórico de regime autoritário, Wacquant diagnosticou a erupção de uma ditadura sobre os pobres por meio da expansão do Estado Penal (2007, p. 208).

Apresentada ao mundo como sucesso da modernidade americana, as doutrinas de lei e ordem se propagaram no ocidente, e com ela a retórica militar de “guerra contra o crime”,⁵⁷ guerra contra as drogas, e da “reconquista” do espaço públicos. Em 1998, o presidente do México lança a “Cruzada nacional contra o crime”, no mesmo ano o então Ministro de Justiça de Buenos Aires divulga que também aplicará “a doutrina elaborada por Giuliani”, em 1999 Joaquim Roriz, governador de Brasília, anuncia a aplicação da “tolerância zero”, na França é

redução do desemprego, implementado uma regulação do *surplus* da força de trabalho, ou o conhecido exército industrial de reserva de que fala Marx. Examinando o caso dos Estados Unidos entre 1926 e 1974 confirma a primeira mas não registra nenhum impacto significativo das taxas de encarceramento no mercado de trabalho (DI GIORGIO, 2006, p. 50).

⁵⁷ Jonathan Simon relata que o termo guerra tem sido usado e aceito desde a 2ª Guerra Mundial como uma metáfora que, apelando para o medo, camufla transformações na forma de governança, demandando a extensão de poderes, novos controles, novas ofensividades, ou melhor, o estabelecimento de novas “racionalidades pelas quais as elites justificam e definem as dimensões desejadas de sua própria governança”. Cita a frase de Carl von Clausewitz (1832) “A guerra é a política realizada por outros meios” (SIMON, 2014, p. 259). Políticos que usaram o termo: guerra contra a pobreza, Lyndon Johnson; guerra contra o câncer, guerra contra as drogas, Nixon; guerra contra o crime; guerra contra o terrorismo, Bush; e agora “nossa verdadeira guerra” (*our true war*) referindo-se os esforços para “abater o vírus chinês” (*we continue our relentless effort to defeat the Chinese virus*). (Cf. “*Our real war*”, TIMES, 2020, Disponível em: <https://time.com/5806657/donald-trump-coronavirus-war-china/>)

lançada a campanha “*null toleranz*”, na Itália ganha furor a “*tolleranza zero*” (WACQUANT, 2004, p. 33).

Em moldes análogos aos críticos do sistema punitivo norte-americano, Eugenio Raúl Zaffaroni e Ilison Dias dos Santos (2019, p.113) aduzem que as mudanças do controle social punitivo das últimas décadas assumem o caráter de funcionalidade necessária para o crescente movimento econômico de concentração de riqueza, e de tática de controle repressivo das *classes perigosas*.

Massimo Sozzo observa que o fenômeno da virada punitiva norte-americano, de fato, chegou à América do Sul, não obstante em tempo e contexto diferente, o que o fez denominar o período de pós-neoliberal (2017, p. 136).

Vera Andrade relata a emigração da ideologia Lei e Ordem para a América Latina, denominando de colonização doutrinária que é replicada nos países do cone sul desde a ideologia da segurança nacional (2006, p. 179).

O grande encarceramento brasileiro tem peculiaridades não totalmente explicadas pelas correntes da criminologia internacional, não obstante se admitir que a onda do punitivismo atingiu o Brasil em cheio (SEMER, 2019, p. 50).

Essa onda de punitivismo é, primeiramente, percebida pela inflação de tipos penais punidos com penas privativas de liberdade e a conseqüente saturação do sistema prisional. Tendo em vista que a maior parte não viola abertamente um direito fundamental, nem pressupõe violência ou grave ameaça, é tida como banalização do direito penal (DIETER, 2016).⁵⁸

Baseada em pesquisa⁵⁹, Carolina Ferreira aponta a inflação de leis penais, que tiveram um auge de tipificação penal mesmo no período da redemocratização, entre os anos 80 e 90, sendo mais significativa que o período das ditaduras brasileiras⁶⁰ (FERREIRA, 2016, p.47).

Não obstante impressionar a violência estatal praticada nos regimes ditatoriais, tanto pela institucionalização quanto pelo *modus operandi* secreto,⁶¹ é cada vez mais evidente que a

⁵⁸ “Nas três décadas o Legislativo aprovou mais de 115 leis com conteúdo penal [...] média de quase quatro leis penais por ano. [...] estimadas 1.688 incriminações (DIETER, 2016).

⁵⁹ A pesquisa “Descarcerização e Sistema Penal: a construção de políticas públicas e racionalização do poder punitivo”, foi realizada entre 2011 e 2015, por grupo composto pelas pesquisadoras Carolina Costa Ferreira (UnB), Érica Babini Machado (UFPE), Thais Dumet Faria (UnB), Tania Maria de Oliveira (UnB), e Clara Moura Masiero (PUCRS), conforme relata a autora (FERREIRA, 2016, p. 45).

⁶⁰ A república brasileira teve duas ditaduras: Estado Novo (1937-1945) e o Regime Militar (1964-1982). A delimitação temporal da ditadura militar é problemática, em razão da redemocratização ter se dado de forma negociada. Relata três marcos: 1985, quando o primeiro presidente civil foi empossado; 1988, quando promulgada a Constituição; 1982, que considera melhor referência para a segurança pública, tendo em vista que foi eleitos governadores que buscaram redefinir a segurança pública, como Brizola e Mario Covas (SOARES, 2019, p. 2008).

⁶¹ Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão violento, estendendo-se o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte. Segundo a Comissão Especial da Verdade, cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros

atenção política com a expansão do poder punitivo se amplia e atravessa governos de direita e de esquerda (SEMER, 2019, p. 51).

Os esforços para implementar políticas de segurança pública comprometida com a garantia dos direitos fundamentais sempre foram freadas⁶² pelo forte populismo penal, que, por meio da exploração emocional na política criminal, e a centralidade da vítima (figura que representa a potencialidade de vitimização da sociedade) se colocam como prioridades nos debates sobre o sistema penal (AZEVEDO; CIFALI, 2015, p. 109).

A partir dessas constatações, diz-se que a transição democrática não se estendeu ao campo da segurança pública, e que a arquitetura institucional das instituições policiais⁶³, herança da ditadura, agrava a atenção às exigências de uma sociedade complexa e tira o lugar da prioridade das garantias dos direitos dos cidadãos (SOARES, 2019, p. 341).

Massimo Sozzo fazendo importante observação sobre a polícia argentina, porém aplicável ao Brasil, afirma que a militarização da instituição policial está estruturalmente conectada com a focalização do sistema no inimigo político (2012, p 529).

De fato, o legado autoritário da ditadura infiltra nas instituições de segurança pública a ideia de prerrogativa do poder punitivo do Estado, ao passo que afasta da defesa da cidadania (CARVALHO, 2008).

No entanto, estes aspectos do autoritarismo institucional são efeitos do problema, constituem o instrumental que corporifica o aparelho ideológico estatal. A agressividade da repressão punitiva brasileira está atrelada ao “grau de espoliação social adequado à reprodução do capitalismo brasileiro” que tem como componente a necessidade objetiva de formações sociais dependentes (ALEMANY, 2019, p. 355-356). O processo neocolonizador capitalista, e a conservação do poder elitista marcada pelo período escravagista, dão o caminho para explicação da sede punitivista brasileira.

meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados. Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III – Mortos e desaparecidos políticos. Introdução. fl. 26, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015

⁶² Soares relata que Lula desistiu de prosseguir no caminho prevista para a implantação do plano denominado PRONASCI, elaborado pelo Instituto Cidadania com participação de pesquisadores e profissionais da área de segurança pública, que visava a reforma das polícias e sistema penitenciário, ao medir os riscos políticos (2019, p. 2295).

⁶³ A militarização e a divisão do ciclo policial são causas da cultura corporativa belicista, hierarquização acentuada que encerra qualquer espaço para discricionariedade dos agentes da ponta, e de responsabilidade, redução de atuação à flagrantes praticados nos espaços públicos, que leva ao varejo mais significativa da cota de prisões: pequenos vendedores de drogas, batedores de carteira, praticados, em geral, pelas classes mais pobres (SOARES, 2019, p. 748).

O Brasil teve 57.358 mil mortes violentas intencionais no ano de 2019, que representa uma taxa de 25,7 mortes por 100 mil habitantes,⁶⁴ dos quais uma parcela mínima tem autor descoberto e preso.^{65, 66} Diante desses números pode-se até afirmar a prática de despenalização dos homicídios no Brasil.

Em contraste a esse déficit de repressão aos crimes contra a vida, somos um dos países que mais encarcera no mundo, temos a terceira maior população carcerária,⁶⁷ 748.009 de pessoas presas em 2019, a uma taxa 359,40 presos por 100 mil habitantes. Dentre as incidências que ocasionaram o encarceramento, mais de 70% são relacionados a patrimônio e repressão às drogas, sendo este último o subgrupo que mais aumentou na taxa de encarceramento.

Estes delitos que mais encarceram refletem no alvo do sistema que, em regra, corresponde à população socialmente vulnerável, extremamente pobre e excluídos do mercado de trabalho formal, mais de 75% têm até o ensino fundamental completo, considerado um indicador de baixa renda (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018). No que se refere aos crimes relacionados à repressão às drogas, somente os “descartáveis pequenos e microtraficantes” que são os selecionados pelo sistema, e ainda sofrem a intensidade de penas desproporcionais (BOITEAUX et al, 2009).

De fato, a seletividade estrutural do sistema espelha a desigualdade de classe, os incluídos penalmente nas prisões são os excluídos socialmente do mercado de trabalho e do sistema social. Diante dessa realidade que contrasta a impunidade de homicídios pelas cifras ocultas,⁶⁸ e a seletividade das prisões, com foco nos crimes contra o patrimônio e repressão às drogas, é que se afirmar que a função real dos nossos sistemas punitivos não é o combate à criminalidade, e sim construir a criminalidade seletiva pela “delimitação do inimigo interno”,

⁶⁴ Dados do Fórum de Segurança Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Cf também crescimento da últimas décadas nos dados do IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20>, e <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>. Acesso em abril de 2020.

⁶⁵ Julio Jacob Waiselfisz, coordenando a pesquisa Mapas da Violência 2011, apurou que 8% dos homicídios têm autor descoberto e preso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-09/somente-homicidios-sao-resolvidos-50-mil-cometidos-pais>>. Acesso em março de 2020.

⁶⁶ Importante atentar também para os 82.094 desaparecimentos reportados à polícia Cf. Reportagem que atenta sobre os dados de aumento de 23% em 2019, de assassinatos cometidos por policiais, o aumento de desaparecimentos e relata a investigação sobre sepulturas clandestinas encontradas. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/14/opinion/1568421039_616695.html>. Acesso em março de 2020.

⁶⁷ Dados do site *Prison Studies*. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>.

⁶⁸ O sociólogo Edwin Sutherland, autor da Teoria da Associação Diferencial, em seu último livro, *White-Collar Crime* (1949), apontou o viés nas estatísticas criminais americana da plataforma *Uniform Crime Report – UCR*, demonstrando que há casos que não chegam ao conhecimento das autoridades públicas, o que restou denominado de “dark figure”, traduzido para o português como cifra negra ou criminalidade oculta. Ele sustentou que a concentração da taxa de criminalidade entre os mais pobres estava nas circunstâncias, e não no comportamento, ou melhor, estava no foco de atenção dos procedimentos administrativos, na perspectiva e ênfase institucional (GALLINER, 1988, p. 66-67; KAPPELER; POTTER, 2017, p. 153).

confirmando que a intervenção punitiva é simbólica, é a ilusão da segurança jurídica (ANDRADE, 2012, p. 61, 171).

Soma-se ainda o fato de que a ressocialização sempre foi promessa descumprida, e a certeza da impossibilidade⁶⁹ da realização desse fim expõe os objetivos da punição como resposta neutralizadora dos grupos racializados, excluídos do mercado de trabalho (CARVALHO, 2008, p. 217). Assim é que, esta redução do sistema punitivo à neutralização não somente o deslegitima pela sua “eficácia invertida”, contraditória perante suas funções declaradas de proteção de bens jurídicos para promoção de segurança coletiva, mas revela a realidade da sua função (ANDRADE, 2006, p. 170).

A resistência dos juízes à função garantista de direitos fundamentais, é demonstrada pelo crescente número de presos provisórios, e a pouca efetividade da reforma das cautelares no processo penal, que estabelece a prisão como *ultima ratio*, princípio que deu ao Judiciário série de possibilidades alternativas à prisão (AZEVEDO, CIFALI, 2015, p. 116).

Pesquisas sobre decisões judiciais em crimes relacionados ao combate às drogas revelaram a deturpação da aplicação da Lei nº 11.434, de 2006, que embora tenha o objetivo de redução do poder punitivo, quebrou expectativas de desencarceramento e resultou, paradoxalmente, no crescimento do aprisionamento em razão de posições resistentes de juízes (SEMER, 2019, p. 300).

Marcelo Semer, demonstrou que juízes estatuais se baseiam mais nas decisões punitivistas dos Tribunais de Justiça, distanciando dos paradigmas mais garantistas dos Tribunais Superiores, e que a prerrogativa da independência funcional do juiz, ao invés de atuar na proteção de direitos fundamentais, é levantada para negar as atuações do Supremo Tribunal Federal nesse sentido (2019, p. 300, 315).

A observação da deferência do Judiciário com o populismo penal levou Casara a denominar esse comportamento de “populismo judicial”, enfatizando, que ao invés de cumprir seu papel contramajoritário e sua função de garantidor dos direitos fundamentais, atua para esvaziar o sentido da democracia (2017, p. 2087).

1.3. A superlotação carcerária: penas praticadas proibidas

⁶⁹ Cf. Pesquisa que demonstra que a ressocialização também é seletiva aos socialmente excluídos, não se aplicando a criminosos de “colarinho branco”, e repercurte negativamente nos requisitos da progressão e periculosidade, intensificando a pena pela condição de vida da pessoa. Analisa também que a ressocialização não é indispensável para a humanização das penas. (ANJOS, 2009)

Como visto, desde a reforma ao modo liberal pela humanização das penas e fim do suplício é que se desenvolveu a racionalidade economicamente calculada do poder de punir. A partir do princípio da *less eligibility*, as condições do cárcere afetado pela precarização do trabalho e do empobrecimento de massa determinaram sua precarização e altos níveis de superlotação.

Nesse passo, se deduz que o tamanho da população das prisões resultante da quantidade de pessoas que são ordenadas ao encarceramento, o tempo determinados para lá permanecerem, e os impactos disso na superlotação e precarização das condições do cárcere são escolhas programadas desse modelo de punir. Não por outro motivo é que Zaffaroni afirma que “cada país tem o número de presos que escolhe ter” já que o “índice de encarceramento é sempre uma decisão política de cada Estado” (2019, p. 140).

Depois de reconhecido o desencanto com ideia de ressocialização, e reduzido o encarceramento à segregação do máximo de infratores das camadas populares nas prisões pelo máximo de tempo possível, observou-se a perpetuação da situação de superlotação nas prisões como resultado de um aumento constante no número de presos, em crescimento esse geometricamente persistente.

Mesmo em nações economicamente fortes, como a norte-americana, que empreendeu esforços para a consistente construção de cada vez mais estabelecimentos penais, a superlotação se apresentou crônica (SIMON, 2013, p. 221). As estatísticas oficiais americanas mostram que, embora os Estados Unidos tenham instalado um número muito grande de prisões desde o início dos anos 80, a ponto de construir até um estabelecimento por semana no período de 1985 a 1995, essas mesmas instituições sempre operaram acima de suas capacidades espaciais próprias e efetivas. A construção de novas instituições prisionais, assim, representou tão somente, um compromisso de manter alto o número de prisioneiros, antes de se direcionar ao adequado acomodamento de pessoas (GRANDE, 2006).

Essas políticas repressivas também geraram níveis inéditos de gastos com o sistema penal, especialmente o prisional, ao passo que repercutiram impactos na redução de outras linhas de investimentos públicos, tais como educação, assistência médica ou programa de criação de empregos. A crise econômica global de 2008, a Grande Recessão, que afetou a vida econômica dos Estados Unidos e da Europa, acelerou debates sobre a reforma do encarceramento em massa. Após mais de trinta anos de crescimento da população carcerária, a estratégia política, com olhos nos cofres públicos, passou a não ser mais *tough on crime*, mas sim *smart on crime* (SIMON, 2013, p. 83).

Diante desse panorama, ganhou mais espaço no sistema penitenciário americano, o gerencialismo⁷⁰, seguindo a racionalidade pós fordista de gestão de risco dos extratos sociais mais baixos reconfigurados em multidão, a partir de uma periculosidade presumida. Esse discurso foi bem recebido pelo populismo penal, já que possibilitou a persistência da prisão como forma de segregação, na medida em que menos recursos fossem utilizados para alcançarem-se efeitos máximos (GARLAND, 2004, p. 398; FEELEY; SIMON, 1992, p. 458)

Em 2009, pela primeira vez na história, a população carcerária americana começou a cair. Alguns estados começaram a adotar políticas criminais de descriminalização, redução de pena, e de prisões preventivas.⁷¹ Em 2011, a Suprema Corte americana, no caso *Brown vs. Plata*, condenou a Califórnia a desencarcerar pessoas sujeitas a superlotação, em decisão considerada paradigmática (SIMON, 2014, p. 17).

Todavia, não obstante observar-se uma queda na população prisional de 2008 a 2018, que passou de 755 a 655 de pessoas aprisionadas por 100 mil habitantes, o número de presos nos Estados Unidos continua perto das altas históricas (WORLD PRISON BRIEF, 2018). Ademais, outros estudos focam a atenção em quanto esses esforços revelam o atendimento dos mesmos interesses liberais,⁷² já que as motivações reais refletem a era de recessão econômica e que o empenho institucional para a redução dos custos com o sistema penitenciário, não está direcionado a resolver a situação crítica de assistência à saúde nas prisões, mantendo a situação de desumanidade das pessoas presas que não conseguem se aproveitar das medidas de desencarceramento, justificando a falta de investimento nas promessas de reabilitação e ressocialização, além de ensejar argumentos para propostas de taxação de custódias – “*pay to stay*” (AVIRAM, 2016).

A superlotação representa um fator determinante nas condições indignas e desumanas que a pena é praticada dentro das prisões. Como efeito do encarceramento massivo, a

⁷⁰ Associada às modernas tendências tecnocráticas das políticas de gestão de riscos, infiltrado pelo princípio da eficiência e economicidade, importados da área privada para a área pública, com a difusão da ideia de que a área privada faz melhor gestão, esse modelo foi transposto também para a gestão penal, fundando a denominada Criminologia atuarial. Mauricio Dieter relata que a Criminologia estatística teve origem no direito penal por meio da infiltração de métodos de risco estatístico na análise de concessão de “parole”, mas que a institucionalização da lógica atuarial ganhou relevância nos anos 80, denominada por Malcolm Feeley e Jonathan Simon, de *new penology* (DIETER, 2012, p. 53).

⁷¹ O discurso de contenção de gastos com as prisões ensejou os seguintes temas dessa era de recessão: o projeto de legalização do comércio da maconha, realinhamento da justiça com reformas focadas em crimes não violentos e pessoas condenadas idosas, enfermas e mulheres grávidas, e redirecionamento dos custos de custódia para os próprios “clientes” da justiça (AVIRAM, 2019).

⁷² Essas observações levaram Hadar Aviram a denominar esse fenômeno de desencarceramento gerencial de “*humonetarianism*”. Cf. “*Humonetarianism: The New Correctional Discourse of Scarcity*”, 2010.

superlotação tem deteriorado prisões e as convertendo em verdadeiros campos de concentração (ZAFFARONI, 2019, p. 139).

Não é de hoje essa constatação, a qual nos faz revolver às condições de encarceramento do final do século XVIII, quando a primeira onda de superlotação foi seguida de uma epidemia de tifo – *jail fever* - que se espalhou além dos muros e atingiu as vizinhanças. Essa catástrofe convenceu magistrados à adesão ao *Penitentiary Act* inglês de Howard, e Blackstone (IGNATIEFF, 1978, p. 99).

Como exposto acima, o encarceramento em massa decorre de uma expansão punitiva com vistas a dar uma solução simples à problemas socioeconômicos por meio da incapacitação de condenados, não somente abandonando a concepção de tratamento (res)socializador, mas também negligenciando as demandas de assistência à saúde e ao mínimo de dignidade das pessoas presas. Para Simon a atual penologia parece ter esquecido das consequências da *jail fever*, substituindo o tratamento por uma presunção geral de periculosidade (2013, p. 220).

Assim como a tifo vinculou o destino dos prisioneiros ao bem-estar da sociedade extramuros, a atual crise de negligência de cuidados com a saúde decorrente da superlotação crônica ameaça mais uma vez a derrocada de uma emergência sanitária, neste momento vivenciada com a pandemia da COVID-19.

A situação de operação do sistema prisional acima da capacidade força as estruturas, acelera o processo de deterioração do ambiente, acarreta a insuficiência de ventilação, além de esgotar recursos, em especial, água, materiais básicos de higiene e obstrui cuidados e assistência à saúde. Todas essas condições ambientais degradadas são causas de doenças e vetores na proliferação desenfreada de epidemias. Diversos estudos revelam a relação de doenças infecciosas com o ambiente prisional superlotado, o que acarreta índices bem mais altos de epidemias no sistema penal em comparação como o ambiente externo, como 28 (vinte oito) vezes mais alta taxa de prevalência de tuberculose, e 1,3% de HIV entre prisioneiros perante 0,4% na população em geral (MOREIRA; LEMOS; COLODETTE; GOMES; BATISTA, 2019)

Zaffaroni (2013) classifica diferentes tipologias de violências acarretadas no sistema prisional: a violência estrutural, a violência ativa e a violência interna. A violência estrutural concerne à escassez de condições materiais da prisão, a violência ativa praticada pelo serviço penitenciário, como formas de submissão através da força física para regular as disciplinas de confinamento, e a violência interna advinda da assunção de controle por outros presos com ascendência sobre o resto, adquirindo componentes simbólicos na estruturação de novas formas de governança.

O ingresso indiscriminado de pessoas nos presídios sem observação dos limites estruturais agrava os níveis de violência. À medida que o número de internos aumenta acarreta-se a escassez de recursos primários, o esgotamento de serviços, a limitação de atividades educacionais, laborativas e recreativas, tendo em vista que o pessoal penitenciário resta sobrecarregado e inoperante frente as deficiências quantitativas e qualitativas de segurança. Na medida em que os incidentes de violência entre prisioneiros aumentam, o controle da instituição passa gradualmente para os grupos mais agressivos que se formam dentro das prisões. Ainda, percebe-se uma degradação moral entre os funcionários que laboram em maior nível de estresse e um círculo vicioso de controle e prestação de serviços diminuídos (BLUMSTEIN, 1986).

O estudo de Hall descreveu as influências do espaço no comportamento humano e na organização social, estabelecendo 4 zonas de espaço humano gradativas: o espaço íntimo, o espaço pessoal, o espaço social, e o espaço público. Concluiu que todo animal tem a necessidade de um espaço mínimo, – espaço crítico do organismo⁷³ - para a manutenção de saúde, que abrange interação social adequada, e condições mínimas de senso de individualidade, e que em situação crítica as espécies desenvolvem mecanismos para a redução da densidade (1990, p. 168).

A superlotação também provoca sérias patologias psicológicas e comportamentais, tanto pela redução de espaços por pessoas (densidade espacial), quanto pelo compartilhamento de espaços com outros internos (densidade social), que agrava as deficiências de “espaço crítico do organismo”, da mínima privacidade e intimidade. Estudos comprovam que o aumento da densidade populacional, principalmente em casos de intenso compartilhamento de dormitórios e espaços livres, está associado ao aumento de mortes, suicídios, infrações disciplinares e condições psiquiátricas (COX; PAULUS; McCAIN, 1984; COELHO, 2020, p. 37).

A pesquisa de Priscila Coelho, com fundamento em Hall, também aponta o paradoxo da superlotação que por um lado impacta a privacidade e o comportamento pela falta de espaço mínimo reservado da pessoa presa, mas também pelo aumento da distância social, analisada sob o ângulo de falta de contato com a família, e sujeição à convivência intensa com desconhecidos outros presos (2020, p. 38).

⁷³ O autor cunhou o termo de *proxemics* para se referir ao estudo que desenvolveu sobre teorias sobre o uso humano e a organização do espaço como um componente obscuro da comunicação interpessoal, considerando variáveis culturais. Cf. *As we have already seen, all animals have a minimum space requirement, without which survival is impossible. This is the "critical space" of the organism. When the population has built up so greatly that the critical space is no longer available, a "critical situation" develops. The simplest way of handling the situation is to remove some individuals* (HALL, 1990, p. 16).

Violações aos padrões de espaço, tanto o espaço íntimo, o espaço pessoal, até o espaço social e o espaço público, como os decorrentes de uma prisão superlotada, acarretam tensões e agravam os quadros de violências.

Há muita literatura sobre as consequências da superlotação, que documentam os efeitos fisiológicos nas pessoas confinadas, como aumento da pressão arterial, número maior de doenças em comparação com o ambiente externo, aumento nos níveis de infrações disciplinares, e maior probabilidade de reincidência (GARCIA-GUERRERO, 2012; HANEY, 2006)

A superlotação, além dos impactos na higiene e saúde coletiva, nega a intimidade e privacidade, acarreta tensões interpessoais que resultam em violências e ataques sexuais. Ademais, operacionalmente, esta situação impacta no déficit de recursos humanos para assistências em geral, reduzindo a supervisão da segurança, ou o acesso as atividades e espaços comuns, até mesmo ao banho de sol, e prestação de serviços de assistência à saúde, educacional, social e jurídico.

O déficit de vagas prisionais declaradas pelos órgãos oficiais é de mais de 312 mil, em números absolutos. Não obstante a criação de mais vagas, como só em 2019 que se inaugurou em mais 6.332 vagas, esse investimento não se mostra suficiente para equalizar déficit crescente (DEPEN, 2019).

A operação dos estabelecimentos muito acima da capacidade, acarreta a rápida precariedade das instalações, inclusive pelas “maneiras” que se implementa como solução para a diminuição do déficit de vagas, rotineiramente por meio de improvisações.⁷⁴ O nível de superlotação e precariedade das condições prisionais também é imbricado com a carência de recursos materiais e humanos, já que a operação acima da capacidade projetada estoura os limites de demandas possíveis de atendimento.

A vergonhosa situação do sistema prisional faz com que prisões brasileiras sejam identificadas como campos de concentração (Konzentrationslager), de acordo com Zaffaroni, (2019, p.122), como um genocídio em marcha (ANDRADE, 2012, p. 61). Essas afirmações nos conduzem a reconhecer que o modelo punitivo brasileiro excede o controle social para se identificar como uma técnica de exercício de poder necropolítico estatal através de campos

⁷⁴ Como foi reportado em matéria do Globo o DEPEN anunciou o incremento de “vagas” para o acomodamento de presos por meio do acréscimo de camas ou treliches nas celas, inobstante o projetado para os espaços (BARBIERI, PALMA, 2020).

onde os direitos são suspensos e os corpos são despojados de humanidade e reduzidos a coisas, a quem se pode deixar morrer (MBEMBE, 2011, p. 34).

Assim como Waquant, que em razão da notoriedade da naturalização do absurdo, é que o fez afirmar que a “ferocidade carcerária é publicamente tolerada, se não aprovada” (WACQUANT, 2007, p. 211).

Diante do exposto, a análise das dimensões da superlotação envolve o exame das condições físicas da detenção (o espaço disponível para os detidos; iluminação e ventilação; instalações de lavagem e banheiro; arranjos de alimentação e sono; os cuidados médicos prestados pelas autoridades etc.) também como as condições sociais (por exemplo, relacionamentos com outros detidos e agentes da lei; vínculos com famílias, assistentes sociais, o mundo exterior em geral etc.), e operacionalidade de salvaguardas básicas contra maus-tratos, por exemplo, acesso a um advogado ou à Defensoria Pública; acesso a um médico; e o acesso à Justiça para apresentar queixas sobre maus-tratos ou condições de detenção.

Por esta razão, é que a superlotação se coloca no contexto dessa discussão mais ampla de encarceramento em massa e requer uma análise do papel que o Judiciário vem cumprindo ou mesmo se omitindo para sua contenção.

2. A EXECUÇÃO PENAL E A LEI Nº 7.210/1984: RELEGITIMAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL E A CONTENÇÃO JUDICIAL DO PODER PUNITIVO

Como sustenta Zaffaroni, não se pode aceitar o argumento de que a dogmática jurídico penal careça de elementos conceituais para que o sistema de justiça ofereça uma resposta democrática à ilegitimidade da execução penal praticada. Todo o arsenal jurídico constante do nosso consistente ordenamento jurídico, aberto a infiltração das normas de direitos humanos, compõe arsenal suficiente a brindar os juízes em busca da satisfação das promessas mais elementares de um modelo aproximado do Estado de direito democrático (2020, p. 26).

Neste capítulo pretende-se apresentar os argumentos sustentados em marcos jurídicos já constantes do direito positivo que nos permitem facilmente desenvolver uma dogmática penal não mais voltada a legitimar a perversidade do poder punitivo, mas sim voltada ao dever democrático de contê-lo, já que não há mais ambiente para se continuar defendendo a justificação simbólica das penas que praticamos.

A partir do posicionamento dos dogmas voltados a superioridade hierárquica dos direitos fundamentais, interpretados de acordo com a visão de que os direitos humanos constituem conquistas em resistência à exclusão e opressão do sistema capitalista, pretende-se recompor a dogmática jurídica para a relegitimação do direito e do sistema de justiça, e não a relegitimação de uma execução penal forjada. Nem mesmo o atual discurso ideológico de aparência do primado do direito vem sendo suficiente para a legitimação simbólica da real execução de penas proibidas em prático no nosso sistema prisional.

Outrossim, demonstrar todo desenvolvimento da cultura jurídica internacional para conter o poder punitivo, no qual a superlotação carcerária vem sendo seguidamente condenada, e de todo poder acreditado para a contenção do poder punitivo, nos servirá de instrumento para constranger o nosso sistema de justiça a assumir sua responsabilidade a fim de enterrar o argumento que reduz a culpa pela execução de proibidas ao Executivo.

2.1 Dogmática para relegitimação do Estado de Direito

Conforme discorrido no capítulo 2 desta pesquisa, não obstante se assumir o fato da irrealização do ideal de Estado de direito nos moldes prometidos pela proposta liberal, mas também por não contarmos com vias alternativas que nos salve da lógica capitalista hegemônica, nos é proveitosa a defesa do ideal democrático para que se possa lutar, ao menos, pela aproximação do Estado democrático de direito.

Também restou claro que, mesmo reconhecida a importância da posituação dos direitos humanos pela Constituição de 88 com uma abertura sistêmica para a rede de proteção internacional, sua aplicação é forjada. Dissimulando-se as tramas sociais de dominação, anulando-se os processos de construção históricas e as lutas dos sujeitos contra os excessos do poder (CARVALHO, 2008, p. 499), ao ponto de que, em defesa de direitos se é capaz de anular direitos, anular até a capacidade das pessoas presas serem reconhecidas como sujeitos de direito, a capacidade de aqueles serem reconhecidos como humanos. A partir de falsificações grosseira dos direitos, desenvolveu-se a ideia de relativização dos direitos humanos frente ao interesse público ilusório, à “ilusão de segurança pública” (ANDRADE, 2015), como verdadeiras “regras apócrifas legitimadoras de lesões aos direitos fundamentais” (CARVALHO, 2008, p. 487).

O resultado descrito no capítulo 2 também já nos é indicativo da deliberada prática de se ignorar a realidade das relações sociais, mesmo depois de tanto a criminologia crítica já ter demonstrado que o processo de criminalização não passa de instrumento de garantia de manutenção do poder político e econômico, selecionando condutas de classes a serem controladas e racista. Por isso é que se considera célebre a constatação de Tobias Barreto de que “quem busca o fundamento jurídico da pena deve buscar, também, se é que não o achou, o fundamento jurídico da guerra”, já que, de fato, a pena não passa de um fato político.

Analisando as bases das relações desse poder, Foucault inverte a fórmula de Clausewitz para constatar que a política também é a continuação da guerra por outros meios.⁷⁵ Essa guerra que é perpetuada silenciosamente, reinsere sua relação de força nas instituições, na desigualdade econômica, linguagem, e mesmo dos corpos dos indivíduos, para disciplinar a sociedade. A política reproduz o desequilíbrio de forças manifestado na guerra, por meio do discurso da guerra e o discurso de paz, promete a normalização da sociedade, a segurança pública e a prevenção da desordem civil (FOUCAULT, 2003, p. 15-17, 37, 48).

Outrossim, a realidade evidenciou que especialização burocrática do sistema de justiça não alcança a consideração das complexidades dos conflitos, as experiências e os valores históricos dos direitos fundamentais. A legitimação simbólica do poder punitivo também perpassa por cooptação dos instrumentos democráticos. Assim é que os tribunais permanecem operando com um referencial teórico-prático que se mantém distante dos conflitos reais, conduzindo apenas uma marcha processual sem possibilidade de resistência.

⁷⁵ Foucault desenvolve essa ideia a partir da inversão da proposição de Clausewitz: “Vemos, portanto, que a guerra não é meramente um ato de política, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas por outros meios” (CLAUSEWITZ, 2015, p. 91).

A situação conflituosa com a realidade do nosso sistema prisional “genocida”, nos dá a medida do tamanho do desafio para implementar uma aproximada efetivação a depender de uma luta bem mais complexa.

O desafio de superação do abismo entre o que se diz e o que se faz em matéria de direitos humanos, parte da constatação de que eles não são objetos de consensos e sim de lutas, resistências e enfrentamentos (GALLARDO, 2004, p. 13). Para que se promova a redescoberta dos direitos humanos como estratégia de resistência das reivindicações punitivas a teoria crítica dos direitos humanos toma como imprescindível a consideração das lutas sociais, seguindo o caminho de um radical exercício de desnaturalização do direito a partir da noção social da realidade (FALEIROS, 2012, p. 167-168).

Especialmente no contexto da execução penal, pela perspectiva agnóstica da pena, de que esta serve exclusivamente para a manifestação do poder de opressão de classes, tendo a pena a função de dor, de sofrimento, e por isso já determinando a ilegitimidade da pena desde seu início de cumprimento, é que os direitos humanos devem ser garantidos através da máxima limitação do poder punitivo.

O processo de superação do abismo entre o que se diz e o que se faz em matéria de direitos humanos direcionado à eficácia jurídica dos direitos humanos depende da compreensão de sua fundamentabilidade social (GALLARDO, 2004, p. 13). A fundamentabilidade social da circunstância regulada pelo ordenamento jurídico, que concerne ao grau de importância social, deve ser o parâmetro que orienta a política e o sistema jurídico de um modo geral, principalmente quando em choque duas normas jurídicas de mesma hierarquia. Quanto mais fundamental a matéria regulada, mais consistente deve ser a eficácia jurídica associada àquela norma (BARCELOS, 2011, p. 140).

Assim, diante do constante agravamento do nosso sistema prisional que derrocou nos seus contornos genocidas, é que do sistema jurídico não se pode admitir operabilidade se não na direção de práticas para a transformação dessa realidade. Há que se reconhecer que a dogmática penal atingiu um ponto crítico e deve passar a responder a isso. Para tanto, a amplitude de eficácia dos direitos humanos deve atingir alcance suficiente para a transformação desse cenário, fazendo frente na mesma do abuso de poder punitivo.

O caminho parte dos direitos humanos. O sistema se constrói de forma dogmaticamente hierarquizada, empregando maior eficácia as normas constitucionais e normas de direitos humanos de maior importância visando fazer frente e empregar a contenção ao poder punitivo.

No próprio texto constitucional já se distingue os níveis de eficácia das normas, indicando a hierarquização e ascendência axiológica das normas fundamentais, inclusive pela abertura às normas internacionais de direitos humanos. O escalonamento do grau de importância das normas projeta maior preeminência no mundo jurídico, e por conseguinte, devem ser associados às modalidades de eficácia jurídica mais consistentes (BARCELLOS, 2011, p. 143).

A solução dogmática a que pretendemos chegar conforme o método exposto, é a reconstrução do sistema com base assentada nas normas fundamentais de maior ascendência axiológica, em especial a garantia absoluta de vedação à tortura, ao tratamento desumano, cruel ou degradante.

O objetivo é que a teoria dogmática do direito penal assuma responsabilidade ética e social, não se exima do real e nem fique alheia e desconexão dos efeitos desumanos advindos do problema do encarceramento em massa (CARVALHO, 2013, p. 147), e a real prática de penas proibidas decorrentes do ambiente de superlotação carcerária.

Em síntese, a realidade das prisões força admitir que as penas praticadas são ilícitas na medida em que violam a garantia absoluta de vedação à tortura, tratamento desumano, cruel e degradante, sendo assim penas proibidas, as quais, por mandato constitucional, os tribunais não estão autorizados a justificar, a não ser atuando para conter. Considerando a gravidade atingida pela superlotação extrema de nossos cárceres, todo esforço hermenêutico que faça frente à dimensão desse poder punitivo deve ser validado para a consolidação de uma dogmática suficientemente responsiva, uma dogmática de resistência.

2.1.1 Os limites qualitativos da pena e os marcos da Lei nº 7.210/84

A prisão é um sofrimento imposto propositalmente com finalidade de degradação, de forma que a prisão se traduz numa produção artificial de um *hadicap*, uma imposição de sofrimento protelado no tempo. O efeito degradante da pena se determina com a subjugação, coisificação do condenado, se colocando nas sombras do não-jurídico, numa dimensão de “não direito” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 207)

Por certo, que além do tempo, a pena encerra um conteúdo penoso próprio e inerente a privação de liberdade (ZAFFARONI, 2020, p. 28) Além do código penal em que o legislador estabelece critérios para medir as bases do tempo linear de privação de locomoção, mas ainda os sistemas de execução penal contam com regras que fixam as respectivas escalas penais de sofrimento. Pode-se assim dizer que a previsão da pena de prisão compreende a prescrição de

uma determinada quantidade de tempo, mas também um determinado limite de sofrimento. Ou seja, além do tempo, a qualidade do sofrimento da privação de liberdade também constitui elemento da previsão típica. Assim, além da privação da liberdade protraída no tempo, a execução penal envolve as condições em que essa prisão é praticada.

No plano da realidade da execução penal, quando se supera o conteúdo penoso da pena, esta se configura como uma pena ilícita, podendo alcançar o nível de uma pena cruel, desumana ou degradante, configurar tortura, ou incluir um alto risco de morte. Por isso é que Zaffaroni explica que se o sofrimento praticado na pena de prisão é muito maior que o previsto, esta se apresenta como violação ao Estado democrático de direito por não se adequar as escalas penais de tempo-sofrimento (2020, p. 29).

As normas que estabelecem as condições qualitativas da execução penal são orientadas pela garantia fundamental de vedação à tortura, tratamento desumano, cruel e degradante. Como já se viu no capítulo 2, essa norma tem como fontes internacionais especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção de Genebra, a Convenção Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

A concretização dessas normas também é o objeto de atos internacionais que estipulam padrões mínimos de tratamento, como as Regras Mínimas para o Tratamento de Pessoas Presas.⁷⁶ Outros documentos são adotados como vetores interpretativos para a promoção do princípio da humanidade das penas e as regras correlatas, como: os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas,⁷⁷ o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, os Princípios de Ética Médica Aplicáveis à Função do Pessoas de Saúde, Especialmente aos Médicos, na Proteção de Prisioneiros ou Detidos contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Não obstante a preocupação internacional com o tratamento de presos, e os progressos realizados no direito internacional positivado, é inegável que estas normas não encontram

⁷⁶ Em 22 de maio de 2015, as Nações Unidas oficializaram quadro revisado de “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos”, denominado de Regras de Mandela, expandindo as regras adotadas em 1955, no Primeiro Congresso sobre Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores. O representante especial da ONU para a revisão das Regras Mínimas, o “Special Rapporteur” Juan Mendez, em sua carta aberta, solicitou aos Estados-Partes, a adoção da denominação, que teve por objetivo homenagear o ex presidente sul-africano Nelson Mandela, bem conhecido pela luta contra abusos de direitos humanos e pela dignidade humana, e que cumpriu muitos anos de prisão em nome da liberdade e da democracia (MENDEZ, 2015).

⁷⁷ Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

efetividade prática ou implementação, nem mesmo no tocante à norma absoluta de vedação ao tratamento cruel e desumano, torturas e mortes que ocorrem nos presídios.

Remanesce um problema de interpretação dessas previsões, principalmente pelo conceito de tratamento cruel, desumano, e degradante, conter carga valorativa, não totalmente definida nos atos jurídicos internacionais, assim como o conteúdo dos direitos que definem as condições materiais da pena.

Não há dúvidas que a execução penal é regida pelo princípio da legalidade, principalmente diante do reconhecimento do espaço prisional como jurisdicionalizado, questão que será mais bem discorrida no item seguinte. No entanto, o cotidiano da prisão é pleno de decisões manipuladas pelas brechas da discricionariedade em ambiente que tende a se constituir, pelas suas características estruturais, como espaço de não-direito (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 210-211).

Pavarini descreve o déficit teórico quase paralisante no tema dos direitos dos presos, observando que, além das prescrições serem estabelecidas através de formulação do tipo condicional, que dão ensejo a discricionariedade tão livre a ponto de reduzi-los a nada, ainda quando os requisitos da norma são plenos, se subordina sua realização nos fatos.

Para a construção de uma dogmática reativa a essa realidade é que se deve adotar uma postura consciente da impossibilidade real de uma pena privativa de direito que respeite todo o conteúdo dos direitos previstos. Para tanto, não se faz necessário determinar todo o conteúdo dos princípios e regras que tratam das condições materiais da pena, já que estas envolvem um campo livre cujas margens mais amplas devem ser remetidas às deliberações e escolhas políticas.

Por outro lado, é possível observar facilmente conteúdos mínimos que podem ajudar na construção de uma dogmática de controle efetivo da execução penal, até porque nunca poderia se aceitar que o direito penal pudesse “deixar sem solução a evidência aberrante de que os juízes se convertem em autores mediatos de torturas” (ZAFFARONI, 2020, p. 27).

É fundamental, portanto, investigar esse núcleo mínimo de efeitos pretendidos para as normas que estabelecem os tratos prisionais, de modo a possibilitar a normatividade da garantia absoluta de vedação à tortura, pela identificação do espaço de aplicação. O problema passa a consistir em determinar o conteúdo para a produção de efeitos concretos cuja não realização, importe consequências jurídicas pelo descumprimento.

Decorrido mais de meio século desde a primeira tentativa de se regulamentar a execução penal, a iniciativa de se instituir o Estado de Direito na realidade penitenciária tomou forma

com a Lei n. 7210/84.⁷⁸ A Lei de Execução Penal surge como resposta aos reclamos da comunidade jurídica nacional e internacional para consolidar a execução penal com caráter jurisdicional, humano e alinhada com o Estado de Direito. O objetivo era claro de retirar a execução penal do “hiato de legalidade” que se encontrava, e aproximar dos princípios e regras internacionais constantes, especialmente, das Regras Mínimas para Tratamento de Presos da ONU.

Assim é que o “princípio da legalidade domina o corpo e o espírito” da lei, tendo como principal objetivo impedir que excessos e desvios da execução penal comprometam as normas de humanidade que limitam o poder punitivo Estatal. Nesse passo é que a lei de execução penal ressalta o objetivo da execução penal concernente à efetivação dos mandamentos existentes na sentença:

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

A aplicação do primado do direito na execução penal e a contenção contra os abusos punitivos pressupõe o estabelecimento de garantias jurídicas dos direitos das pessoas presas, não somente como normas programáticas, mas positivados através de preceitos e sanções efetivamente exigíveis. Por este motivo é que a Lei de Execução Penal estabelece a garantia de direitos das pessoas presas.

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

Desde a concepção, o projeto já tinha atenção voltada às mazelas causadas pela superlotação carcerária como fator negativo que impedia a realização da classificação das pessoas presas, obstruía a efetivação de um tratamento penal adequado diante do esgotando de recursos, e ocasionava práticas discriminatórias. A constatação da situação de superlotação já tinha sido reconhecida pelo Congresso Nacional, constante do Relatório da CPI do Sistema Penitenciário realizado em 1976,⁷⁹ e que deu impulso a promulgação da Lei de Execução Penal.

⁷⁸ Os trabalhos legislativos seguiram a orientação preconizada pelo então Ministro da Justiça, Abi-Ackel, constante do Relatório da CPI da Violência de 1976. A lei brotou de seu Anteprojeto de 1981, a partir dos estudos da comissão formada por Francisco de Assis Toledo, Rene Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Jr, Rogerio Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Moraes Pitombo e Negri Calixto, sob a coordenação do primeiro. A Comissão designada optou pela denominação de um Anteprojeto de Lei de Execução Penal, se diferenciando das anteriores que todas tinham a pretensão de codificação da matéria. O Anteprojeto foi apresentado pela Comissão, e encaminhado pelo Presidente por meio do Projeto de Lei n. 1.657. Alcançou a promulgação da Lei 7210/84 após emendas da Câmara dos Deputados, encerrando um ciclo de mais de 50 anos de tentativas frustradas.

⁷⁹ Cf. pesquisa de VIEIRA, Danilo Souza. “Em busca de uma solução para a realidade carcerária brasileira a partir das CPIs do Sistema Penitenciário.” UFJF, 2017. “A CPI de 1976 surgiu em um importante período da história brasileira, em que o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) se consolidava em seu embate com o regime militar. O general Ernesto Geisel, então presidente, sofria grande pressão por parte da população, uma vez que

Sete anos depois, a Lei de Execução Penal vem estabelecer a consagração de direitos dos presos, impondo deveres ao Estado. Para bem cumprir estes deveres, especialmente em relação aos privados de liberdade, a lei institui três frentes: um sistema progressivo radicado na individualização da pena e na classificação dos privados de liberdade; um sistema de garantia de condições materiais e bem-estar da pessoa presa; e um sistema disciplinar em colaboração com a ordem do estabelecimento penal.

Consta da própria Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal o reconhecimento da tendência abusiva do poder punitivo, quando dispõe que “é comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem não alcançados pela sentença condenatória”.

Dentre os subsistemas previstos na lei de execução penal, passa-se a analisar os que mais interessam a essa pesquisa, nesse ponto, focada na análise da ilicitude das penas de prisão pelos efeitos advindos da superlotação carcerária, e que se referem, assim, às condições materiais e assistenciais no ambiente interno dos estabelecimentos prisionais.

O direito mais diretamente afetado pela superlotação carcerária é o direito a adequada acomodação em cela da instituição prisional, constatação há muito registrada nos pareceres dos Comitês de Direitos Humanos, desde os anos 90.⁸⁰

A Lei de Execução tem previsão suficiente para a concretização desse direito, que estipulando a regra de cela individual, e detalhando requisitos básicos consistentes na área mínima de 6 m², os quais ainda concorrem com fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico. Diante destes aspectos, pode-se concluir que a lei estabeleceu como um dos marcos mínimos para o respeito a intimidade e integridade física da pessoa reclusa, a acomodação em cela de 6m², como regra.

Nos casos de compartimento coletivo, a lei também fixou requisitos que considerou básico: a) a seleção adequada dos presos; e b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena. No que tange a capacidade das celas coletivas, o CNPCP já editou a regulamentação constantes da Resolução n 2/2011 que fixa o limite de 8 vagas em celas coletivas.

Ademais as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, Regras 12 e 13 detalham os cuidados com as condições de alojamento: em regra, as celas devem ser individuais, excessos

cerca de 40% das cadeiras do congresso nacional foram ocupadas por membros do MDB nas eleições parlamentares de 1974”.

⁸⁰ Cf. casos: Senegal UN Doc A/53/40 § 64; Georgia UM Doc A/52/40 vol I 40, § 243, Colombia, Russia UM Doc CCPRC/C/74/D/763/1997, Jamaica UM Doc CCPR/c/62/D/704/1996

somente são permitidos temporariamente; somente pessoas cuidadosamente escolhidas podem ser acolhidas em dormitórios; e os locais devem ser compatíveis com exigências de saúde quanto às condições climáticas, iluminação, ventilação e espaço mínimo.

A superlotação é considerada também um relevante fator para a condição de atendimento ao direito à saúde e à integridade física. Comissões de Direitos Humanos⁸¹ já apontaram graves consequências à saúde prisional como decorrência do não atendimento da capacidade de vagas, como as altas taxas de mortalidade em custódia, altas taxas de doenças infecciosas.

A Lei de Execução Penal (art. 14) impõe a assistência à saúde do preso, de caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Acrescentando que, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, a assistência à saúde será prestada em outro local.

Não custa ressaltar que as pessoas presas têm todos os direitos relacionados às prestações de saúde disponíveis às pessoas livres. Em relação às pessoas presas, a questão que chama atenção é a regra que determina o cumprimento do tratamento médico em outro local, caso o estabelecimento não tenha, de qualquer forma, capacidade para o atendimento.

É ainda interessante observar que a questão ainda pode ser harmonizada com as quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição para a área de saúde básica, como o atendimento materno-infantil (art. 227), as ações de medicina preventiva (art. 198), e as ações de prevenção epidemiológica (art. 200)

Observados os demais princípios constitucionais e outros inerentes ao sistema, como a proporcionalidade, é que se pode concluir, que, dependendo da gravidade do caso e da emergência da situação, tais condições mínimas, priorizadas pelo ordenamento jurídico, em especial pela Constituição, o esgotamento da capacidade prisional que impeça o acesso a tais direitos tem o potencial de ensejar a consideração de trato ilícito da pena.⁸²

Outras normas que cuidam das condições materiais da prisão, como a alimentação, vestuário, instalações higiênicas, (art. 12), material para o asseio pessoal e da cela, tem evidente impacto na saúde, que também por serem sujeitas ao esgotamento, assim, tem impactos nos tratos arbitrários da pena.

⁸¹ Cf. caso Georgia, caso Lantsova vs Rússia,

⁸² Cf. Pesquisa de Zaffaroni, Vacani e outros autores especializados, que nesse sentido, tem se debruçado para desenvolver um adequado cômputo de pena, definindo um sistema de amplo alcance que abranja as penas ilícitas pelas práticas de tratamentos arbitrários, aplicando a matriz qualitativa da pena como privação de tempo social a fim de reduzir o tempo de prisão. (2013, p. 23)

Por fim, também relacionado ao direito à saúde e integridade física, psíquica, atenta-se para as vedações da Lei de Execução Penal quanto ao emprego de cela escura, e a norma de plena concretude que estabelece o direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol (art. 45).

Apesar da objetiva fixação de marcos qualitativos mínimos da pena pelo sistema jurídico, é claro que nem toda conduta que restringe a integridade psicofísica desrespeitando estes marcos, produz uma violação da norma vedativa da tortura, tratamento desumano, cruel e degradante. Existem vários fatores que podem afetar igualmente a desumanidade da detenção, como, por exemplo, a duração da sentença, as condições físicas e mentais da pessoa, o tempo dedicado às atividades recreativas e de trabalho, acesso à luz natural e ao ar. De qualquer forma, como exemplo, o respeito a metragem quadrada de espaço já representaria a conquista de nível protetivo altíssimo, diante da realidade brasileira.

As fontes internacionais de direitos humanos integram e complementam dispositivos normativos do Direito brasileiro, permitindo o reforço de direitos nacionalmente previstos, na hipótese, o direito de não ser submetido a tortura. Observa-se, na oportunidade, que como normas do *jus cogens* e do direito internacional consuetudinário refletem a obrigação absoluta dos Estados cumprirem a proibição da tortura e tratamento cruel, desumano e degradante. Esse arcabouço jurídico, somado ao entendimento jurisprudencial das Cortes Internacionais, e das Cortes Superiores Domésticas, emolduram a definição de tortura e outros tratamentos degradantes para a proteção de pessoas diante do uso da força pelo Estado.

Em item seguinte se indicará alguns precedentes oriundos dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos que podem servir como parâmetro de interpretação sobre a relação entre a garantia da dignidade da pessoa presa e as condições materiais das prisões.

2.1.2. O desenvolvimento pelas Cortes de uma metodologia dogmática voltada à análise qualitativa da pena

O status constitucional e convencional da execução penal permaneceu praticamente sem exame durante o século XIX, e XX, as pessoas privadas de liberdade não tinham as condições de cumprimento de suas condenações avaliadas perante as exigências de dignidade da pena, principalmente tendo em vista as baixas possibilidades de superar a limitada efetividade da regra proibitiva de pena e tratamento desumano restringida a punições que envolvessem mutilação ou tortura física dolosa (SIMON, 2013, p. 233).

Não obstante a preocupação internacional com o tratamento de presos, e os progressos realizados no direito internacional positivado, a concreção das normas humanizadoras da pena encontrava obstáculos interpretativos.

Com efeito, a Corte Europeia já se pronunciou no sentido de que a definição de tratamento cruel, desumano ou degradante, além de deter uma hierarquia nas três formas proscritas (*Greek case*), tem natureza fluida (*Selmouni Case*), acrescentando que a convenção que a prevê, é um instrumento vivo (*living instrument*) em harmonia com o progresso da sociedade⁸³. A Suprema Corte dos Estados Unidos tem o entendimento de que o escopo dessa norma não é estático, e deve ser interpretado de acordo com o que denominou “*evolving standars of decency that mark the progress of a maturing society*”.⁸⁴

Abandonando-se a linha de construção jurisprudencial que conduzia à expedição de ordem de expansão do sistema prisional mediante a intervenção no orçamento público, depois de muitos investimentos e diante de anos seguidos de recessão, outras racionalidades vêm se desenvolvendo, sobretudo direcionadas à redução da população carcerária e limitação de encarceramento no intuito de controlar os excessos do poder punitivo do Estado que não atendem o princípio da prisão como *ultima ratio*.

Percebe-se que a análise qualitativa da execução penal e a definição da superlotação como violação ao limite de sofrimento da pena, determinam a linha hermenêutica seguida pelas Cortes e a construção de suas decisões. As dimensões de proteção de direitos das pessoas privadas de liberdade dependem da perspectiva alcançada sobre o fenômeno da superlotação e sua relação com a interpretação da efetividade das condições mínimas de vida digna na prisão, e seus efeitos na norma de vedação à tortura, tratamento desumano e degradante que determinam a ilicitude das penas, e a ilegitimidade pelo excesso ilícito de execução penal.

Principalmente em âmbito internacional, a devida consideração aos estudos sobre o encarceramento em massa tem servido de instrumento para a análise da dimensão judicial da superlotação relacionada à efetividade dos princípios e regras relativos à humanidade das penas como limite à execução penal em condições de superlotação.

⁸³ ARAI-YOKOI, Yutaka. Grading Scale of Degradation: identifying the threshold of degrading treatment or punishment under article 3 ECHR. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30903.pdf>><http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30903.pdf>>.

⁸⁴ “The evolving standards of decency were first articulated in *Trop v. Dulles* (1958). In this case, the petitioner lost his U.S. citizenship due to a wartime desertion. According to the Court, the denationalization of an individual as punishment was cruel and unusual, noting that the language of the Eighth Amendment was not precise and must evolve with society (*Trop v. Dulles*, 1958). According to Chief Justice Warren, the Court recognized in *Weems* that the words of the Eighth Amendment are a dynamic concept, but “[t]he Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society” (*Trop v. Dulles*, 1958, p. 101).” Matthew C. Matusiak, *The Progression of “Evolving Standards of Decency” in U.S.*

Assim é que as condições precárias de confinamento advindas da superlotação carcerária e seu impacto nos direitos das pessoas privadas de liberdade tem sido o objeto de ações judiciais como meio de conter os abusos da expansão do poder punitivo do Estado e impedir a situação de tratamento desumano nas prisões em decorrência da superlotação, por meio da assunção de limites ao encarceramento.

A seguir, passa-se a anatomização de decisões paradigmáticas que enfrentaram o desafio da judicialização da superlotação, a partir de construções que relacionam a superlotação como causa das condições precárias das prisões, à configuração de pena ilícita pela violação à vedação absoluta de tratamento cruel, desumano e degradante.

2.1.2.1. Linha hermenêutica da Corte Europeia de Direitos Humanos

A Convenção Europeia de Direitos Humanos reproduz a norma da Declaração de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que por meio do seu artigo 3º prescreve que “ninguém poderá ser submetido a tortura nem a penal ou tratamento desumano ou degradante”.

Como máximo intérprete⁸⁵ daquela Convenção, a Corte Europeia de Direitos Humanos, vem adotando a linha hermenêutica que relaciona situações graves de superlotação a violações de tratamento desumano e degradante.

A Corte é frequentemente solicitada a se pronunciar sobre denúncias de violação do artigo 3º da Convenção por conta de espaço pessoal insuficiente onde os presos são alocados. De acordo com aquele Tribunal, a falta significativa de espaço mínimo em cela abaixo do padrão, associada ou não a outros fatores, como compartilhamento de celas, condições ambientais da cela, ou escasso tempo em atividades fora da cela, é fator de peso para considerar as condições da prisão como desumana e degradante, e, por conseguinte, concluir-se pela violação ao artigo 3º da CEDH. Assim, de acordo com a jurisprudência europeia, três questões são analisadas para a configuração do tratamento desumano e degradante: 1) o espaço pessoal mínimo de detenção; 2) a necessidade ou não de associação a outros fatores para caracterizar a gravidade do tratamento; 3) se há outros fatores que possam compensar a escassa alocação de espaço pessoal, como o tempo fora da cela – espaço social.

⁸⁵ Cf. Arts. 19, 32, e 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (“Art. 46. 1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.[...]”).

Em significativo número de casos⁸⁶ restaram caracterizadas violações ao artigo 3º da Convenção Europeia pelo fato dos internos terem sido alojados em cela compartilhadas que reduziu o espaço pessoal a menos de 3 m². No caso *Ananuev e o. v. Russia* a Corte estabeleceu tese para decidir sobre falta de espaço pessoal nas seguintes fórmula: (1) cada detido deve ter um lugar individual para dormir na cela; (2) cada detido deve dispor de pelo menos 3 m² de área útil; e (3) a superfície geral da cela deve permitir que os detidos se movam livremente entre os móveis.

No caso *Novoselov vs Russia* (CEDH, 2005) a Corte declarou o caráter absoluto da regra de vedação a tratamento desumano e degradante mesmo diante de riscos à sociedade, considerando violação a submissão de pessoa presa em cela de metragem quadrada abaixo do padrão, no caso, o alojamento contava com 42 m², sendo ocupado por 51 pessoas, levando os internos a se revezarem para dormir nas 30 camas disponíveis. Atenta-se que a Corte não se eximiu em registrar que no que concerne às condições de superlotação prisional e falta de assistência, mesmo a ausência da intenção de humilhar pelo Estado não afasta a violação a proibição de tratamento desumano ou cruel.⁸⁷

Em outros casos, independentemente da disposição de espaço pessoal mínimo - entre 3 e 4 m² - o Tribunal considerou a inadequação em razão de outros aspectos das condições físicas de detenção. Em alguns casos, a violação ao Artigo 3º foi considerada apenas se o fator espaço fosse associado a outros aspectos de condições físicas inadequadas de detenção concernente ao tempo fora de cela – espaço social – como o acesso a exercícios ao ar livre. Por outro lado, as deficiências de luz natural ou ar, disponibilidade de ventilação, adequação de temperatura, e possibilidade de uso do banheiro em particular e conformidade com os requisitos básicos de higiene e higiene, determinaram a violação referida, mesmo no caso do atendimento do espaço mínimo estabelecido.

Em avançada visão da relação indivíduo-Estado, a Corte Européia imputa o ônus da prova ao governo demandado, que fica com o encargo de demonstrar os fatores que influenciam a adequação da execução penal, como a suficiência do espaço social, bastante para compensar a eventual escassez de espaço pessoal. No caso *Mursic v. Croacia*, a Corte registrou que a presunção de violação da norma proibitiva de tratamento desumano e degradante pela falta de

⁸⁶ *Orchowski v. Polónia*, n. 17885/04; *Ananyev e o. v. Russia*, n. 42525/07; e *Varga e o. v. Hungria*, 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, e 64586/13.

⁸⁷ Cf. *Story e outros v. Malta*, n.os 56854/13, 57005/13 e 57043/13. No recente caso *Kadagishvili v. Georgia*⁸⁷, a Corte considerou tratamento desumano e degradante o compartilhamento de cela por 48 pessoas em espaço de aproximadamente 50 m², somados à condição de revezamento para dormir, falta de iluminação, ventilação adequada, e banheiro sem separação, além do impedimento de tempo fora da cela.

espaço pessoal mínimo só pode ser refutada em caso da cumulação dos seguintes requisitos: (1) as reduções no espaço pessoal mínimo exigido de 3 m² são se dão de forma ocasional e ínfimas; (2) tais reduções são acompanhadas de liberdade de movimento suficiente fora da cela e atividades extracelulares adequadas; (3) o requerente está confinado no que é, quando visto em geral, um centro de detenção apropriado, e não há outros aspectos agravantes das condições de sua detenção

A questão da superlotação das prisões no contexto de acomodações compartilhadas também foi abordada em vários julgamentos-piloto,⁸⁸ a partir da constatação de deficiência estrutural do sistema prisional das determinadas nações, a Corte expediu ordens para a solução do problema direcionando no sentido do desencarceramento.

No Caso *Torreggiani e outros vs. Itália*,⁸⁹ a Corte Europeia, a partir da constatação de violações sistemáticas de direitos nas prisões italianas, e especificamente de manutenção dos petionários, um grupo de presos, em cela de medidas extremamente reduzidas, com iluminação e ventilação inadequada, intimou o país para que no prazo de um ano adotasse medidas que sanassem o quadro de superlotação. O Governo italiano, prontamente, expediu decretos⁹⁰ prevendo medidas compensatórias, e preventivas para os casos de superlotação, o que possibilitou a apresentação à Corte de Estrasburgo um *Piano d'Azione*⁹¹ para a solução da crise penitenciária.

A Corte também entende caracterizada a violação ao artigo 3º da Convenção Europeia na medida em que a superlotação submete internos a condições deficientes agregada a insuficiência de assistência médica para pessoas com condições sérias de saúde. Não obstante considerar a adequação de assistência médica como elemento de difícil determinação, a Corte firmou entendimento de que as autoridades devem demonstrar a prestação das condições necessárias para o tratamento prescrito para interno com problemas de saúde. Ainda, a Corte Europeia de Direitos Humanos declarou que as autoridades são obrigadas a proteger a saúde de

⁸⁸ Cf. *Neshkov e o. v. Bulgária*, n.os 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13, 27 de janeiro de 2015); *Varga e outros v. Hungria*; *Torreggiani e o. v. Itália*; *Orchowski v. Polónia*, nº 17885/04, 22 de outubro de 2009; e *Norbert Sikorski v. Polónia*, nº 17599/05, 22 de outubro de 2009); *Ananyev e o. v. Rússia*.

⁸⁹ Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Affaire Torreggiani et autres c. Italie*. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115860#{"itemid":\["001-115860"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115860#{)>.

⁹⁰ Cf. Decreto-legge 78/2013, que prevê um benefício de saída antecipada e medida alternativa a detenção, estendendo as hipóteses de aplicação da detenção domiciliar. Decreto-legge 146/2013, que prevê uma maior possibilidade de utilização da monitoração eletrônica, por meio de liberação antecipada especial; esse decreto também introduz uma possibilidade de recurso dirigido ao juiz da execução penal para denunciar as condições materiais da prisão. Legge 67/2014, que prevê a suspensão da execução penal e período de prova, para pessoas denunciadas por crimes com pena de reclusão de até 4 anos. Decreto-legge 92/2014 que introduziu remédio ressarcitório decorrente da violação da norma proibitiva de pena e tratamento desumano ou degradante.

⁹¹ Cf. o texto do plano de ação no sítio do Conselho da Europa: Documento DH-00(2013)1368 – 1193 meeting; Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168063cc54>.

pessoas privadas de liberdade e que a deficiência na prestação desse serviço pode acarretar a violação do Art. 3º da Convenção Européia. Esse entendimento já foi expresso nos casos Kudla vs. Poland, Iorgov vs. Bulgária, e Melnik vs. Ukraine.⁹²

2.1.2.2. Linha hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A linha hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no tema da superlotação carcerária, faz referência às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos constante do art. 5º que prevê o direito a integridade física, psíquica e moral da pessoa presa (inciso 1º) e estabelece que ninguém será submetido a torturas nem a penas ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

Diferentemente da Corte Europeia, não conta com parâmetros quantitativos de espaço mínimo de lotação, mas não deixou de afirmar a negação ao direito à acomodação adequada como violação à proibição de tratamento desumano. No caso Caesar vs. Trinidad e Tobago a Corte considerou tratamento desumano o fato de pessoas, entre 4 e 5, dividirem celas com péssimas condições climáticas, quente, e sem ventilação, onde dormiam no chão em colchoes finos ou tapetes.

Outras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos se destacam pelas consequências jurídicas que firmaram como resposta às práticas ilegais de execução penal em ambiente superlotado, que violam direitos fundamentais da individualização da pena e a integridade pessoal do preso.

A Corte Interamericana reuniu quatro casos de violações de direitos humanos em decorrência de superlotação carcerária envolvendo o Brasil, denominando a análise conjunta do “supercaso brasileiro”, para expedir medidas de urgência contra o Estado brasileiro. As demandas já haviam recebido resposta da Corte, que diziam respeito aos seguintes complexos penitenciários: Complexo Penitenciário de Curado, denominado “Professor Aníbal Bruno”, localizado na cidade de Recife em Pernambuco;⁹³ Pedrinhas, localizado no Estado do

⁹² ECHR case Kudla vs. Poland, 26 outubro de 2000, n. 30210/96; ECHR case Melnik v. Ukraine, 28 March 2006, no. 72286/01; ECHR; ECHR case Iorgov v. Bulgária, 2 de setembro de 2010, no. 36295/02.

⁹³ Cf. Resolução da Corte Interamericana de Direito Humanos de 18 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curadose01por.pdf>>.

Maranhão;⁹⁴ Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, localizado no Rio de Janeiro,⁹⁵ e a Unidade de Internação Socioeducativa no Espírito Santo.

Em garantia jurisdicional de caráter preventivo e inibitório de danos irreparáveis às pessoas, expediu medidas provisórias em novembro de 2018, padronizando os dispositivos das decisões, assim como as fundamentações encerram a mesma argumentação, todas declarando que a superlotação dos presídios viola o artigo 5.2 da Convenção Americana.

Assim como a Corte Europeia, aduziu que embora admita-se que toda pena privativa de liberdade implica necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável, não obstante isso, é certo que quando as condições do estabelecimento prisional se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e de seus efeitos antes mencionados, o conteúdo aflitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica.

Entendeu que “a situação não pode ser resolvida aguardando-se a construção de novos estabelecimentos, a reforma de espaços existentes, ou a contratação de agentes penitenciários e funcionários em número suficiente, enquanto mortes, atos de violência, situações humilhantes e degradantes continuam ocorrendo com frequência alarmante”.

Ressaltou a necessidade de observância dos padrões estabelecidos para determinar a capacidade máxima de internos, os quais devem ser definidos em atendimento aos indicadores concretos estabelecidos na resolução n. 09/2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) 96 e na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).⁹⁷

Por fim, determinou ao Estado medidas necessárias para que, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante n. 56, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a partir da notificação da presente resolução, não ingressem novos presos nos complexos mencionados.

Paradigmaticamente, a Corte determinou o computo do dobro do tempo de prisão para os presos alojados nos complexos analisados, como compensação em alguma medida ao sofrimento vivenciado pela ilicitude da execução praticada em ambiente de superlotação

⁹⁴ Cf. Resolução da Corte Interamericana de Direito Humanos de 18 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf>.

⁹⁵ Cf. Resolução da Corte Interamericana de Direito Humanos de 18 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>.

⁹⁶ Cf. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), Resolução nº 09/2011, de 18 de novembro de 2011. “Diretrizes básicas para arquitetura penal”. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2011/RESOLUCAON92011ATUALIZADA2019.pdf>>.

⁹⁷ Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), artigo 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>.

carcerária. A fim de chegar a uma solução mais racional possível dentro do marco jurídico internacional, considerou a densidade de 200% a qual as pessoas encarceradas naqueles complexos encontram-se submetidas, deduzindo que assim se duplica também a inflicção antijurídica da pena. Destacou que nos processos decisórios, os juízes nacionais devem fazê-lo dando cumprimento ao já determinado na Sumula Vinculante n. 56 do STF, destacando a possibilidade de se arbitrar outros meios substitutivos da privação de liberdade.

De maneira geral e automática, determinou o computo dobrado para as pessoas não acusadas ou não condenadas por crimes contra a vida, integridade física, ou crimes sexuais. Para os casos não contemplados de forma abstrata, fixou requisito de prognóstico de conduta com base em indicadores de agressividade, avaliado por equipe criminológica de profissionais especializados.

Não obstante o reconhecido avanço do julgado, chama atenção as considerações da Corte para a não adoção da solução inclinada para a imediata liberdade dos presos submetido a penas proibidas. Além de considerar a solução como radical, embora “inobjetável na lógica jurídica”, considerou que provocaria alarme social que poderia ser motivo de males ainda maiores.

2.1.2.3. *Linha hermenêutica de Cortes dos Estados-nações*

Em nível nacional, em 2011, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar o caso “Brown v. Plata”, reputou como violação à 8ª Emenda da Constituição Americana⁹⁸ - que veda o “*cruel and unusual punishment*” - o excesso populacional no sistema penitenciário do Estado da Califórnia depois que atingiu 200% de sua ocupação máxima. O Relator, Justice Kennedy, considerou a superlotação como fator da crise estrutural que levou à extrapolação dos limites de recursos materiais e humanos da estrutura prisional da Califórnia, criando um ambiente insalubre e perigoso, sem acesso adequado à saúde, sendo assim a causa principal da violação dos direitos constitucionais.⁹⁹

⁹⁸ Jonathan Simon explica que na assinatura da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, juristas de ambos os lados do Atlântico adotaram o entendimento de que a 8ª emenda da Constituição Americana já expressava o sentido do art. 5.1 daquela convenção, a vedação à tortura, tratamento desumano e degradante. Relata que nos anos 60 e 70 os Estados Unidos avançaram na efetividade da 8ª emenda, mas que na década de 80, passaram a seguir uma linha de priorização da segurança da sociedade, a qualquer preço. (2019, p. 170)

⁹⁹ Justice Kennedy. “Overcrowding has overtaken the limited resources of prison staff; imposed demands well beyond the capacity of medical and mental health facilities; and created unsanitary and unsafe conditions that make progress in the provision of care difficult or impossible to achieve. The overcrowding is the “primary cause of the violation of a Federal right.” “To incarcerate, society takes from prisoners the means to provide for their own needs. Prisoners are dependent on the State for food, clothing, and necessary medical care. A prison’s failure to provide sustenance for inmates “may actually produce physical ‘torture or a lingering death.’” Supreme Court

Aplicou-se o conceito de “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*” para considerar que a definição de violação à proibição de tratamento cruel e desumano (*eighth amendment*) não é estática, evoluindo de acordo com as mudanças sociais.¹⁰⁰

Entendendo que a solução deveria ser a redução populacional carcerária já que a capacidade de vagas prisionais não poderia ser acrescida por meio de novas construções de presídios, a Suprema Corte Americana ordenou ao Estado da Califórnia a formulação de um plano de conformidade para submissão de aprovação.¹⁰¹ Ponderando que a medida do remédio para a crise deve ser proporcional à violação do direito do preso, e argumentou que libertar criminosos da prisão poderia até melhorar a segurança pública já que as prisões estão piorando as pessoas. A solução de realinhamento da Califórnia, a proposta legislativa nominada “*Criminal justice alignment*”, estabeleceu a criação de uma nova categoria de criminosos – “*the non-serious, non-violent, non-sex-offender felon*”. Presos dessa categoria *three-nons* receberiam a liberdade condicional, e poderiam cumprir a supervisão em menos tempo.¹⁰²

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht* [BGH], na sentença 1 BvR 409/09 de 2011, reafirmando o princípio de superioridade da dignidade da pessoa presa em relação à reivindicação punitiva do Estado, declarou “a obrigação do Estado de renunciar imediatamente à execução da pena”, no caso de detenções que não respeitem um espaço mínimo compatível com seu direito à intimidade. A Corte considerou lesivo o fato da pessoa ter sido mantida presa por mais de 150 dias, em cela de 8 m² e volume de 20 m³, compartilhada com outra pessoa e sem separação de banheiro, tendo em vista não observar o mínimo de 6m² ou 7m² de área por pessoa (BvR, 2011).

of United States. *Brown, Governor of California et al. v. Plata et al.* Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09->>. Acesso 22 de março de 2019.

100 “*The evolving standards of decency were first articulated in Trop v. Dulles (1958). In this case, the petitioner lost his U.S. citizenship due to a wartime desertion. According to the Court, the denationalization of an individual as punishment was cruel and unusual, noting that the language of the Eighth Amendment was not precise and must evolve with society (Trop v. Dulles, 1958). According to Chief Justice Warren, the Court recognized in Weems that the words of the Eighth Amendment are a dynamic concept, but “[t]he Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society” (Trop v. Dulles, 1958, p. 101).*” Matthew C. Matusiak, *The Progression of “Evolving Standards of Decency” in U.S. Supreme Court Decisions*. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/273820410>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

101 “*The medical and mental health care provided by California’s prisons falls below the standard of decency that inheres in the Eighth Amendment. This extensive and ongoing constitutional violation requires a remedy, and a remedy will not be achieved without a reduction in overcrowding.*” *Supreme Court of United States. Brown, Governor of California et al. v. Plata et al.* Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09->>. Acesso 22 de março de 2019.

102 Schlanger, Margo (2009-). "Plata v. Brown and Realignment: Jails, Prisons, Courts, and Politics." *Harv. C. R. -C. L. L. Rev.* 48, no. 1 (2013): 165-215. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=articles>>. Acesso em 12 de maio de 2019.

Pelo exposto, percebe-se que as Cortes mudaram o entendimento político e jurídico sobre a superlotação, vinculando-a diretamente à violação de direitos das pessoas presas, a partir do fundamento de que a dignidade das penas ilumina a vedação a penas ou tratamentos desumanos. O estado dos cárceres e sua relação com a norma de violação de tratamento desumano tem sido passado a ser o foco da atenção nos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, que também promoveu uma reversão do processo de encarceramento dos Estados Unidos.

Nesse passo é que essa nova perspectiva da superlotação carcerária como violação à humanidade das penas, conduz ao pensamento de imposição de limites ao encarceramento em massa, sob pena de incorrer-se em pena ilícita, inconveniente e inconstitucional.

Essas Cortes têm condenado a negação de condições adequadas de acomodação e cuidados à saúde, sem sopesar maior relevância a elucubrações de segurança da sociedade, superando o velho senso comum de que mais encarceramento promoveria mais segurança. Pelo contrário, foi possível provar que as limitações ao encarceramento em massa por meio de medidas de desencarceramento não afetaram a segurança da sociedade.

Nesse contexto é que se força a admissão de necessidade de imposição da limitação da capacidade prisional e da necessidade de um adequado modelo de lotação que possibilite a fixação de critérios determinantes para a interpretação da licitude da execução penal e da ocorrência de tratamento desumano, de maneira a promover efetivas contenções ao poder punitivo e padrões de decisões judiciais que façam valer as normas de humanidade das penas.

2.1.3 Critérios para a correção do desvio qualitativo da execução penal

Somente na execução penal é que se tem a possibilidade de concreção da sanção aplicada na sentença, a partir de parâmetros fixados de acordo com as escalas penais de “tempo-sofrimento”. Por esse motivo é que a sanção, assim como concebida pelo direito penal, para manter-se fidedigna às suas origens conceituais, deve ser aplicada de forma a não ser desfigurada (BARBOSA, 1982).

Assim sendo, para que a prisão se mantenha de acordo, não somente com a Constituição e com as convenções de direitos humanos, mas também com a própria coisa julgada, sua execução deve se pautar pelas escalas penais de tempo-sofrimento, observando sobretudo os parâmetros qualitativos e os limites de sofrimento previstos no ordenamento jurídico.

A concreção da sanção de privação de liberdade não se torna imutável com o trânsito em julgado da decisão que aplicou e calculou o tempo de prisão. Tão somente, essa decisão é

execução a partir dos parâmetros fixados no caso concreto, que, por sua vez, devem seguir as escalas penais de “tempo-sofrimento”. Oportuno atentar que a execução penal não está vinculada a quantidade de pena fixada, ao contrário, está sujeita a constantes reduções, desde detrações de prisões preventivas, mas principalmente por ficções que concebem a execução penal como processo de regime progressivo, a partir de requisitos relacionados a conduta e comportamento do internado.

Com o espoco de garantir a legalidade da execução penal, a própria Lei de Execução Penal reconhece a existência de intercorrências de excesso e desvio da aplicação da pena, “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares” (art. 185 da LEP). Pavarini leciona que o excesso é identificado quando se ultrapassa os limites quantitativos de tempo de pena previsto em lei, e que também se identifica outra forma de violação, o desvio da execução penal quando se ultrapassa os parâmetros qualitativos da pena, quando o sofrimento imposto excede os parâmetros legais. Em ambos os casos, a tutela jurídica se dará pelo incidente da execução penal, de excesso ou desvio, conforme o caso.

No entanto, mandados de prisão são expedidos e cumpridos de forma automática, sem qualquer consideração à falta de condições humanas mínimas dos cárceres, sublimadas pelo argumento do cumprimento das leis e da garantia do direito à segurança pública da sociedade. Como exemplo, se remete aos casos de manutenção do apenado em regime mais gravoso quando faltam vagas em estabelecimento de regime semiaberto, prática comum, mas que configura constrangimento ilegal sujeito ao incidente de desvio de execução penal.

Para fazer cessar essas penas ilícitas, e recorrendo a equidade, já que o sistema jurídico não prevê consequências jurídicas para os tratamentos arbitrários da prisão, o Supremo Tribunal Federal já promoveu alguns avanços na matéria visando balizar as decisões de juízes das varas de execução penal do país.

A mudança de postura atingiu um marco com a decisão liminar de 2015, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 347/ADPF (STF, 2011) que declarou o sistema prisional como “Estado de Coisas Inconstitucional”¹⁰³, admitindo a ocorrência de

¹⁰³ Instrumento teórico importado da Corte Constitucional da Colômbia, cuja configuração enseja a observação dos seguintes pressupostos: violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, cuja solução exige remédios e ordens dirigidas a pluralidade de órgãos. Cf. Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia no SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004.

múltiplas violações à direitos fundamentais dos presos advindo de problemas estruturais centralizados na superlotação.

Não obstante o reconhecimento da crise estrutural, a Corte se limitou a determinar o descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a instituição de audiências de custódia, entendendo como boa oportunidade para validar projeto já lançado pelo Conselho Nacional de Justiça.¹⁰⁴ Por outro lado, foram indeferidas outros pedidos cautelares dirigidos ao Judiciário, concernentes às determinações aos juízes para considerarem a situação de precariedade das estruturas prisionais tanto como condição para a execução de prisões, como indicativo para a substituição por alternativas à prisão, e ainda como fator de compensação para execuções das prisões já em transcurso.

No julgamento do Recurso Extraordinário RE 580.252, no qual, em 2017, a corte concluiu a análise para decidir, em repercussão geral, pelo dever de reparação de danos ao preso submetido a tratamento degradante pela “falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”¹⁰⁵ decorrente do cumprimento de pena em presídio superlotado. A Corte perdeu a oportunidade de estabelecer uma forma de remissão proporcional que compensasse o tempo cumprido em condições proibidas, refutando o voto do Min. Luís Roberto Barroso.

Em 2016, nos autos do Recurso Extraordinário 641.320 do Rio Grande do Sul, o Relator ministro Gilmar Mendes, enfrentando a situação da “ausência de vagas na unidade prisional adequada e cumprimento da pena no regime mais gravoso”, obteve êxito em fixar o entendimento de que não se deve permitir que agrave a pena, ou seja, não existindo vagas para o cumprimento no regime estabelecido não pode o apenado cumprir a pena em um regime mais gravoso.

O Tribunal fixou ainda moldes para o cumprimento da decisão: “[...] Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de

¹⁰⁴ As audiências de custódia se originaram de acordo de cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Tribunal de Justiça de São Paulo, que visavam a expansão do instrumento e foram objeto da ADI 5.240/SP. Cf. CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Audiência de Custódia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/sobre/> Acesso em: 5 de março de 2020.

¹⁰⁵ Cf. Tese de Repercussão Geral consolidada no Tema 365: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. Cf. Supremo Tribunal Federal; decisão de 18 de dezembro de 2017; Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313604581&ext=.pdf>>.

direito e/ou estudo ao condenado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”.

Esse julgado deu ensejo a edição da Súmula Vinculante n. 56, estabelecida nos seguintes termos: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

A partir da semântica da Súmula citada, pode-se argumentar que esta trata do regime de execução penal, o que conduziria ao entendimento de que se aplicaria limitada aos casos de inadequação da lotação da pessoa presa em estabelecimento formalmente declarado como de regime mais gravoso. No entanto, a lógica trazida pela Súmula é perfeitamente aplicável para outros casos de desvio pelo cumprimento de pena em situação mais gravosa.

Com a eclosão da pandemia da COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução CNJ n. 62/2020, considerando o agravamento significativo de risco à saúde pela intercorrência da emergência pandêmica à situação de aglomeração inerente ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, para recomendar a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal. Para tanto, o órgão administrativo com competência correccional e de orientação geral do sistema de justiça, diligenciou em prever providências específicas para reduzir a superlotação: reavaliação de prisões provisórias, concessão de saída antecipada, concessão de prisão domiciliar, medidas estas destinadas a contemplar pessoas consideradas em grupos de riscos delimitado; e ainda previu a concessão de prisão domiciliar para o caso de pessoa com diagnóstico suspeito ou confirmado de COVID-19, no caso de ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal.

Com efeito, o enfretamento das questões ligadas à superlotação crítica do sistema prisional demanda abordagem consequencialista do Judiciário a fim de maximizar os critérios dogmáticos, já que consequências jurídicas não estão taxativamente previstas para esse caso específico, e principalmente enquanto o avanço para uma política de capacidade taxativa apresenta-se como uma utopia. Mas a perspectiva do consequencialismo¹⁰⁶ implica na ênfase as consequências pelas escolhas pautadas pelo padrão ético e adequadas a uma visão global.

No processo de escolhas dessas providências, o Judiciário deve buscar parâmetros nas regras melhor adaptáveis ao cenário dinâmico de incerteza que é o desencarceramento. Tais decisões tem como melhor assento as regras que assegurem o interesse em segurança pública,

¹⁰⁶ Cf. Autores que tratam do consequencialismo jurídico: Richard Posner, MacCormick e Amartya Sen.

mas não aquela “ilusão de segurança pública”, deve assim adotar critérios objetivos mediante uma análise concreta. Defende Zaffaroni que o critério não pode ser outro que não a natureza do delito pelo qual a pessoa processada cumpre pena, no sentido de adotar alguma precaução ao caso dos condenados por delitos contra a vida, a integridade física ou sexual e crimes cometidos mediante o emprego de armas de fogo com potencialidade letal (2020, p. 30).

No entanto, advertindo que nem todas as pessoas condenadas pelos delitos mencionados apresentam os mesmos níveis de agressividades capazes de comprometer a segurança pública, e atentando para o “caminho proibido” do direito penal do autor, Zaffaroni atenta que não há como se recorrer à “velha periculosidade” como prognóstico abstrato de conduta, conceito próprio do positivismo racista (2020, p. 30).

2.2 A inafastabilidade do controle judicial na execução penal: a execução penal não é do executivo

2.2.1 Agora é a vez dos juízes

A execução penal era entendida como uma atividade estatal meramente administrativa, na qual as pessoas presas eram sujeitas a autoridades sem controle e sem acesso à justiça. Distingua-se o curso do processo penal em fase jurisdicional que se encerrava com a sentença, e que inaugurava a fase administrativa.

A evolução da execução penal como disciplina jurídica tem estreita correlação com as posições teórico-doutrinárias aceitas referentes às funções da pena. Assim é que o disciplinamento carcerário foi ganhando complexidade, de acordo com o estágio civilizatório da sociedade, à medida que se abandonou a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública, para se dar relevância ao sentimento humanitário e a consideração científica.

Não obstante a teoria humanitária (LEWIS, 1953) da pena ter promovido a superação filosófica da função retributiva, ainda resistem as fortes raízes sociológicas que conectam a função da punição à ideia de justiça no sentido de merecimento.

Embora muitas privações às quais são submetidas as pessoas presas sejam justificadas em termos de conveniência administrativa e viabilidade financeira, essas apenas se conciliam com fatores determinantes da punição, a função retributiva da pena e a ideia ainda reinante da *less eligibility*.

Nessa perspectiva é que o controle judicial das decisões administrativas na execução penal é visto como uma interferência na eficiência dessa função retributiva. Assim é

que tradicionalmente se implementou uma isenção judicial na execução penal, se possibilitou a negação do Estado de direito no sistema prisional, e uma verdadeira abdicação de responsabilidade judicial pela proteção de direitos das pessoas presas.

A única dificuldade apresentada pela afirmação dos valores humanistas foi a sustentação oficial e declarada da permanência do princípio da *less eligibility* como fator limitante das condições da execução penal, por meio da substituição por construções teóricas mais elaboradas e contemporâneas ao pensamento jurídico em vigência (CACICEDO, 2015).

Nos Estados Unidos vigorou por muito tempo a doutrina “*hands-off doctrine*”, que manteve a possibilidade de as Cortes ignorarem as reclamações pelas condições humanamente degradantes das prisões (TURNER, 1971, p. 473).

Essa doutrina representava uma negação de direitos às pessoas presas, a negação de acesso à justiça como inquestionável decorrência da situação de interno de uma instituição penal.¹⁰⁷ Baseava-se em falsos pilares: na “separação de poderes”, a partir da simples declaração de que a gestão prisional era exclusiva competência do Executivo; no argumento de que as cortes não tinham o poder de supervisionar a administração prisional ou interferir nas regulamentações ordinárias do sistema prisional, já que se tratava de uma gestão complexa que demandava uma expertise desconhecida pelo judiciário; e ainda no receio de que a interferência no sistema prisional iria provocar uma subversão da disciplina prisional (HAAS, 1977).

Dentre as primeiras interferências da Suprema Corte no sistema prisional americano, destaca-se o caso *Ex parte Hull* (1941), que, ainda na reconhecida vigência da *hands-off doctrine*, se firmou o entendimento de que a administração prisional não poderia confiscar ou atrasar pedidos ou correspondências de pessoas presas endereçadas às Cortes. Essa decisão ensejou a formação das bases do direito de acesso à Justiça às pessoas presas (TURNER, 1971, p. 478).

Desde os anos 60 que se organizou um movimento de luta por melhores condições às pessoas presas, auxiliados por grupos extramuros a favor do reconhecimento de direitos, cuja importante estratégia foi a introdução de pleitos judiciais para dar publicidade à desumanidade e à arbitrariedade no tratamento prisional (BIRKBECK, 2010).

O rompimento dessa doutrina adveio de uma série de decisões do final dos anos 60 e início dos anos 70, que desafiaram aspectos específicos dos sistemas prisionais do Alabama e

¹⁰⁷ Considerada a decisão judicial mais primitiva declarada pela Suprema Corte da Virginia que entendia como retribuição ao crime praticado, a perda de todos os direitos da pessoa subjugando-a como escrava do Estado, em *Ruffin v. Commonwealth* (1871): “*He (the convicted felon) has, as consequence of his crime, not only forfeited his liberty, but all his personal rights except those which the law in its humanity accords to him. He is for the time being the slave of the State*” (TURNER, 1971).

Arkansas, referentes a procedimentos disciplinares e condições e tratamento, frente a Oitava Emenda da Constituição Americana (SIGLER, SHOOK, 1995).

Mesmo com a superação da *hands-off doctrine*, juízes ainda apresentaram resistência na análise de casos que tratavam de reclamações por condições não tão severas. Assim é que a *hands-off doctrine* acabou sendo substituída pela *deliberate indifference standard*, que condicionava a interferência judicial à demonstração de indiferença deliberada às necessidades da pessoa presa (SIGLER, SHOOK, 1995).

Na Europa continental, cumpriu esse papel a doutrina alemã da conhecida relação especial de sujeição (*besonderes Gewaltverhältnis*). Essa doutrina foi um produto do século XIX criada para fundamentar a existência de um poder administrativo especial legitimado a impor restrições de direitos fundamentais em condições diferenciadas em relação ao Poder Público. Essa construção jurídica submetia categoria de pessoas a leis internas (*Innenrecht*) à Administração Pública, a pretexto de uma relação especial de sujeição com o Estado, diferentes das leis externas (*Außenrecht*) e gerais, assim como os direitos fundamentais, determinadas a regular as relações com os cidadãos em geral.

Essa doutrina foi desacreditada pela decisão da Corte Constitucional Federal Alemã de 1772, BVerfGE 33, fixando o entendimento de que pessoas presas devem se valer das mesmas garantias que os cidadãos cobertos pela Constituição. Essa decisão foi a primeira importante intervenção na gestão prisional, por meio do qual se encerrou a situação de anomalia legal as quais sujeitavam as pessoas presas, ensejando a formulação de um novo regime de execução penal. Nos fundamentos da decisão, que tratava de o poder da Administração interceptar correspondências enviadas às pessoas presas, a Corte declarou que a doutrina da relação de especial sujeição vinha sendo usada como uma forma arbitrária de imposição de limitação implícita aos direitos fundamentais.

No entanto, Castilho (1988) salienta que nos países europeus influenciados por essa doutrina, como França e Itália, foi demorada a aceitação da ideia de controle judicial da administração penitenciária tanto quanto foi da extensão do princípio da legalidade ao campo da execução penal (p. 40).

Primeiramente, defendeu-se a tese de intervenção judicial de caráter preponderantemente fiscalizatório, por meio de visitas e encaminhamento de relatórios às autoridades penitenciárias, mas sem o poder de sanção e sem qualquer caráter jurisdicional. No Congresso Internacional de Direito Penal de 1973, realizado em Paris, foi levantado o debate sobre a atividade judicial de supervisão penitenciária por meio de visitas aos estabelecimentos prisionais não obstante manter a ideia de autonomia e independência da administração

penitenciária. As resoluções do Congresso de Roma de 1969 registram a competência judicial para questões incidentais à execução penal, o respeito ao contraditório e os direitos fundamentais do homem (CASTILHO, 1988, p. 40-41).

Não obstante o entendimento ter evoluído no sentido da preponderância da atividade judicial na execução penal, subsistiram fortes resistências efetivadas por meio da redução das matérias sujeitas a judicialização, latentes na discussão em torno do emprego dos conceitos de jurisdição e administração. Fala-se na execução penal em atividade jurisdicional, atividade administrativa do juiz, atividade quase-jurisdicional, e atividade para-judiciária (CASTILHO, 1988, p. 41).

Por trás desse debate sobre a natureza jurídica da execução penal camuflava-se a real situação de negação do Estado de direito ao sistema prisional, não obstante essas questões serem independentes. Castilho (1988) critica essa associação de que a aplicação do princípio da legalidade dependeria da jurisdicionalização da execução penal, já que todos os atos administrativos são passíveis de controle jurisdicional. (p. 42)

Por outro lado, além da simples presunção de que a presença do juiz na execução penal garantiria a aplicação dos direitos das pessoas presas, e da simples dedução de que era o assujeitamento dos presos à discricionariedade administrativa que implicava na negativa de direitos as pessoas presas, a jurisdicionalidade da execução penal possibilitaria os caros exercícios do contraditório, a imparcialidade do julgador, e o devido processo legal. Entretanto, é certo que o permanente conflito entre a defesa da sociedade e os direitos fundamentais das pessoas presas enseja construções jurídicas de tão alto nível de artificialidade por meio de mecanismos como a ponderação que acabam por romper o espaço do Direito para o espaço político.

Na Itália, a questão carcerária ganhou mais atenção a partir de meados do século XIX. O Código de Processo Penal de 1865 passa a regular algumas previsões afetas à execução como atividade estritamente administrativa do Estado.

Como fruto do positivismo criminológico que havia promovido a individualização da pena por meio de tratamento diferenciado e científico, vem aprovando o Regulamento geral dos estabelecimentos penitenciários de 1891, de forte conteúdo correcionalista. Concomitantemente vinha se firmando o pensamento da Escola Humanista, dando ênfase a finalidade reeducativa do direito penal, e destaque ao caráter ético, de modo a criar uma confusão entre o direito e moral.

A crescente atenção conferida à execução penal conduz o debate doutrinário notadamente às questões de autonomia da doutrina de execução penal e ao controle jurisdicional

do cumprimento de pena, ainda que entendida a prevalência do seu caráter administrativo. O *Codice di Rito* de 1913 faz expressa previsão de competência do juiz da condenação para a decisão de incidentes da execução penal.

Com o advento do fascismo, se provoca uma clara involução no âmbito do tratamento prisional: o direito de punir é considerado com um direito de segurança e defesa do próprio Estado, e o infrator etiquetado como um “pecador criminalizado” contra o qual a pena deve operar como instrumento de expiação e de remorso. Ainda é reintroduzida a pena de morte, e a repressão de massa passa a ser estratégia de política socioeconômica.

Em 1930 é aprovado o Código Rocco, que envolveu não somente a elaboração de um Código Penal, mas também de Processo Penal e o Regulamento dos Estabelecimentos Penais, como um complexo normativo coordenado para uma tradução fiel da ideologia fascista no setor penal. Contudo, algumas concessões, meramente formais, são implementadas como meio de obter um maior consenso social, especialmente a introdução e estruturação da figura do *magistrato di sorveglianza* como supervisor da execução penal. Neste ponto é que se esclarece a conveniência da criação de um órgão para análise da individualização e periculosidade, o *giudice di sorveglianza*.

No artigo 144 do Código Rocco, no capítulo intitulado de “fiscalização da execução das penas” estabeleceu-se a previsão da competência de um órgão judicial durante a execução penal. Essa competência, de natureza administrativa, não excluía a análise dos incidentes da execução penal pelo magistrado da condenação penal.

Somente com a reforma penitenciária de 1975 é que se registrou a previsão de capítulo de tutela dos direitos das pessoas presas, a legalidade estrita em matéria disciplinar e a instituição da *magistratura di sorveglianza* como órgão jurisdicional da execução penal.

Por sua vez, a França introduz a figura do “juge de l’execution des peines” por meio das reformas penitenciárias idealizadas por Paul Amor e Pierre Cannat, atrelado a gênese do método progressivo de execução de pena. A ideia de implementação de uma maior atenção judicial durante a condenação penal também vem de influência da Escola da Nova Defesa Social liderada por Marc Ancel, caracterizada pela reivindicação de humanização e individualização da execução penal (HERZOG-EVANS, 2015).

Formalizado com a entrada em vigor do Código de processo penal francês de 1958, teve atribuições estendidas por leis posteriores, no entanto, durante décadas esse magistrado manteve o status de assistente social, um juiz sem poderes judiciais, e não inteiramente inserido no sistema judicial. Somente em 2000 que é reconhecida sua atividade como jurisdicional caracterizada pelo devido processo legal (HERZOG-EVANS, 2015).

A ingerência judiciária durante a fase de execução das penas implementou mudanças na característica jurídica da execução penal. A característica estritamente administrativa tem sido abandonada, para reenquadrar a execução como verdadeira continuação do processo penal.

No entanto, controvérsias ainda persistem quanto às diversas atividades da execução penal já que se reconhece natureza jurisdicional apenas a incidentes de execução. Para superar esses impasses, novo enfoque é assentado no respeito aos direitos fundamentais também garantidos às pessoas presas.

O movimento pelo controle da execução penal se reflete no cenário internacional culminando com a aprovação das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos em 1955 pela Organização das Nações Unidas. Desde então, principalmente na Europa, estabeleceu-se um sistema internacional de garantias e de acesso à justiça às pessoas presas, que, por sua vez, implementa efeitos no controle da legalidade da execução penal dos governos nacionais.

Seguindo as matrizes e influências da Europa continental, no Brasil, também se aplicava a doutrina da relação especial de sujeição, o que acarretava a negação do Estado de direito na execução penal, e a negação das pessoas presas do acesso à justiça. A ideia que vigorava é de que as funções do Judiciário se esgotavam com a sentença, e a execução penal ficava ao exclusivo arbítrio da Administração Penitenciária, de cada administrador de presídio.

Relata Castilho (1998, p. 68) que se negava qualquer controle de legalidade na execução penal sob as pretensas justificativas de que se tratava de atividade administrativa não sujeitas a controle jurisdicional. Por outro lado, adotava-se a mesma doutrina europeia da relação especial de sujeição, por meio de regulamentos para cada sistema prisional para cada diferente estado do país, que traduziam uma verdadeira negativa de garantias fundamentais às pessoas presas.

Assim é que o debate nacional, além da influência internacional pela autonomia científica da execução penal, abrangia também a necessidade de uniformização da ordem prisional. A primeira tentativa de se legislar sobre a execução penal se deu em 1933 com o Anteprojeto do Código Penitenciário da República, elaborado pela 14ª Subcomissão Legislativa do Regime Penitenciário, integrada por Cândido Mendes de Almeida, Jose Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho. Porém, a discussão dessa proposta foi impedida pela instituição do Estado Novo por Vargas, que dissolveu o Parlamento, e deu preferência a edição do Código Penal de 1940 idealizado sob forte influência do Código Rocco Italiano de matriz fascista, trazendo inovações como a atuação do judiciário na execução e o preparo técnico dos agentes administrativos ligados ao sistema prisional. No lugar de um Código Penitenciário entabula-se o Livro IV do Código de Processo Penal de 1941, disciplinando a execução da pena e da medida de segurança.

Restaurada a democracia, a regulamentação da execução penal permaneceu limitada a normas gerais do regime penitenciário constantes da Lei n. 3.274 de 02 de outubro de 1957, que vigorou em detrimento de outras propostas de codificações: o Anteprojeto de Código Penitenciário de 1955, apresentada por Oscar Stevenson, e o Anteprojeto de Código das Execuções Penais de 1963, trazida por Roberto Lyra. Sobrevindo o Golpe de 64, o Anteprojeto de Código de Execuções Penais de 1970, de Benjamin Moraes Filho, também foi abandonado com a revogação do Código Penal de 69 que nunca entrou em vigor.

O Anteprojeto penitenciário stevensoniano já se preocupava com o Estado de direito e a observância das garantias individuais às pessoas presas contra o arbítrio e o excesso de poder, considerando essencial o controle da legalidade no terreno penitenciário.

Considerada proposição de mais elevada técnica, o trabalho de Roberto Lyra inaugura uma nova denominação com o Anteprojeto de Código das Execuções Penais, cuja preferência é justificada, não por ser questão de terminologia, mas de conteúdo, forma de repugnar o anacronismo da penitência e do arbítrio que essa ideia envolve.

A proposta de Roberto Lyra levantava relevantes questões sobre o arbítrio do sistema prisional, denunciando e chamando atenção pelos ilimitados poderes da administração prisional que executava penas totalmente desvinculadas do Estado de direito, e mesmo da coisa julgada com a condenação. Assim expressou na Justificação do seu anteprojeto:

“Pela Constituição Federal, o juiz não pode aplicar pena, ainda pecuniária ou acessória, que lei anterior não cominou, mas o carcereiro (ou seu subalterno) cria, aplica e executa penas ou agrava-as extremamente; inuma homens em solitárias (prisão dentro da prisão); condena-os à fome e à sede; priva-os de visitas e correspondência; confisca-lhes, indiretamente, o pecúlio e o salário; explora seu trabalho; isola-os em ilhas; concentra, em instantes de castigo, a perpetuidade da dor, da revolta e da vergonha.”

De acordo com a experiência internacional, formou-se a convicção de que o nível de controle judicial da vida prisional determinaria características mais humanas do sistema penitenciário, já que de nada adiantaria a previsão legal de um rol de direitos às pessoas presas se esta não se traduzisse na execução penal (CACCICEDO, 2018). A garantia da efetividade dos direitos constante do Estado de direito é o acesso à justiça e o respectivo controle jurisdicional dos atos de execução penal (CASTILHO, 1988, p. 69).

Considerando a jurisdicionalização da execução penal como forma de condução à efetividade da humanização das penas, da legalidade, e da responsabilidade, Lyra propunha a reunião de todos os poderes, em sede de execução penal, no Judiciário, fundando um juízo universal da execução, que somente sobrava margens de critério administrativo a serem preenchidas com senso dirigido a dignidade humana (1978, p. 211, 212).

2.2.2 Judicialização da Execução Penal: não para executar e sim para conter

Como relatado alhures, a execução penal não só era desjurisdicionalizada como não era sujeita a qualquer controle judicial. O direito tinha limites com a decretação da sentença, momento em que se iniciava um percurso que deveria ser conduzido por “especialistas” dedicados à reabilitação da pessoa presa. Esse pensamento de estrita administrativização da execução penal era avesso ao acesso à justiça pelas pessoas presas, frustrando qualquer expectativa de efetividade *intra muros* de direitos.

Tendo em conta experiências internacionais, a administrativização da execução penal foi associada à banalização da violência sem limites da censura penal e ao desprezo pelos direitos fundamentais.

Como reação, a Lei n. 7.210/84 pretendeu estabelecer maior garantia de legalidade na execução penal ampliando possibilidades de jurisdicionalização, não mais circunscrita a alguns incidentes (CASTILHO, 1988, p. 97). Assim é que a Lei n. 7.210/84 prevê ao juiz da execução penal constantes intervenções judiciais no curso do cumprimento de pena, competindo ao mesmo (Art. 66): I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II – declarar extinta a punibilidade; III decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução; IV – autorizar saídas temporárias; V – determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado quando a medida tenha fundamento no interesse público ou do próprio condenado; VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

Outrossim, a Lei ainda prevê incumbências ao juiz da execução para inspecionar os estabelecimentos penais quanto ao adequado funcionamento, interditar estabelecimentos que funcionem em condições inadequadas. (Art. 66, incisos VI, VII, VIII) Em alguns Estados essas competências são designadas a um Juiz Corregedor dos Presídios com atuação atrelada às orientações e determinações da Corregedoria-Geral de Justiça.

Por meio da institucionalização da jurisdição da execução penal pretendeu-se certificar a aplicação de garantias constitucionais concernentes ao devido processo legal, à igualdade das partes, à ampla defesa, ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição.

Contudo, como bem ressalta Castilho, ao contrário do que vislumbravam os autores do projeto da Lei de Execução Penal, a judicialização da execução penal não evitou conflitos. (1988, p. 93), nem mesmo mudou o padrão de violações antes denunciadas (SHIMIZU, 2019). Caracterizada pela lentidão, a judicialização da execução penal, segundo Cacicedo (2018), se apresentou muito mais como um mecanismo de violação de direitos fundamentais das pessoas presas.

Logo após a entrada em vigência da Lei de Execução Penal, Castilho (1988) há muito já advertia sobre a necessidade da especialização e adequada estruturação da vara de execução penal como condições necessárias para a exequibilidade da judicialização da execução penal. Vislumbrava a autora que o atendimento da função de prevenção especial da pena, à qual deveria ser dada prevalência, pressupunha um juiz com formação direcionada, preparado tecnicamente, com formação criminológica voltada para o autor e seu futuro como cidadão, diverso do juiz da condenação, já que sua preocupação não deve ser mais o fato criminoso praticado pelo já condenado. Ademais, para que não se force a admitir a tese de inexecutabilidade da Lei de Execução Penal, e se comprometa a opção pela judicialização, necessário dotar a vara de execução penal de recursos materiais, e humanos, com pessoal especializado, e infraestrutura adequada para atender toda comunidade de pessoas presas, proporcional ao tamanho do sistema penitenciário (p. 45 e p. 95-96).

Em agravo às dificuldades estruturais, a atividade jurisdicional da execução penal ainda é desvirtuada pelo gritante aspecto subjetivo que tradicionalmente se aplica na análise de progressão de regime e livramento condicional, que por meio de exame criminológico mantém as margens de arbítrio. Assim é que a ressocialização difunde falsas esperanças de individualização e reconhecimento de direitos subjetivos das pessoas presas, mas que na concreção de uma lógica deturpada, atende à necessidade de imaginada preservação da sociedade contra aqueles que se mostram perigosos.

Não obstante tudo isso, o avanço que a judicialização da execução penal representou pelo reconhecimento dogmático da dignidade da pessoa presa como sujeito de direitos, e assim como parte em um processo jurisdicional acusatório, não admite retrocessos. Apesar do delineamento da “judicialização perversa” da execução penal, carregada de atuações ideológicas dos atores penais, não há como admitir a constitucionalidade da

interpretação de que privações ou restrições à liberdade escapem ao devido processo legal e ao contraditório judicial (SHIMIZU, 2019).

O avanço do acesso à justiça pelas pessoas presas ainda é desviado pelo debate que gira em torno da natureza da execução, se jurisdicional ou administrativa. A doutrina costuma categorizar as atribuições previstas na lei concernentes às atividades de inspeção, vigilância, fiscalização, como atividades administrativas diferenciadas das atividades jurisdicionais. Ou seja, a competência judicial nessa seara, apenas recomendatória, não tem o condão de vincular a gestão prisional, retirando efeitos jurídicos do ato do juiz ao mesmo passo que o exime de responsabilização.

Nesse passo é que se afasta do controle jurisdicional pedidos individuais e coletivos relacionados às condições materiais da execução penal, como estrutura de alojamento, assistência à saúde, salubridade física e mental. Assim, as reivindicações dos presos e da massa carcerária, não esporadicamente, são desprezadas pelas autoridades administrativas e judiciárias sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, representada neste universo pelos signos da disciplina e da segurança (CARVALHO, 2008, p. 153).

Mesmo diante da situação de permanente superlotação dos presídios, e da situação de perplexidade, frente a fixação do regime de cumprimento de pena na sentença e a previsão específica de instalações penais para cada fim, naturalizou-se amplamente a prática do cumprimento automático da pena mesmo que não haja vaga ou ainda estabelecimento penal específico.

Entretanto, pela perspectiva constitucional, e da preocupação do legislador com a manutenção dos padrões de humanidade no cumprimento da pena, a execução penal somente se legitima se presentes as condições mínimas materiais para o exercício de todos os direitos assegurados à pessoa presa, sob pena de desvio ou excesso de execução. A adequação da prisão não fica restrita à análise de legalidade do título da condenação fundamentada pelo juiz em análise *ex ante*, mas também sujeita a uma legitimação *ex post* relacionadas às condições do cárcere. Assim é que a pena, durante todo o seu cumprimento, não escapa ao crivo judicial de constitucionalidade e legalidade, sendo constantemente adaptada e individualizada.

Shimizu (2019) defende que no exercício do controle das condições materiais da execução penal, ao juízo também compete a tutela de direitos individuais e coletivos da população carcerária. Essa interpretação se coaduna com a ideia de que a execução penal não é avaliada somente mediante o aspecto cronológico e progressivo, mas também qualitativo, sendo abusiva a pena que não atende condições materiais mínimas.

Nem mesmo a possibilidade de atuação de ofício do juízo desnaturalizaria esse controle das condições materiais da execução penal, ao exemplo¹⁰⁸ da possibilidade de concessão jurisdicional de *habeas corpus* de ofício, assim como também do relaxamento da prisão com excesso de prazo.

¹⁰⁸ O autor cita Cintra, Grinover e Dinamarco (2004) na exemplificação de atuação jurisdicional *ex officio*, como exceção à regra de inércia de jurisdição.

3. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Para entender a “lógica estrutural de operacionalização” do sistema de justiça penal cujas práticas guardam distância abissal dos mais comezinhos “consensos” em direitos humanos, impõe-se compreender a atuação dos atores, protagonistas do poder para efetivar essas normas e garantias programadas para contenção de abusos punitivos, especialmente, seus silenciamentos, reveladores da naturalização da desumanização do sistema carcerário. Entender como se materializam as seletividades do sistema prisional e a manipulação de garantias fundamentais para forjar a legitimidade de uma execução penal de exceção, impõe investigar a ideologia que vige entre os protagonistas do primado do direito, na condição de sujeitos interpelados pela tradição autoritária brasileira, reveladas pelas práticas de contenção dos abusos punitivos.

A importância de se compreender a real funcionalidade do sistema penal, não apenas se dá pela exposição da violação, mas também pela inversão hermenêutica da lógica prometida pela dogmática penal, como destacado por Vera Andrade (2015, p. 305):

“É precisamente por sobrepor (e socializar) à imagem real do sistema penal uma imagem ideal do Direito Penal que o discurso dogmático tem cumprido, exitosamente, uma função legitimadora e que suas funções declaradas têm tido uma eficácia simbólica”.

Não obstante a prática do sistema penal envolva outros importantes atores, a pesquisa se concentrou na análise das atuações dos juízes, principalmente em razão da expectativa que se tinha com a jurisdicionalização da execução penal para a humanização e constitucionalização do sistema penal.

A inevitável inserção do juiz/intérprete no contexto dessa tradição autoritária, conduz ao frequente esvaziamento do conteúdo humanitário dos dispositivos legais, funcionando como um verdadeiro “óbice hermenêutico”. Geraldo Prado explica que a “pré-compreensão” do juiz, formada a partir da herança do originário conteúdo significativo de conceitos, acompanha todo o processo de “construção” condicionando o resultado da interpretação (CASARA; PRADO, 2015)

Assumindo a subjetividade do juiz como fator constitutivo das decisões judiciais e desenvolvendo uma consciência crítica de sua relação funcional com a aplicação judicial do direito, possibilitar-se-á a compreensão de como “o idealismo e a falsidade do discurso dogmático integra seu código ideológico (ideologia liberal + ideologia da defesa social)” para produzir consenso da legitimidade da “eficácia simbólica (reprodução ideológica) do sistema

penal”, que, na verdade, esconde o déficit de tutela real dos direitos humanos compensado pela criação de uma “ilusão de segurança jurídica” (ANDRADE, 2015, p. 310-312).

Melhor explicando o funcionamento da ideologia nas instituições é que Althusser (1980, p. 93, 94) afirma que “a categoria do sujeito é constitutiva de toda a ideologia, na medida em que toda a ideologia tem por função (que a define) constituir os indivíduos concretos em sujeitos”. Assim é que os juízes como sujeitos das decisões a serem analisadas nesta pesquisa, são assumidos como indivíduos “interpelados” pela ideologia e pela formação dos aparelhos ideológicos do Estado.

Por isso é que a pesquisa propõe se ocupar de investigar a maneira como os atores desta encenação da interpelação, no caso os juízes como sujeitos “interpelados”, e suas práticas, são refletidas na estrutura do sistema penal visto como um “aparelho ideológico do Estado”, pela análise de suas decisões e proposições correspondentes a dada formação ideológica.

Para a busca do real sentido das decisões judiciais em matéria de execução penal, considerando que a

“ideologia se materializa na linguagem”, é que se fará uso das ferramentas da Análise do Discurso. Por meio do interdiscurso, a presente proposta busca também “colocar o dito em relação ao não dito [...], procurando ouvir, naquilo que o sujeito diz, aquilo que ele não diz, mas que constitui igualmente os sentidos de suas palavras” (ORLANDI, 2005, p. 59).

A partir de uma releitura atenta, identificar-se-á marcar frequentes ou afirmações básicas recorrentes de uma posição ideológica manifesta, que interpelam os sujeitos dos discursos a reproduzir os já-ditos sem controle sobre o modo que os sentidos se constituem, revelando formações ideológicas.

3.1 Coleta de dados

O intento inicial da pesquisa era o de investigar como os atores responsáveis agem para o enfrentamento do problema da superlotação carcerária e para a legitimação da execução penal por meio de pesquisa empírica, incluindo levantamento de dados e entrevistas.

Sendo impossível o escrutínio de todo o sistema carcerário brasileiro, decidiu-se por restringir o exame ao Distrito Federal. Essa escolha leva em consideração o fato dessa Unidade Federativa pontuar um dos piores percentuais de superlotação carcerária – o terceiro maior do país (CNJ, 2019) - não obstante contar com o maior IDH dentre as Unidades Federativas (PNUD, FJP, IPEA, 2020),¹⁰⁹ o maior rendimento mensal domiciliar per capital (IBGE,

¹⁰⁹ Cf. No Atlas do Desenvolvimento Humano, a posição das unidades federativas no ranking do IDHM (PNUD, FJP, IPEA, 2020) Disponível em: <<https://atlasbrasil.org.br/ranking>>.

2020),¹¹⁰ uma situação orçamentária mais vantajosa que outros Estados da Federação, já que tem a maior receita bruta per capita (IPEA, 2019), o maior PIB per capita do Brasil (IBGE, 2017), demonstrando mais drasticamente que esse contingente de pessoas presas não colhe frutos desse melhor patamar civilizatório, sequer dentro da realidade brasileira.

Para confirmar a situação caótica de superlotação, direcionou-se à Secretaria de Administração Penitenciária do Distrito Federal, solicitação de dados sobre a quantidade de pessoas presas e evolução da massa carcerária ao longo dos últimos anos, além da dimensão de recursos humanos e vagas do sistema prisional.

A gravidade da naturalização da superlotação e desumanização das penas revelou dificuldades até mesmo na colheita de material sobre o assunto, já que sequer reclamações sobre essa situação eram, significativamente, levadas à justiça. A partir de uma primeira busca geral pela expressão “superlotação”, constatou-se que essa situação era muito pouco aventada nos casos levados à justiça. A maioria das decisões que citam essa situação fática, o fazem para negar pedidos de transferência da execução penal para o Distrito Federal, como critério de inconveniência e falta de interesse público, mesmo “a despeito do artigo 103 da LEP orientar para a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar”.

Somado a isso, as dificuldades decorrentes da situação de pandemia que o mundo vem sofrendo desde o início de 2019, em especial, as restrições para a circulação e encontro social, provocou a alteração da investigação por uma opção mais modesta, limitada à análise das decisões sobre superlotação, colhidas do próprio sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Por outro lado, a preocupação mundial com o surto pandêmico também acabou por provocar um levante da questão que oportunizou a colheita de mais material para a pesquisa, já que a contaminação difusa da COVID-19 propiciada pela aglomeração de pessoas nas celas acabou por agravar o estado de coisas inconstitucionais do sistema prisional relacionado a falta de condições materiais para a legítima execução penal, e sobrepesar a urgência para a resolução da problemática.

Entendeu-se, em razão disso, focar o intento investigativo da pesquisa na questão de como juízes encaram e assumem responsabilidade pela situação de inconstitucionalidade das execuções penais advinda de fatores diversos relacionados à superlotação, agravada pela intercorrência da pandemia de COVID-19. Assim, as decisões reunidas visaram aquelas

¹¹⁰ Cf. listagem completa expontando dados a partir do site do IBGE, Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/df.html>

expedidas no período de emergência sanitária, especialmente o decorrer do ano de 2020, desde março, época da declaração pela OMS da situação pandêmica.¹¹¹

O trabalho perpassa por uma breve análise quantitativa para situar a excepcionalidade de concessões de liberdade em razão da superlotação, mesmo diante da emergência calamitosa, em contraste com as denegações. Todavia, o foco da pesquisa está na análise dos discursos constantes das decisões judiciais para compreender a pergunta levantada: sobre como se dá o papel dos juízes na naturalização da superlotação, a partir de vieses interpretativos e predisposição ideológica identificados no “controle jurisdicional” e que influencia para esse resultado.

A pesquisa exploratória se iniciou pela busca de palavras-chaves (método booliano de pesquisa) usando-se a ferramenta de seleção de decisões do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF-T para um mapeamento geral das interpretações aplicadas aos casos de execução de penas em condições desumanas. Foram usadas nas buscas, expressões como: execução penal associada alternadamente a superlotação, saúde, COVID-19, prisão domiciliar, pandemia, e filtrados os julgados do ano de 2020.

Foram excluídas das buscas as questões concernentes às internações de adolescentes infratores, tendo em vista as peculiaridades destas privações de liberdade, e questões outras que não envolviam pedidos de desencarceramento.

Na primeira análise das decisões filtradas, categorizou-se qualitativamente as informações gerais dos casos para selecionar grupos por sequências discursivas regulares relacionadas a superlotação, a fim de possibilitar a compreensão dos fundamentos das denegações que expõem a formação discursiva. Reuniu-se também as decisões de concessões para elucidar que fatores foram determinantes para esse desfecho decisório.

A análise discursiva do corpus compreendeu a identificação, associações, e refutações contidas nos textos por meio das paráfrases, a consideração do contexto, e os cotejos para a interpretação dos interdiscursos. Assim, a identificação dos trajetos que ligam essas proposições visou desvendar os mecanismos interpretativos que expliquem os resultados da pesquisa qualitativa, por meio da identificação de fragmentos textuais que expõem os fatores e argumentos registrados, e as relações teóricas estabelecidas.

Antes de avançar para a apresentação de dados, atenta-se que a análise não tem a pretensão de se apresentar como imparcial, da mesma forma que se argumenta que os discursos

¹¹¹ Cf. Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia. ONUNews, 2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>>. Acesso em 26 de março de 2021.

não são neutros, a observação do pesquisador também é pautada por uma visão ideológica, já que a própria reunião de dados resulta de uma construção.

3.2. Apresentação dos dados coletados

Primeiramente, para contextualizar os fatores históricos, o comprometimento institucional e o desempenho do controle de legalidade levado a cabo no sistema prisional, diante da superlotação carcerária, sobretudo, da emergência pandêmica, advinda do reconhecido fenômeno do encarceramento em massa, analisou-se as dinâmicas de atuação dos atores do sistema penal para resolver as violações de direitos humanos. A finalidade dessa análise parte do entendimento de que o exercício da função pública se efetiva pelo que é concretizado ou pelo que é deixado de lado, admitindo-se o resultado.

Partiu-se da análise da evolução da massa carcerária, frente a capacidade operativa do Estado para a custódia dessa população, entendendo serem estes fatores decisivos na qualidade da execução da pena que determinada as violações das normas de direitos humanos e fundamentais das pessoas presas.

O Sistema Penitenciário do Distrito Federal, atualmente, conta com 7¹¹² (sete) estabelecimentos prisionais destinados à privação de liberdade, que mantém a guarda e custódia de 15.429 (quinze mil, quatrocentos e vinte nove) pessoas presas, apesar de dispor apenas de 8.623 (oito mil, seiscentos e vinte e três) vagas nominais. Observa-se que esses números não levam em conta o número de pessoas em prisão domiciliar, ou outros condenados com penas cumpridas em meio aberto.

No gráfico colacionado abaixo, expõe-se a evolução da massa carcerária de 2002 a 2019, se percebe que no período recortado, houve um aumento de mais de 200% no total de pessoas mantidas em celas.

¹¹² Até 2020 o complexo contava apenas com 6 (seis) estabelecimentos prisionais destinados à privação de liberdade, contando com 7.398 (sete mil, trezentos e noventa e oito) vagas nominais. Diante da emergência da pandemia, o atual governo resolveu antecipar a inauguração de parte da construção dos “novos Centros de Detenção Provisória”, disponibilizando mais 400 (quatrocentas) vagas. (CORREIO BRAZILIENSE, 2020)

Gráfico 1: Evolução do número de aprisionamento e da taxa de encarceramento

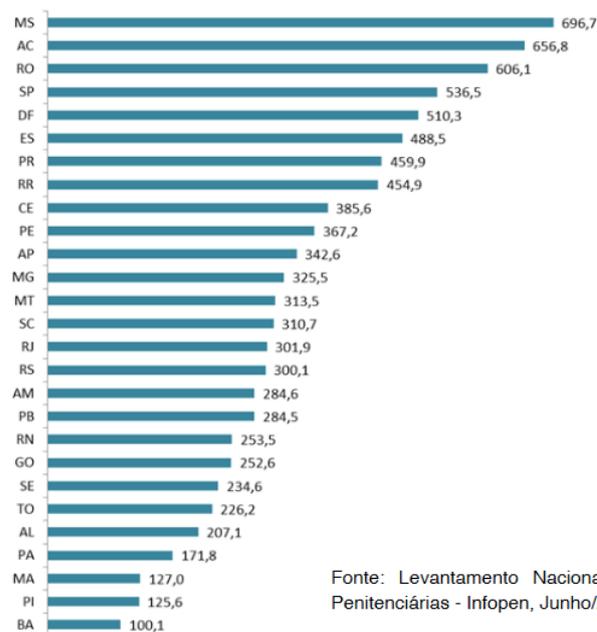


Como se observa, de 2002 a 2009, a taxa de evolução da massa carcerária do Distrito Federal chegou a um pico de 8,22%, com dois anos de estabilidade no crescimento, 2002 e 2006, e um decréscimo em 2008 de 2,72%, agravando-se a partir de 2010, chegando a um pico máximo de 10,51% em 2011. Em dezesseis anos, a população carcerária triplicou, saindo de um universo de 5.833 (cinco mil, oitocentos e trinta e três) internos para 16.406 (dezesseis mil, quatrocentos e seis) presos em 2019, confirmando também no Distrito Federal os efeitos do fenômeno do encarceramento em massa.

Caso mantivéssemos a média de taxa de crescimento de 5,85%, considerando os índices anuais registrados até 2018, a projeção para os dez anos seguintes resultaria num total assustador de 26.277 (vinte e cinco mil seiscientos e oitenta e um) encarcerados.

Gráfico 2: Projeção de 10 anos do crescimento do número de encarceramento e da taxa de aprisionamento

O quadro comparativo do INFOPEN (2016) entre as unidades federativas do Brasil ainda nos levam a concluir que o Distrito Federal adotou agressivamente essa política de encarceramento massivo, ao percebermos que a taxa de aprisionamento do DF (510,3% para cada 100 mil habitantes), chegou a ser a quinta maior do país, logo em seguida à São Paulo.

Gráfico 3: Comparação das taxas de aprisionamentos das unidades da federação**Gráfico 4. Taxa de aprisionamento por Unidade da Federação**

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; DATASUS.

O Distrito Federal, com índice de 510,3 presos por 100 mil habitantes, excedeu mesmo a alarmante média nacional de 352 presos por 100 mil habitantes, demonstrando uma situação ainda mais crítica de encarceramento massivo. Contanto com o maior IDH dentre as Unidades Federativas (PNUD),¹¹³ percebe-se que, dentro da realidade brasileira, os dados de encarceramento do Distrito Federal não estão compatíveis com a população nem com os problemas sociais e econômicos existentes nesta unidade federativa.

Todavia, de fato, observou-se uma certa queda das taxas de crescimento da massa carcerária desde 2016, com mais expressão em 2019, caindo para 0,18%, do que se pode até considerar atingida uma estabilização do número de encarcerados.

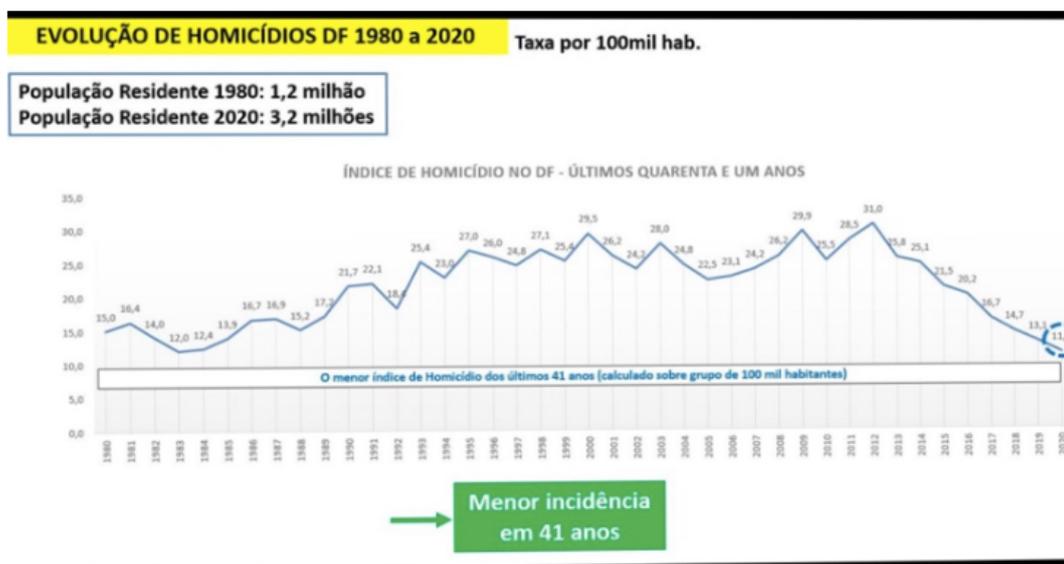
Esses mesmos anos de deflação da taxa de crescimento da população carcerária coincidem com a instituição do “Projeto Audiência de Custódia” promovido pelo Conselho Nacional de Justiça e adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, desde 2016, por meio da criação do Núcleo de Audiência de Custódia – NAC, em cumprimento à decisão expedida nos autos da reverenciada decisão do STF na ADPF 340, que declarou o sistema prisional como estado de coisas inconstitucionais. Podendo-se concluir que o controle da porta de entrada tem apresentado certa eficiência, ao menos, para evitar o aumento desenfreado da população carcerária.

Por outro lado, sendo o sistema de justiça penal o controlador e detentor da chave de entrada e saída da prisão, os dados nos leva a conclusão sobre a sua exponencial capacidade de aprisionamento de pessoas no Distrito Federal. Não obstante pesquisas (MISSE, 2010) comprovarem um baixo percentual de inquéritos que se convolam em denúncias, principalmente em se tratando de homicídios, o crescimento abrupto que triplicou o número de encarcerados em 15 anos, demonstra o crescimento das funções do sistema penal em aprisionar pessoas.

O crescimento vertiginoso da população carcerário não vem correspondendo à evolução de índices de criminalidade do Distrito Federal. Segundo informações publicadas pela Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal, depois de um certo crescimento na taxa de homicídio que em 10 anos passou de 28 para o ápice de 31 por cem mil habitantes em 2012, passou-se a registrar taxas decrescentes.

¹¹³ Cf. Ranking Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idhm-uf-2010.html>>.

Gráfico 4: Evolução do índice de homicídio no Distrito Federal



*Com informações da SSP

Atualmente, com 11,4 de homicídios por 100 mil habitantes, o Distrito Federal ostenta reconhecimento nacional de menor taxa de homicídio entre as unidades da federação brasileiras, de acordo com o Atlas da Violência 2020 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). A partir destes dados, pode-se concluir que quanto à criminalidade violenta, o Distrito Federal mantém índices compatíveis com seu maior *status* de IDH brasileiro.

Os perfis de vulnerabilidade e de criminalização secundária do Distrito Federal também acentuam as exclusões sociais, principalmente quando submetemos à comparação com os dados nacionais. A consolidação de dados reunidos pelo DEPEN com atualização de junho de 2020 (SISDEPEN, 2020), registram 8.426 pessoas autodeclaradas pardas, 3.950 negras, em total de 16.203 presos, ou seja, 76% do total da população encarcerada, que revela tendência mais forte de exclusão quando comparada com os 60,9% dos negros/pardos que compõem a população do Distrito Federal (IBGE, 2018). Ainda, como indicativo de maior exclusão de classe social mais baixa, os dados apontam mais de 68% de pessoas encarceradas abaixo do ensino médio, (7.486 com fundamental incompleto, 1.469 com fundamental completo, 1.988 com médio incompleto), em comparação com o número de 34% da população distrital total abaixo do ensino médio.

No entanto, pelo quadro exposto abaixo, que demonstra a extrapolação da capacidade carcerária de cada estabelecimento penal, constata-se um significativo déficit de 6.806 (seis mil, oitocentos e seis) vagas, o que corresponde ao funcionamento do sistema prisional em 179% da capacidade nominal de alojamentos. Esse quadro se agrava quando se foca na análise

especificada por estabelecimentos prisionais, chamando a atenção para situações caóticas como a do CIR, que opera com déficit de vagas de 1.440 alojamentos, ou seja, em 282% da capacidade nominal planejada.

Gráfico 5: Relação comparativa de vagas prisionais declaradas e déficit

| SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - DIA: 31/12/2020 | | | | |
|--|-----------------------|---|--|-------------------------|
| UNIDADE PRISIONAL | TOTAL DE VAGAS | TOTAL DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE | NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE VAGAS | DÉFICIT DE VAGAS |
| CDP | 1.646 | 3.056 | 1.410 | 86% |
| CIR | 793 | 2.233 | 1.440 | 182% |
| PDF I | 1.584 | 3.916 | 2.332 | 147% |
| PDF II | 1.464 | 3.798 | 2.334 | 159% |
| PFDF | 1.028 | 628 | - | - |
| CPP | 1.708 | 1.576 | - | - |
| CDP 2 | 400 | 222 | - | - |
| TOTAL | 8.623 | 15.429 | 6.806 | 79% |

Em comparação com a média nacional, a partir dos dados divulgados pelo DEPEN de 2020, (SISDPEN, 2020), que registram um déficit de 231.768 pessoas presas, que excedem o total de 446.738 de capacidade, e assim uma taxa de 151,8% de ocupação, percebe-se que o Distrito Federal também excede essa marca.

O Distrito Federal, com uma situação orçamentária mais vantajosa que outros Estados da Federação, já que tem a maior receita bruta *per capita* (IPEA, 2019),¹¹⁴ e maior PIB *per capita* do Brasil (IBGE, 2017),¹¹⁵ além do já mencionado melhor IDH brasileiro, tem práticas punitivas que demonstram mais drasticamente que o contingente humano de pessoas presas em seu sistema prisional não colhe frutos desse melhor patamar civilizatório.

Segundo informações do Governo do Distrito Federal, por meio de suas Secretarias, medidas foram tomadas para a construção e reforma de presídios. Medidas administrativas

¹¹⁴ Cf. Relação de índices de renda per capita entre as unidades federativas. https://static.poder360.com.br/2019/04/Renda_domiciliar_per_capita_2018.pdf

¹¹⁵ Cf. análise detalhada no site do IBGE, disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/pibmunic/>>. Cf. análise da CODEPLAN, Disponível em: <http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2019/11/PIB-DF_2017.pdf>.

impulsionadas por condenações judiciais, como o caso da Ação Civil Pública, 2011.01.1.226453-3, compromissos assumidos por meio do Termo de Compromisso n. 01/2012, com o Conselho Nacional de Justiça, e convênios com o Departamento Penitenciário Nacional, promoveram a construção de novos estabelecimentos prisionais para a criação de mais vagas no sistema prisional. Encontram-se ainda em andamento a expansão de blocos que totalizarão 3200 vagas no CDP, e novo estabelecimento de regime fechado com mais 800 vagas.

Caso fosse possível considerar como suficiente para o equacionamento do déficit de vagas do sistema prisional distrital somente a construção de vagas/alojamentos, e diante de uma população encarcerada de 15.429 (quinze mil, quatrocentos e vinte e nove) presos, em atuais 8.623 (oito mil, seiscentos e vinte e três) alojamentos, seria necessário disponibilizar ainda mais 6.809 (seis mil, oitocentos e nove) vagas em presídios. Assim sendo, em contagem matemática simples, sem estimar todas outras variáveis que de fato existem no precário sistema prisional, pode-se afirmar que o planejamento da administração distrital, que envolve a inauguração de 3.600 (três mil, e seiscentas) vagas privativas de liberdade, ainda não se apresentará como solução para o déficit de alojamentos. Se pudéssemos supor que todos os alojamentos do sistema prisional distrital estivessem em condições adequadas de funcionamento – o que não estão, ainda assim, a referida inauguração representaria o alcance da capacidade total de 12.223 (doze mil, duzentos e vinte e três) vagas privativas de liberdade, remanescendo ainda um déficit de vagas ($12.223 - 15.429 = - 3206$), ainda tendo que contar com uma forçada estagnação do crescimento carcerário, com um forte controle na porta de entrada.

Por outro lado, aprofundando-se na análise da capacidade operacional do sistema prisional, faz-se necessário avançar para outros dimensionamentos, principalmente, o da força de trabalho. Como aduzido na seção 1, as medições de capacidade de um estabelecimento prisional não se limitam a contagem de vagas nominais, ainda mais porque estas costumam ser autodeterminadas e sem critérios técnicos pela administração prisional. Assim é que, além de espaço disponível em cela, a capacidade operacional dos presídios se mede por tempo disponível fora da cela, atividades produtivas e recreativas, por alimentação e material básico disponível, sendo que tudo isso depende de recursos humanos necessários para o atendimento atividades acessórias a todas essas demandas das pessoas que o determinado estabelecimento prisional acolhe.

Como já observado, o dimensionamento da força de trabalho no sistema penitenciário deve seguir índices recomendados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), estabelecido pela relação de 1 agente para cada grupo de 5 presos (1x5). No entanto, desde 2010, o Distrito Federal não consegue atingir o índice fixado nessa recomendação. Na

contramão da evolução necessária, como pode se perceber dos dados expostos no Quadro Relação Preso x Agente abaixo, os últimos anos registram um decréscimo na proporção preso x agente.

Gráfico 6: Relação comparativa de número de servidores e pessoas aprisionadas

| RELAÇÃO PRESO X AGENTE | | | |
|-------------------------------|-------------------------|--|---|
| ANO | Nº DE SERVIDORES | Nº DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE | % DE CRESCIMENTO DA QUANTIDADE DA MASSA CARCERÁRIA |
| 2007 | 1.245 | 7.693 | - |
| 2008 | 1.362 | 7.489 | -2,72 |
| 2009 | 1.702 | 8.160 | 8,22 |
| 2010 | 2.231 | 9.053 | 9,86 |
| 2011 | 2.145 | 10.113 | 10,48 |
| 2012 | 1.973 | 11.064 | 8,60 |
| 2013 | 1.903 | 12.278 | 9,89 |
| 2014 | 1.840 | 13.434 | 8,61 |
| 2015 | 1.528 | 14.487 | 7,27 |
| 2016 | 1.611 | 15.100 | 4,06 |
| 2017 | 1.590 | 15.648 | 3,50 |
| 2018 | 1.656 | 16.377 | 4,45 |
| 2019 | 1.658 | 16.406 | 0,18 |
| 2020 | 1.658 | 15.429 | -6,33 |

Como se depreende dos dados, em 2019 o sistema prisional conta com 1.658 agentes para uma população carcerária de 15.429 (quinze mil, quatrocentos e vinte e nove) pessoas presas, o que representa uma defasagem de 1.427 (mil, quatrocentos e vinte e sete) de agentes, e uma sobrecarga de quase o dobro do recomendado pelo CNPCP.¹¹⁶

Por sua vez, Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas do Distrito Federal que instrui o Processo n. 35.410/2018-e descreve achados e evidências decorrentes da desproporção “agente/detento”, em que considera a carência de agentes de execução penal como causa direta de deficiência na prestação de serviços de fiscalização, escoltas judiciais, insegurança pelo risco de rebeliões, e comprometimento do acesso à educação e profissionalização.

Disto, se pode concluir que a ideia de equalização do déficit estrutural do sistema prisional, em especial, do Distrito Federal, não encontrará caminho na simples construção de mais presídios, já que essa “solução” depende também de recursos humanos para fazer frente

¹¹⁶ Cf. Resolução nº 9, de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), indica a proporção de 1 agente para cada 5 pessoas presas como padrão razoável para a garantia da segurança física e patrimonial nas unidades prisionais.

as principais demandas. Considerando-se os atuais tempos de recessão e crise financeira estatal (GLOBO, 2020; METROPOLES, 2019), na qual os gastos com despesas de pessoal alcançam limites prudenciais da lei de responsabilidade fiscal, uma constante expansão da capacidade do sistema prisional se torna impossível, ou, ao menos, nada racional, diante de tantos gastos sociais cortados em razão da austeridade.

Tendo a ordem de corte de gastos como um dos motivos para a demonstrada deflação de recursos humanos, é que, na contramão da evolução da massa carcerária, os últimos 10 anos registram um decréscimo expressivo da força de trabalho. Em agravo ao crescimento vertiginoso da população carcerária, pelos dados expostos no quadro “relação preso *versus* agente”, percebe-se uma relativa diminuição da força de trabalho desde 2010.

Gráfico 7: Evolução comparativa da relação de número de servidores e número de pessoas presas



Na medida em que esse encarceramento em massa observado no Distrito Federal, tem como fatores, o exponencial crescimento do aprisionamento nos últimos 15 anos, associado ao não acompanhamento do crescimento da estrutura prisional, resultando assim numa significativa deflação da capacidade operativa do sistema prisional, mais conclusões vêm à tona sobre a função do sistema de justiça.

Como aduzido por Jonathan Simon (2014, p. 167), o encarceramento em massa, e seu efeito mais direto que é a superlotação, na qual amplia-se a escala de aprisionamento e reduz-se a capacidade operacional de atendimento individualizado, transformou a penitenciária em

uma instituição ainda mais perigosa, inconveniente e inconstitucional. Mesmo em países tão ricos, como os Estados Unidos, o encarceramento em massa criou uma crise humanitária como a revelada no caso *Brown vs. Plata*, chegando-se ao limite em épocas de recessão quando a construção de mais presídios não era mais uma estratégia de solução.

Objetivando “proteger a sociedade o mais barato possível”, pode-se afirmar que o Distrito Federal passou a seguir um padrão de penologia que segue a lógica da governança de emergência, completa perda da individualização da pena, e ausência de mobilidade do apenado, assim como a identificada por Jonathan Simon (2014, p. 110). No entanto, no Brasil, esse modelo atinge índices mais agressivos.

Esses números mostram o encarceramento em massa mediante condições de superlotação das populações pobres e negras não representam uma exceção temporária, mas um método de governança de prisões que concerne a submeter pessoas de um grupo social estigmatizado como perigoso à um perpétuo estado de emergência.

O crescimento galopante da população carcerária nos últimos anos, sem acréscimo suficientes e adequados das vagas e sem expansão da força de trabalho de segurança e de saúde, tem como consequência a grave precariedade na acomodação de presos, dificulta que os presos disponham de um mínimo de privacidade; reduz os espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio etc.; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às – geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, além de sério comprometimento da vigilância e disciplina.

Epidemias no sistema prisional do Distrito Federal não são novidades, como a ocorrida em 2017, quando os internos sofreram com a disseminação de doenças de pele - sarna, que rapidamente se alastrou e infectou mais de duas mil pessoas (PENITENCIÁRIA, 2019), causada pela precariedade das celas e a falta de pessoal para a mobilização das pessoas presas para o banho de sol de presos.



Notícias jornalísticas relatam condições de extrema insalubridade acarretadas pela superlotação, como até mesmo a convivência com ratos cuja proliferação está relacionada à alimentação dentro das celas (MARQUES, 2010), fugas frequentes (AVILA; ALVES, 2020) (DIOGO, 2020), e seguidas interdições de presídios, evidenciando o conhecimento suficiente da degradação da pessoa humana submetida a estas condições, tanto pela sociedade quanto pela Justiça Distrital.

Mas isso não é tudo, falta de transparência e inconsistência de dados mesmo na atual situação pandêmica têm sido constantemente apontadas pelo observatório sobre COVID-19 nas prisões, Infovírus – Prisões e Pandemia, não obstante, não impedir de revelar denúncias de internos e familiares que expõem a realidade de falta de acesso à saúde, e até mesmo racionamento de água (Pandemia..., 2020). Campanhas de arrecadação de doações de materiais de higiene, como a promovida pelo Conselho da Comunidade de Execuções Penais do Distrito Federal (SISTEMA..., 2020), também acabam por denunciar a impotência da Administração que não consegue fazer frente à situação de encarceramento massivo.

Resta assim claro que não se está tratando aqui de efeitos deteriorantes da prisionalização conhecidos pela crítica sociológica às instituições totais, mas sim, como Zaffaroni (2020, p. 13) observou, de uma deformação total da pena, de tal gravidade, que deixa de ser uma mera privação de liberdade para passar a ser uma pena corporal com possíveis sequelas irreversíveis, penas essas ilícitas, qualificadas como cruéis, desumanas e degradantes.

Declarando-se atento e admitindo o controle do crescimento da taxa de encarceramento e do déficit de vagas em alojamentos prisionais (TJDFT, 2013), é que a justiça distrital, por meio da Vara de Execuções Penais expõe suas razões em notas à imprensa, apresentando como solução à “esta crítica realidade que compromete, de forma imediata, a dignidade do preso”, a tentativa de “sensibilizar, há anos, as autoridades do Poder Executivo”, cobrando das autoridades responsáveis um maior investimento na reforma e construção de novos presídios.

Percebe-se uma resistente visão do Judiciário em enxergar a crise da superlotação carcerária como exclusiva responsabilidade da administração prisional pela suposta omissão na construção de presídios, partindo-se da ideia de que o problema da superlotação tem como causa a simples falta de espaço físico.

Em posição mais recente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, quando, por meio de recurso interposto na Ação Civil Pública n. 0702921-69.2017.8.07.0018, majoritariamente, decidiu reformar condenação do ente distrital à reparação coletiva pela responsabilidade perante as graves falhas causadas pela superlotação do sistema prisional. Ponderou-se para a formação dessa decisão, o entendimento de não existir omissão na gestão do sistema prisional, bastando para tal constatação a argumentação do ente distrital no sentido de já ter realizado a criação de 1.400 vagas prisionais, estar promovendo a execução a construção de 04 novos Centros de Detenção Provisória (CDP1, CDP2, CDP3, CDP4) e ter idealizado projetos para implantação de um Setor D na Fazenda Papuda. Mais curiosa é ainda a admissão de que o dispêndio do numerário pleiteado na ação não serviria para solucionar, mesmo que parcialmente, os problemas verificados no sistema prisional, cogitando a impossibilidade do ente federado em manter presídios com seus próprios recursos, ao exemplo do que já aconteceu com outros estados. Chama ainda atenção os termos do voto vencedor, que após comparar o déficit do sistema prisional com outras áreas de prestação de serviço público que sofrem com falta de investimento, concluiu que a crise penitenciária não configuraria vulneração a valores fundamentais da sociedade, nem injusta e nem intolerável.

A falta de visão crítica sobre o uso da prisão como meio de incapacitação e contenção social, a ausência de critérios adequados para a fixação da capacidade operativa dos presídios e toda essa retórica contraditória e descolada da realidade fática, demonstram que até então o Tribunal de Justiça do Distrito Federal forçava a redução do tratamento da questão como problema de gastos públicos em segurança da sociedade.

Enquanto em âmbito internacional, cresce o entendimento de que a questão da superlotação carcerária está diretamente relacionada a violação de direitos humanos, e do papel do Judiciário como parte do problema para o alcance de uma solução. Nesse sentido que as

recomendações em âmbito internacional são categóricas em advertir que a ampliação do parque penitenciário não oferece solução ao problema da superlotação. (UNODC, 2010)

Aproveitando o ensejo do levante de pleitos por desencarceramento para evitar a emergência pandêmica que se sobrepôs ao estado permanente de emergência de coisas inconstitucionais do sistema prisional, passamos a buscar compreender como o Judiciário, poder ao qual foi confiado o controle de legalidade – constitucionalidade e convencionalidade - da execução penal, se relacionada e influencia a eterna postergação da ausência de tutela de direitos humanos das pessoas presas.

3.3 Discussão geral das análises das decisões de desencarceramento

Passada à observação de como se desenvolvem as funções do sistema de justiça no controle de legalidade da execução penal, por meio da análise de decisões do Tribunal sobre pedidos de desencarceramento, dentro do contexto de superlotação carcerária já demonstrado, percebemos as razões dos resultados alcançados.

A primeira busca de decisões do Tribunal por meio das palavras “superlotação e execução penal” foi frustrante, pois apenas 2 (duas) decisões abordavam a situação de colapso pelo aprisionamento exorbitante que atende o sistema carcerário, e mesmo assim, de forma genérica.

Cabe pontuar que nos dois casos, tratava-se de pessoas representadas por advogados particulares, sendo uma delas o empresário famoso Luiz Estevão, o que indica tratarem de casos que fogem à regra da massa de encarcerados pobres. Ademais, observa-se que a situação de superlotação carcerária foi considerada na análise do contexto local de disseminação do vírus como fator excepcionalíssimo:

“Considerando-se, ainda, a superlotação do ambiente carcerário, fator que também contribui para a proliferação do vírus na unidade prisional, e o novo cenário de incerteza e de duração das medidas preventivas adotadas pelo Estado em razão da COVID-19, exige a concessão da benesse humanitária, em caráter excepcionalíssimo” (decisão 1256547).

Diante dos números e diversas pesquisas sobre as condições de extremas aglomerações que vive o sistema carcerário, não era esse o cenário que se esperava encontrar. Diversamente, a ilusão que se tinha era a de que tribunais sopesariam e enfrentariam diretamente a questão da superlotação carcerária já que diante da emergência pandêmica não se admitiria o mais grave dos amontoamentos de seres humanos.

Assim, considerando-se os dados coletados junto aos órgãos oficiais sobre a situação deficitária frente à excedente população carcerária em comparação com a capacidade das prisões, reforçou-se a desconfiança de que não há real enfrentamento judicial do grave problema de superlotação.

Mudada a estratégia para a análise de demandas de desencarceramento motivadas diretamente pela situação pandêmica (execução penal + COVID), percebeu-se que em todos os casos analisados, a defesa da pessoa presa se valeu da Recomendação CNJ n. 62/2020 para fundamentar pedidos de desencarceramento diante da emergência pandêmica. As orientações do Conselho Nacional de Justiça partem das considerações, notadamente, respectivas à grave situação de superlotação e déficit carcerário que caracteriza o declarado estado de coisas inconstitucionais do sistema prisional, além das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula Vinculante n. 56, enfrentando a questão da superlotação carcerária e déficit de vagas, estabelece os termos de que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso (...)” impondo a observância dos parâmetros fixados no RE 641.320/RS, quais sejam:

“[...] Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao condenado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”.

Em maiores detalhes, diante da emergência da pandemia da COVID-19, que agravou o estado de coisas inconstitucionais do sistema prisional pelas mazelas da estrutura carcerária deficitária e superlotada, o Conselho Nacional de Justiça, investido de sua competência fiscalizatória e regulatória da atuação do Judiciário – art. 103-B, § 4º, I, II e III – e, em especial, acompanhar e propor soluções às irregularidades do sistema carcerário por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, emitiu a Recomendação CNJ n 62/2020 orientando a atuação do sistema de justiça, com vistas a reduzir os riscos epidemiológicos, a adotar, dentre outras, medidas desencarceradoras. A Recomendação privilegia pessoas vulneráveis (gestantes, lactantes, mães, idosos, deficientes, indígenas), e as consideradas do grupo de risco de agravamento das condições de saúde pelo contágio da COVID-19. Em adendo por meio da Recomendação n 78/2020, o Conselho acrescentou restrição de aplicação da orientação para pessoa condenadas por crimes outros, exceto: organização criminosa, lavagem de dinheiro, contra a administração pública, hediondos e violência doméstica contra a mulher

A partir desse impulso, o judiciário passou a receber significativo aumento de demandas de desencarceramento embasados na recomendação, o que, como já dito, possibilitou os levantamentos da presente pesquisa.

Em superficial análise quantitativa da amostra, percebeu-se a ínfima quantidade de decisões concessivas, apenas 18 decisões concessivas dentro de um universo de mais de 400 acórdãos, o que se permite afirmar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal seguiu a tendência de relutância ao desencarceramento constatada em pesquisas em julgados de outras unidades federativas (DPE, 2020; MACHADO, VASCONCELOS, 2020; BARRETO, FERNANDES, MATOS, ROMÃO, 2021).

Diante da quantidade amplamente majoritária de denegações, procedeu-se a exploração mais detalhada deste grupo de decisões, reservando um último tópico para a análise de decisões concessivas.

Adiante passo a analisar o *corpus* da pesquisa, com o objetivo de dissecar o discurso contido nas decisões judiciais que enfrentaram a emergência pandêmica frente as aglomerações carcerárias até então naturalizadas. As discussões serão apresentadas por fragmentos de situações discursivas eleitos como relevantes para a revelação da manutenção e reforço da naturalização da superlotação carcerária, mesmo diante do agravamento de riscos para saúde e vida de pessoas presas, e da cultura punitivista que apresenta características de tolerância com o tratamento desumano e degradante.

Organizou-se subcategorias intituladas fazendo-se referência aos fragmentos de situação discursiva recortado nos julgados, e desenvolvidas partindo da análise das paráfrases, demonstrando as afirmações e refutações, o contexto, até o cotejo com arquivos construídos para se alcançar os interdiscursos, com a intenção de buscar sentidos possíveis e imagináveis e desmascarar as marcas de enunciação.

3.3.1. Ocultamento das condições do sistema prisional

A maioria das decisões analisadas, denegatórias ou mesmo concessivas de pedido de desencarceramento, ressaltaram as “medidas adotadas” pelas equipes de segurança e saúde e o “monitoramento do sistema penitenciário” aduzido pela administração prisional. Como já mencionado, em raras decisões, identificou-se menção à superlotação carcerária, e em nenhuma se exigiu comprovação da adequação das condições materiais da execução penal pela administração prisional em atendimento aos parâmetros legais e regulamentares – de espaço de celas, quantidade de pessoas, tempo de banho de sol, dimensão do corpo médico para o

atendimento da demanda, dimensão do pessoal de segurança. O que prevalece nos discursos do Tribunal é a presunção cega de veracidade das afirmações de que o sistema prisional do Distrito Federal está sob controle, e que os serviços médicos, sanitários e de segurança estão sendo prestados.

“Portanto, não há ilegalidade na decisão que negou o benefício. **A administração do Tribunal, do Sistema Penitenciário e o Governo do Distrito Federal vêm adotando medidas para preservar a saúde da população carcerária** em decorrência da pandemia, **sendo certo que, dentro ou fora das grades, há sempre o risco de contaminação por essa terrível doença**” (decisão 1306978).

“Não obstante a gravidade da pandemia da Covid-19, que afeta toda a população, há que se considerar que o atual momento não justifica que não tenha início o cumprimento de penas, **sobretudo porque não houve qualquer negligência por parte das autoridades do DF no combate à pandemia da Covid-19 nos presídios, de modo que a situação sanitária está sendo devidamente controlada**” (decisão 1306905).

“Ao que consta da decisão que indeferiu o pedido de prisão domiciliar, **a situação do sistema penitenciário está sendo continuamente monitorado por equipes de saúde e de segurança** e não há comprovação, nos autos, de que o agravante seja portador de doença que não possa ser **tratada intramuros, pela equipe de saúde da unidade prisional em que se encontra**. Com efeito, a concessão da benesse aos sentenciados que padecem de doenças graves, por ser medida excepcional, somente deve ser deferida quando demonstrada a incapacidade de o estabelecimento prisional assegurar-lhe tratamento médico necessário, o que não é a hipótese dos autos” (decisão 1323001).

A partir dos trechos selecionados, principalmente das afirmações de que “o Distrito Federal vem adotando medidas”, de que “não houve qualquer negligência”, e de que o “sistema penitenciário está sendo continuamente monitorado”, percebe-se que o discurso tem por objetivo ratificar as informações prestadas pela administração prisional sem mencionar qualquer comprovação de que os serviços estão sendo prestados, para assim justificar a continuidade do cumprimento da prisão.

Em outras entradas dos textos, chega-se a associar a adequação da continuidade da prisão com a ideia de que a forma de prevenção é o isolamento prisional, no mesmo passo que refuta eventual soltura de presos por considerar medida ineficiente diante da existência de risco de contaminação também extramuros.

“Quanto ao risco de contaminação pelo COVID-19, sabe-se que **a melhor forma de se prevenir e evitar o contágio é o isolamento social e o incremento das ações de higiene pessoal e dos ambientes de convívio**, conforme recomendações amplamente divulgadas pelas autoridades médicas e sanitárias, **medidas já adotadas nos ambientes carcerários do Distrito Federal**. (...) A administração do Tribunal, do Sistema Penitenciário e o Governo do Distrito Federal vêm adotando medidas para preservar a saúde da população carcerária em decorrência da pandemia. **Cabe, por fim, ressaltar que as possibilidades de contaminação pelo novo coronavírus fora das grades, em meio domiciliar, não é muito diversa daquela observada nos presídios, de sorte que a pretensão do paciente não tem a eficácia alegada para evitar o contágio pela terrível doença**” (decisão 1310504).

“Diante de tais providências, verifica-se que, de fato, não se faz necessária a soltura coletiva e indiscriminada de presos, como forma de prevenir o contágio pelo novo coronavírus, exatamente como entendeu o Juízo da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal. Não se pode perder de vista, aliás, que o risco de contaminação extramuros também existe. Por derradeiro, conforme bem apontou a decisão hostilizada, por estarem sob a responsabilidade do Estado, os custodiados têm prioridade no atendimento na rede pública de saúde, o que coloca os eventuais presos infectados pelo “novo coronavírus” em posição privilegiada em relação ao restante da população” (decisão 1304082).

Utiliza-se de paráfrases para sustentar a efetividade da prestação de serviços prisional no sentido de que o atendimento de pessoas presas é prioritário nos hospitais, assim objetivando persuadir que a melhor solução seria a prisão, e não a medida de desencarceramento.

“Ainda que as condições dos presídios não sejam as ideais – assim como também não são as dos hospitais públicos em todo o território nacional - fato é que os presos dispõem de assistência médica nos estabelecimentos prisionais e têm prioridade se necessitarem de atendimento na rede pública de saúde. (decisão 1323324).

Todavia, pelo cotejo com as informações constantes dos dados apresentados acima, o sistema prisional ainda opera em índices insuportáveis de superlotação carcerária, com 15.429 (quinze mil, quatrocentos e vinte e nove) encarcerados, em estrutura que aquela Secretaria declara contar com 8.575 (oito mil, quinhentos e setenta e cinco) vagas nominais, suportando um déficit de 6.854 (seis mil, oitocentos e cinquenta e quatro) alojamentos. Por si só esses números já são alarmantes, já que representam a operação sobrecarregada em 180% da capacidade de espaço. A preocupação se agrava quando analisamos a relação da demanda de encarceramento com a capacidade operativa do sistema prisional do Distrito Federal.

O contexto dessas decisões torna o entendimento da justiça distrital ainda mais constrangedor na medida em que trazemos para a análise comparativa as novas linhas hermenêuticas adotadas em âmbito internacional. Como vimos, o estado dos cárceres e sua relação com a norma de violação de tratamento desumano tem sido uma das questões mais julgadas na Corte Europeia de Direitos Humanos, entendimento também que promoveu uma reversão do processo de encarceramento crescente dos Estados Unidos. Essa perspectiva da superlotação carcerária como violação à humanidade das penas, tem conduzido a decisões desencarceradoras.

Essas decisões paradigmáticas provaram que o regime prisional e o sistema de justiça que fecha seus olhos para esse aspecto do encarceramento em massa, não alcança ganhos significativos de segurança pública, ao contrário, ao custo de muito dinheiro, somente promove muito mais desumanidade.

Essa comparação nos faz questionar o porquê de tanto atraso das cortes brasileiras na assunção dos compromissos humanitários para limitação dos abusos na execução penal por

meio do desencarceramento, mesmo diante do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do “estado de coisas inconstitucional” dos presídios nacionais. Pertinente atentar que mesmo o discurso manejado na ADPF n. 347 da Corte Constitucional brasileira fez uso da comparação com a decisão americana concernente ao caso *Brown vs. Plata*.

Outrossim, o cinismo da argumentação de que a intensificação do isolamento prisional representaria medida de proteção das pessoas presas evidencia o abismo que nos separa dos demais processos civilizatórios, e demonstra que o sistema de justiça é peça de toda essa engrenagem estatal marcada pela banalização da desumanização carcerária.

Este contexto de ausência de controle mínimo sobre a qualidade da prisão, submetendo pessoas a tratamento desumano e degradante, confirma também o pensamento de Zaffaroni (2006) sobre a introdução da dinâmica da guerra no direito penal, sistema este que despoja aqueles sujeitos de todos seus direitos como consequência de uma periculosidade fictícia.

Considerando-se os contextos sociais do ambiente carcerário demonstrados por levantamento nacional do INFOPEN (atualização de junho de 2017),¹¹⁷ cujos dados indicam grande parte da população carcerária constituída por pessoas pardas e negras, e principalmente pobres, excluídas da sociedade e do mercado de trabalho, tendência que se apresenta bem mais acentuada no Distrito Federal (SISDEPEN, 2020),¹¹⁸ revelam-se marcas gritantes desse discurso contra o desencarceramento.

Direcionando-se a análise para a ideia do *less eligibility concept*, e da relação com o que existe de pior do lado de fora das penitenciárias, pode-se demarcar que o texto faz referência a classe social de vulneráveis. O desprezo pelas condições dos cárceres tem relação com a situação da disparidade de concentração de riqueza, desigualdade social, e precarização dos serviços sociais. Esse cotejo traz à tona as explicações sobre a atual política criminal de encarceramento em massa ou hiperencarceramento, baseada no punitivismo, referida na seção 1 da pesquisa, a qual Garland descreve como emergência de uma criminologia do controle social (2008, p. 50-56), e Wacquant como abrupto triunfo da prisão como uma solução simplificada para as questões sociais. (2002, p. 52). (2004, p. 89)

¹¹⁷ O relatório do INFOPEN indica que 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são pardos, e 17,3% autodeclarados pretos, cuja soma desses grupos totaliza 63,6% da população carcerária nacional, em comparação com o total de 55,8 % da população brasileira segundo dados do IBGE (2018), mantém-se mais representatividade daquela população parda e negra no sistema prisional.

¹¹⁸ Consolidação de dados informados com atualização de junho de 2020, que registram 8.426 pessoas autodeclaradas pardas, 3.950 negras, em total de 16.203 presos, ou seja, 76% do total da população encarcerada, em comparação com 60,9% da população negra/parda do Distrito Federal (IBGE, 2018). Como indicativo de classe social baixa, os dados apontam mais de 68% de pessoas encarceradas abaixo do ensino médio, (7.486 com fundamental incompleto, 1.469 com fundamental completo, 1.988 com médio incompleto), em comparação com o número de 34% da população distrital total abaixo do ensino médio.

Remete-se assim às teorias sociais que estudam a função do cárcere como estratégia de “governar a miséria” (WACQUANT, 2000) mantendo-se a exclusão de classes pobres por meio da incapacitação e neutralização prisional. Esse aspecto seletivo do encarceramento em massa nos ajuda a revelar a função assumida pelo sistema penal do Distrito Federal que parte da assunção pessimista de altos níveis de criminalidade e gerenciamento do crime por meio da identificação de populações que oferecem alto risco para as quais é operada a incapacitação, assim como o observado por Jonathan Simon (2014, p.163) como a nova penologia dos anos 90 dos Estados Unidos.

Ainda, considerando que dentre os vulneráveis das classes mais pobres são negros, falar em prisão como solução punitiva para problemas sociais nos remete a Angela Davis (2019, p. 73) e Michele Alexander (2012, p. 550), e outras revelações sobre o significado social desse fenômeno prisional, uma nova forma com um novo discurso para manter o mesmo sistema de castas raciais, a mesma função de aprisionar pessoas de cor e subjugar-las a uma permanente classe inferior de cidadania.

Por fim, o discurso, quando constrói afirmações positivas em relação aos serviços disponíveis no sistema prisional, em especial quanto à prioridade de atendimento em hospitais conferida às pessoas presas, apela para a provocação de indignação pela satisfação de expectativas da maior parte da população por pessoas consideradas menos merecedoras, menos humanas. Assume-se a forma de um discurso provocador e incitador da discriminação que nega as regras de sinceridade, diante do conhecido colapso do sistema prisional, ainda mais ressaltado dentro do contexto atual de calamidade da saúde pública. Por meio da ilusão de prioridade de atendimento das necessidades da população carcerária é que o autor pôde fazer as imposições de manutenção do encarceramento com mais autoridade.

A análise desses enunciados permite, assim, identificar o alinhamento ideológico do Tribunal do Distrito Federal, já que sua formação discursiva não deixa dúvida da escolha punitiva principalmente diante de todo o contexto histórico e social do cárcere.

Por outro lado, os silenciamentos revelados a partir do cotejo com a análise dos relatórios de condições do sistema prisional do Distrito Federal e a visão internacional sobre a superlotação, apontam para uma espécie de “corporativismo” entre o Judiciário e o Executivo, levando-se a inferir que a “jurisdicionalização” da execução penal tem servido para tão somente para avalizar a gestão prisional, evidenciando como as leis e convenções de direitos humanos passaram a ser violadas sem meios efetivos de resistência já que a entrada da figura do juiz na execução penal operou somente uma aparência de legalidade, anulando qualquer possível controle de qualidade da pena no sentido de sua humanização.

3.3.2. “Requisito subjetivo” como gargalo seletivo

Outra observação que chamou atenção, foi a construção discursiva de que as decisões sobre pedidos de desencarceramentos por meio de antecipações de regimes, mesmo que com fundamento da situação de extrema aglomeração – superlotação – frente à emergência pandêmica, dependiam de cumprimento de eventual “requisito subjetivo”.

De início, debruçou-se sobre a denegação de ordem ao *Habeas Corpus* coletivo impetrado para a antecipação para o regime aberto em benefício de presos que contam com situação próxima (120 dias) para progressão ao regime semiaberto, observado que o argumento decisivo se concentrava na necessidade de individualização de demandas para a análise do “requisito subjetivo”.

Não obstante o habeas corpus coletivo se mostrar necessário diante de violações de caráter coletivo, como no caso, cuja causa fática é a situação de superlotação carcerária agravada pelo risco advindo da pandemia, essa tutela jurisdicional foi considerada inadequada.

“A decisão deve ser mantida. Com efeito, vê-se que a eminente Magistrada da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal entendeu assistir razão à Defensoria Pública do Distrito Federal quanto ao pedido de progressão antecipada de regime daqueles que atingiriam o requisito objetivo em 120 dias. Entretanto, **elegeu a forma individualizada, ao invés de uma decisão geral**, elucidando que a opção, além de **atender à finalidade de assegurar a paz pública, permitirá o exame das particularidades de cada detento** e será melhor operacionalizada pelas unidades prisionais. Nesse sentido, cumpre esclarecer que a própria redação do citado art. 5º, que recomendou que o Juiz considere as medidas propostas, mediante condições a serem definidas, **evidencia que não possui caráter cogente, mas orientador e opinativo**, de maneira que não há falar que o entendimento adotado pelo Juízo da execução teria contrariado a Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça; ao contrário, deu-lhe efetivo atendimento, **pois não há determinação para que a concessão da prisão domiciliar seja empreendida de modo automático**. Assim, em que pese a nobre preocupação dos impetrantes, com vistas a evitar a disseminação do novo coronavírus dentre a população carcerária, conforme bem ponderou a autoridade indicada como coatora nas informações prestadas, **não é recomendável a adoção de medidas de prevenção que “desconfigurem os objetivos da execução penal e coloquem em risco a população do Distrito Federal, causando outros problemas relacionados à segurança pública”** (ID 15303066, p. 03). (...) Em consideração a essas circunstâncias, bem como às **dificuldades que a soltura em massa traria para fins de implementação do regime aberto e fiscalização**, dentre outras, é que a autoridade judiciária indicada como coatora entendeu que **seria melhor apreciar os casos individualmente, verificando-se o atendimento do requisito subjetivo**, bem como a pendência de mandado de prisão, processos de execução em outros Estados, necessidade de unificação de penas etc” (decisão 1242056).

O recorte selecionado do texto tem como tema a individualização da apreciação de pedidos de desencarceramentos. Observando-se o jogo de associações semânticas do texto, pode-se perceber que a exigência de atendimento de requisito subjetivo é relacionada pelo enunciante à análise individualizada das demandas e possibilidade de avaliação das

particularidades de cada detento. Por outro lado, quanto às rejeições, observa-se que a exigência do requisito subjetivo é manejada para impossibilitar o atendimento “automático” de pleitos de desencarceramento, e rejeitar também o caráter cogente da norma que prevê a substituição da execução da pena por meio aberto, no caso, a referida na Recomendação n. 62/2020.

Assim, uma leitura contrastiva, apoiada no jogo de associações e rejeições, já deixa indicativos da resistência, presente no texto, ao reconhecimento das normas desencarcerados como direitos. A aplicação deixa de ser realizada operando-se um esvaziamento interpretativo por meio da exigência de requisito subjetivo, para que sejam recebidas como se fossem mera faculdade sujeita à discricionariedade do julgador.

As mesmas “pistas” estão presentes em frequentes demandas individualizadas, nas quais o referido “requisito subjetivo” também é associado às particularidades, ou ainda, condições pessoais de cada preso, servindo para negar a previsão de desencarceramento como consequência de direito subjetivo da pessoa presa, e o explícito objetivo de valorizar a segurança pública da sociedade.

“Ressalte-se que as recomendações do CNJ são orientações aos Tribunais e magistrados, que deverão ser examinadas caso a caso, **observadas as peculiaridades e condições pessoais de cada preso**” (decisão 1311193).

“Relevante registrar que a Súmula no 56, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “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” **não determina a imediata colocação do preso em liberdade, não se tratando de direito subjetivo do condenado**, devendo ser avaliados os critérios estabelecidos, (...)” (decisão 1311063).

“Como já elucidado, a Recomendação no 62/2020 do CNJ **não tem o condão, per se, de impor a soltura** de todos os detentos ou de impedir o cumprimento de mandados de prisão expedidos, **devendo-se ponderar, caso a caso, entre os valores saúde e segurança pública**” (decisão 1292976).

Percebe-se do texto também, que ao invés do enunciante discorrer tecnicamente sobre adequação do mencionado “requisito subjetivo” para a subsunção da norma, enfatizou as finalidades de sua exigência, quais sejam, não desconfigurar os objetivos da execução penal que coloquem em risco à população e à segurança pública, e evitar as dificuldades de fiscalização, pela falta de pessoal, que a soltura em massa acarretaria.

Pela perspectiva do contexto da formação discursiva, na qual a demanda de desencarceramento é dirigida e decidida pelo Judiciário em razão de sua competência constitucional e legal, prevista como solução para o controle da legalidade e preservação de direitos das pessoas presas (CASTILHO, 1988, p. 44), constata-se grande paradoxo. As intenções de se restringir a aplicação da norma de desencarceramento foram explicitadas pelo enunciante.

Ademais, em setembro de 2020, avalizando essa posição restritiva, o próprio CNJ incluiu alteração por meio da Recomendação n. 78, passando a vedar a aplicação das medidas desencarcerados emergenciais em casos de pessoas condenadas por crimes hediondos, contra a administração pública, lavagem de dinheiro, delitos próprios da criminalidade organizada, e crimes de violência doméstica contra a mulher.

A construção de afirmações negativas em relação ao desencarceramento, acendendo alarmes de perigo à segurança pública, risco à população, e dificuldade da fiscalização das pessoas presas em meio aberto, assume as formas do discurso punitivista e a priorização da neutralização de pessoas como função da pena.

Como discorrido a seção 1, o punitivismo adota um discurso alarmista baseado em senso comum, descolado da realidade, ou, ao menos, sem fundamento em dados empíricos, a favor do encarceramento não obstante este acarretar uma sobrecarga e mesmo colapso da capacidade do sistema.

Entender o porquê a formação discursiva recorreu ao discurso punitivista, envolve mais do que se investigar o texto elaborado pelo enunciante, indivíduo escritor, mas também a atividade do autor integrante de uma instituição, cuja produção do discurso é controlada por procedimentos com o objetivo de conjurar seus poderes e perigos, ou melhor, qual é a posição que pode e deve ocupar para ser sujeito dessa formulação (Foucault, 2008, p. 108), considerando que “sujeitos agem enquanto são agidos pelo sistema do aparelho ideológico”. (Althusser, 1980, p. 90)

Diante da análise exposta, possível concluir que no enunciado estão inscritas pistas de que a exigência do “requisito subjetivo” para as referidas demandas de desencarceramento frente a emergência pandêmica que agravou o estado de coisas inconstitucionais causado pela superlotação carcerária, visou o estabelecimento de um crivo de discricionariedade por critérios deliberadamente subjetivos e restritivos dos institutos do desencarceramento, como bem enfatizado por Shimizu (2019), denunciando um escopo inverso da lógica de “juris-dição”, ou seja, não o de garantia de segurança jurídica à pessoa presa e reconhecimento de direitos, mas sim uma escolha ideológica punitivista contra o desencarceramento a partir de uma ideia não concreta de sensação de insegurança da sociedade.

3.3.3 “Benefícios excepcionais” como negação à direitos

Importante deixar claro que a edição da Recomendação CNJ n. 62, no que tange à previsão de antecipação de regimes, e medidas substitutivas de penas, além de não se configurar

como isenção, já que propõe somente a continuidade da execução em meio aberto, motivada pela situação deficitária do sistema prisional agravada pela pandemia, não propôs meras vantagens, mas sim adequações do cumprimento de pena. A pena privativa de liberdade não se resume à quantidade de tempo de prisão, a legitimidade de seu cumprimento depende de seu aspecto qualitativo (ZAFFARONI, 2013, p. 3-4). Assim é que, a execução penal do comando da sentença não é meramente cronológica, proibido constitucionalmente a tortura, o tratamento cruel e degradante, o controle jurisdicional da legalidade de seu cumprimento deve implementar variações conforme as distorções que a prisão sofre durante a trajetória temporal.

Soma-se a isso, como alerta Shimizu (2019, p. 8), o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, com marcha para a execução em meio aberto, é a “forma natural” e rumo natural da execução da sentença. Observando-se ainda que, decorre do sistema de execução penal, o não cabimento de regressão arbitrária de regime, hipótese prevista, interpretada restritivamente, limitada a intercorrência de falta disciplinar.

Na mesma linha de pensamento demonstrada na subseção anterior, presentes em todos os discursos, identificou-se diferentes pistas da adoção de manobras para o esvaziamento de direitos na execução penal, por meio do termo-pivô benefício.

“Em outras palavras, a **concessão do benefício deve ser realizada analisando-se as condições pessoais de cada preso**, e sempre de acordo com o panorama específico da unidade prisional. Trata-se, ademais, de recomendação a ser considerada pelo Juízo da Execução, **não constituindo medida obrigatória e automática, que exige a mera a satisfação de requisitos objetivo**”. (decisão 1304082)

“A jurisprudência admite a **concessão do benefício** para reeducandos nos regimes fechado e semiaberto, **desde que haja situação excepcionalíssima** que indique a prisão domiciliar.”(decisão 1304081)

Ressalte-se que o presente posicionamento **não é um salvo conduto** para que qualquer preso que cumpra pena em regime semiaberto **possa ser beneficiado com a progressão ao regime aberto sem o preenchimento dos requisitos necessários**. Diante da situação instaurada, **cada caso deverá ser analisado isoladamente e com cautela**. Finalmente, registro que esse **benefício é concedido em caráter temporário, até o restabelecimento do curso regular do cumprimento da pena** pela Vara de Execuções Penais. (decisão 1269581)

As escolhas lexicais do enunciado, tão somente, já marcam fortemente as características das decisões. A referência à previsão de medida desencarceradora como como mero “benefício”, pelo significado semântico da palavra, remete à ideia de caridade, favor, ou mesmo, privilégio. Percebe-se ainda o reforço dessa ideia por meio do uso do advérbio excepcionalmente, enfatizando-se a ideia de modo anormal, fora do comum, raro, mas principalmente especial. As marcas linguísticas já permitem afirmar que o objetivo do

enunciado é condicionar a aplicação da norma ou reduzir seus efeitos à hipóteses selecionadas, especiais e privilegiadas.

O jogo de associações e refutações apresenta-se da seguinte maneira: benefício é associado à ideia de aplicação dirigida à apenados com características pessoais especiais, à ideia de análise isolada e com cautela, rejeitando ideias de obrigação de aplicação. Ainda, por negar ser um salvo conduto, remete-se a ideia de benefício como isenção de pena. Pela análise sistemática das associações, rejeições e paráfrase, demonstra-se que os enunciados indicam que o autor entende a previsão da medida desencarceradora como um privilégio de isenção de pena.

A construção discursiva a partir da palavra “benefício”, também foi objeto da pesquisa de Shimizu (2019), que constatou que esse estereótipo unísono de linguagem tem a finalidade de transmutar direitos das pessoas presas em meros benefícios concedidos exclusivamente aos “merecedores”, selecionados mediante “duplo filtro” administrativo e jurisdicional.

A reprodução desse pensamento determina sobremaneira o processo de tomada de decisões, assume forma de discurso de subjugação, dominação do apenado, não o reconhecendo como sujeito desses direitos, e autoritário, ao passo que alarga a discricionariedade para campos externos ao jurídico, inviabilizando a plena jurisdicionalização, no caso, do controle das condições qualitativas do cumprimento da execução penal.

Nesse sentido é que Shimizu (2019) afirma que se mantém viva na dogmática o caráter administrativo, subjetivo e inquisitivo dos institutos de execução penal, revelando a jurisdicionalização instituída pela LEP como uma verdadeira “jurisdição perversa” pelo fato de não ser aplicada como garantia do sujeito, mas sim como entrave.

Analisou-se na seção 2 os recentes paradigmas jurisprudências das Cortes Internacionais, tanto dos Estados Unidos como de Cortes Europeias, pautados pela ascensão da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do sistema penal, influenciando diretamente as punições e prisões. A partir desses julgados, fundamentados no princípio da humanidade das penas e da vedação de tortura, tratamento desumano e degradantes, firmou-se o entendimento no sentido da supressão do cumprimento de execução penal em ambiente de superlotação.

Na medida em que relacionada a danos a integridade física, moral, e a violações da dignidade humana, a superlotação passou a representar uma intensificação inconvenção ou inconstitucional da pena em aspecto qualitativo. Nas palavras de Jonathan Simon (2014, p. 165) a dignidade colocou o encarceramento em massa em julgamento.

Frisa-se que, como observado por Roig (2019, p. 8844) não há como os atores do sistema penal brasileiro ignorarem os entendimentos das Cortes internacionais, já que representam um novo paradigma de tratamento da superlotação carcerária.

Assim é que adequado o cotejo das formações discursivas selecionadas nos acórdãos analisados com os entendimentos expostos nas decisões das Cortes Internacionais, tais como, principalmente, julgamento do caso *Torreggiani e outros v. Itália*, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos, considerando o quadro de superlotação de natureza estrutural e sistêmica, condenou aquele país por tratamento desumano e degradante, a partir da constatação de manutenção de pessoas dividindo celas de dimensões abaixo do estabelecido em convenção. Em casos de grave superlotação, a Corte Europeia julgou que tal elemento, por si só, representa violação à norma convencional de proibição de tratamento desumano e degradante, e em casos que a superlotação não é tão séria, outros aspectos das condições prisionais são levados em consideração como o respeito às exigências sanitárias, a disponibilidade de tempo fora de cela, a regularidade de acesso a serviços, como à saúde.

A formação discursiva analisada, observados os cotejos, tem por fim silenciar a responsabilidade do sistema de justiça em controlar a execução penal diante tratamento desumano e degradante que se submetem pessoas pela superlotação carcerária, a responsabilidade pela garantia de vaga em cela adequada, pela disponibilização de serviços suficientes que efetive o acesso à saúde e tratamento compatível com a dignidade humana.

Assumidos estes silenciamentos como mascaramentos de contradições com os direitos e garantias fundamentais que qualificam a execução penal, deduz-se que estes indiciam pistas de uma ação ideológica que procura impor, ou melhor, ratificar o modelo de sistema prisional já há muito conhecido.

Ainda, vulgarizando-se a não aplicação dos direitos das pessoas presas, torna-se relativamente ineficaz à proposta de desencarceramento e aplicação de penas diferentes da prisão, impossibilita-se o realinhamento da capacidade carcerária.

Assim é que, além de toda a seletividade constatada na escolha de criminalização de condutas, no arranjo do aparato persecutório que elege suas prioridades para investigar e denunciar, na execução penal, esta ganha uma abordagem ainda mais abusiva, que é a escolha de normas a serem aplicadas por meio de interpretações deturpadas. E como observado por Ximenes (2010, p. 134), na absoluta maioria dos casos, a aplicação seletiva das normas se invertem de forma a reprimir com mais ênfase.

Portanto, pelo que se conseguiu descrever, a formação discursiva do autor aponta para a adoção de uma determinação ideológica que, no mínimo, discorda da ideia de

desencarceramento, conjecturando-se até mesmo que adota um “funcionamento do juízo das execuções como um entrave e não como garantia ao sentenciado” (SHIMIZU, 2019, p. 4), já que não deixa dúvidas sobre o tipo de comprometimento histórico e social que o Judiciário assume perante a situação de estado de coisas inconstitucionais agravado pela pandemia, ignorando paradigmas internacionais de humanização das penas.

3.3.4 Outros obstáculos de improviso

Nesse jogo de arquitetar obstáculos contra as demandas de desencarceramento, observou-se um significativo incremento do ônus probatório, principalmente quando os pedidos de desencarceramento atendem todos os requisitos constantes da Recomendação n. 62 do CNJ. Nesses casos, percebe-se um aprofundamento do nível de exigência de comprovação das situações de risco.

“Por conseguinte, **não há nos autos informação atestando que o quadro clínico do apenado demandasse tratamento ou acompanhamento médico que não pudesse ser prestado pelo serviço de saúde da unidade prisional**, ou, caso necessário, em pontuais atendimentos na rede pública de saúde” (decisão 1304082)

“Ademais, não foi juntado relatório médico anotando que ela esteja enferma, bem como inexistente recomendação médica especial em relação à sua saúde, e não restou demonstrado que ela corre risco ou que necessita de cuidados extramuros, **inexistindo prova de que o presídio em que ele se encontra não disponha de equipe de saúde lotada no estabelecimento ou que esteja sob ordem de interdição**” (decisão 1311063).

“Portanto, tenho que a decisão está devidamente e suficientemente fundamentada, sendo que, além do mais, **não foi juntado relatório médico anotando que o paciente esteja gravemente enfermo**, bem como inexistente recomendação médica especial em relação à sua saúde, consoante exige o art. 117 da Lei de Execução Penal, não havendo que se cogitar que ele necessita de cuidados extramuros, **inexistindo prova do risco que ele venha a correr no presídio**” (decisão 1307162).

Os trechos das decisões colacionadas acima, como representativos dessa manobra, demonstram que mesmo admitido que o demandante é portador de comorbidade e integra grupo de risco da COVID-19, incrementam-se as exigências probatórias, para então concluir que o demandante não necessita de cuidados extramuros.

Assim é que não basta a prova da comorbidade prevista na Recomendação n. 62 do CNJ, é imposta a prova de que a pessoa esteja gravemente enferma. Ainda, recorre-se até mesmo a exigência de prova de fato negativo, como a demonstração de que a saúde prisional não esteja capacitada a atender o paciente. Pela ausência dessas especiais comprovações, o Tribunal entende ser o bastante para concluir que não há riscos dentro do presídio.

Não obstante ser do Estado a responsabilidade por atos atentatórios à dignidade da pessoa presa, e ainda ser a administração prisional a detentora das informações que possam constituir o quadro probatório para a decisão, exigir do demandante a comprovação de fatos que se sabe não estarem ao seu alcance, representa apenas criar obstáculos para a concessão do pedido de desencarceramento.

Na visão constitucional, em que o controle jurisdicional da execução penal deve funcionar para reequilibrar a situação de dependência e vulnerabilidade do indivíduo em relação ao poder do Estado, o ônus da prova deve ser invertido, principalmente quando a administração prisional é quem dispõe das informações (ROIG, 2019, p. 8628).

Essa questão ganha contornos ainda mais diabólicos quando confrontada com as constatações de ausência de transparência e sonegação de informações sobre a situação prisional, reiteradamente levantada por observatórios das prisões (Pandemia..., 2021).

3.3.5 Inversão da lógica de garantias como limites ao poder para a ampliação punitiva

Outra questão que se apresenta bem marcante nos discursos analisados, principalmente porque se refere às ponderações de direitos fundamentais da Constituição, e velha conhecida argumentação em matéria de execução penal, estão representados nos seguintes trechos:

“Há que se considerar que o atual momento, notadamente marcado pela pandemia da Covid-19, não pode levar a decisões precipitadas, **pena de colocar em risco toda a coletividade**” (decisão 1323324).

“Cabe ponderar que o novo coronavírus, por si só, não justifica expor a sociedade mediante a soltura indiscriminada de quem quer que se ache preso ou o recolhimento de eventuais mandados de prisão já expedidos, **sob pena de colocar em risco toda a coletividade**. (...) Como já elucidado, a Recomendação no 62/2020 do CNJ não tem o condão, per se, de impor a soltura de todos os detentos ou de impedir o cumprimento de mandados de prisão expedidos, **devendo-se ponderar, caso a caso, entre os valores saúde e segurança pública**” (decisão 1292976).

A partir das entradas selecionadas, que representam a maioria das decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre os pedidos de desencarceramento, observa-se que o discurso associa a soltura de pessoas presas à noção abstrata de risco à segurança pública, e que essa devida proteção da coletividade não é superada nem mesmo pelos riscos à saúde.

Considerando o contexto de emergência sanitária que agrava ainda mais o declarado estado de coisas inconstitucionais que também vive o Distrito Federal, percebe-se a forte valorização da segurança pública.

No entanto, conforme tratando da seção 1 da presente pesquisa, há muito a criminologia já comprovou esse falso silogismo, e operou a desconstrução da ideia de que mais prisão

representa mais segurança pública, e mesmo do entendimento do direito penal como instrumento de pacificação social.

Por outro lado, Juarez Cirino dos Santos (2021, p. 200, p. 331) ressalta que essa ávida preocupação pela ordem e segurança pública legitima a ação violenta do Estado, produzida com a aparência de bem, a qual tem como alvo uma classe perigosa. E assim, a política repressivo-autoritária de segurança pública se mantém como uma autêntica limpeza eugênica, uma forma violenta de gestão da miséria do Estado Penal, uma nova forma de guerra como continuação de uma política do deixar morrer.

Sob essa retórica do medo, é que se aplicam as normas constitucionais operadas por uma inversão ideológica das suas finalidades declaradas, assim como denunciadas nos estudos da teoria crítica dos direitos humanos. Uma massiva violação dos direitos humanos é legitimada sob a influência de conceitos gerados pela ideologia da defesa social e não superados pela democratização.

A argumentação de que a situação de perigo para a segurança social é iminente representa parte de uma ideia difundida pela ideologia punitivista que sugere hipóteses que não se confirmam cientificamente. Essa mesma ideologia acaba por enveredar o juiz em competências outras que não as programadas com a jurisdicionalização da execução penal. Sopesando essa argumentação de segurança pública em detrimento dos direitos fundamentais das pessoas presas, mesmo do direito à saúde e vida da pessoa presa, se exerce menos jurisdição, já que não assumida a competência de controle que a Constituição confiou de forma privativa aos juízes.

Essa manobra de inversão de garantias parece atingir um ponto culminante quando trata da isonomia da situação das pessoas presas, aplicada no sentido de padronizar o tratamento punitivista encarcerador.

“Desse modo, não há nenhuma determinação ou recomendação no sentido de se suspender o início da execução de penas impostas em ações penais transitadas em julgado. Isso porque, conforme apontado pelo Ministério Público, **tal medida resultaria em clara violação ao princípio da isonomia, tendo em vista a concessão de tratamento diferenciado a pessoas já condenadas, mas ainda não recolhidas, além da evidente crise de segurança pública**” (decisão 1282768)

“A solução adotada na decisão recorrida, de fato, nos termos sustentados pelo agravante, **viola o princípio da isonomia, uma vez que uma infinidade de condenados permaneceu cumprindo a reprimenda imposta e teve indeferido o pedido de liberação**, com base no argumento de que o sistema penitenciário está apto e adota as medidas preventivas e de tratamento da saúde dos presos contaminados, além de poder causar graves riscos à segurança pública” (decisão 1323966).

“A suspensão de mandados de prisão expedidos contra condenados definitivos, além de poder causar embargos à execução da pena, põe em risco toda a coletividade. Entender de modo diverso afronta, inclusive, **a isonomia no tratamento de presos**,

tendo em vista que, como regra, se tem negado prisão domiciliar a presos definitivos que estão no regime semiaberto” (decisão 1306905).

Pelos trechos selecionados, percebe-se que o Tribunal aplica o princípio da isonomia para negar pedido de suspensão do encarceramento de condenados, a fim de conferi-los o mesmo tratamento aos condenados em regime semiaberto que tiveram pedido de desencarceramento negado. Aproveita-se das próprias denegações de desencarceramento para padronizar a tendência encarceradora, com fundamento na isonomia. Dessa argumentação se infere que não dar o tratamento encarcerador para todas as situações de condenados, seria afrontar a “devida” isonomia.

Entretanto, além do Tribunal ignorar as exigências de individualização da pena, que por si só, já exige diferenciação de tratamento para pessoas em situações desiguais. Muitas pessoas já iniciam o encarceramento com alto risco de complicação de saúde que outras pessoas do mesmo grupo etário. Ainda, o aprisionamento acelera o processo de envelhecimento.

Ademais, com essa aplicação subverte-se a norma idealizada no sentido de que a isonomia não se restringe somente à não discriminação entre presos, mas também entre estes e pessoas livres. (ROIG, 2019, p. 840). Roig elucida que é com esse escopo que as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos recomendam a previsão constante da Regra 5.1, no sentido da não dessocialização do recluso, e do reconhecimento da sua cidadania.

Ceder à cultura punitivista parece ser a posição assumida pelo sistema de justiça como dever, e não o controle do Estado na repressão. A padronização dessa “mentalidade” a favor dos interesses de fictícia segurança da sociedade, abandonando-se seu programado papel contramajoritário parece ser a postura institucional em matéria de execução penal.

Contraditar que a execução da pena mesmo em condições ilícitas atenderia a vontade punitiva do Estado, implica uma inversão do objetivo constitucional de exigência de legalidade das penas, aos modos do direito penal fascista, especialmente quando se identifica a vontade punitiva do Estado como garantia da sociedade. (ZAFFARONI, 2020, p. 16)

3.3.6. Análise das concessões desencarceradoras

De modo a desvendar os parâmetros que conduziram aos resultados diversos da maioria de denegações a pedidos de desencarceramentos encontrados nas decisões, dedicou-se esta última subseção para analisar as ordens de concessão. Atentar para até onde chega a evolução do discurso da contracultura desencarceradora e quão distante estamos dos padrões internacionais parece ser o caminho para constranger os aparelhos estatais.

Dentre as mais de 400 impugnações de decisões negatórias da Vara de Execução Penal, somente 9 acórdãos resultaram reformadores no sentido do provimento de pedidos de substituição por prisão domiciliar, o que indica o baixíssimo nível de reforma a favor do desencarceramento.

Embora os resultados concessivos de desencarceramento pudessem ser esperados como imperativos já diante da situação de superlotação prisional, e assim inconstitucionalidade das execuções penais já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, percebeu-se que, na grande maioria dos casos, o discurso é o de avaliar qualquer resposta da gestão prisional, mesmo que sabidamente não correspondente aos fatos há muito conhecidos de colapso prisional.

Tudo isso torna ainda mais relevante a posição de juízes que se descolam dessa quase unanimidade, para marcar posições no sentido da aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal a favor da proteção da dignidade humana de pessoas presas:

“(…) o cumprimento excepcional e temporário da pena em regime domiciliar com monitoramento eletrônico melhor garante o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde: o paciente é portador de asma, doença respiratória grave que o insere em grupo de altíssimo risco de contágio pela COVID-19, com possibilidade de desenvolver a doença agravada, se infectado (...). Num caso como este, de um paciente de meia idade, asmático e usa de modo constante medicamento para tratar de doença respiratória crônica, é preciso compatibilizar a prerrogativa do Estado de executar as sanções penais e os direitos fundamentais da pessoa humana à dignidade e à saúde.” (acórdão 1265758)

A inversão lógica da aplicação dos princípios constitucionais é tão recorrente, que se destaca, no âmbito da execução penal, até mesmo, a aplicação do princípio da isonomia a favor da pessoa presa, e não no sentido de manutenção do encarceramento.

“Assim, resta evidente que o interno encontra-se no grupo de risco, segundo a classificação da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Ministério da Saúde. Data venia, afirmar que “sua vulnerabilidade não difere daquela inerente aos(às) demais internos(as) portadores de enfermidades e que estão alocados(as) em estabelecimentos prisionais do DF, os(as) quais são foco de medidas específicas de prevenção” implica ignorar o altíssimo índice de internação e mortalidade dentre o grupo de pessoas que sofrem com problemas respiratórios. Ademais, como apontado pela defesa, o tratamento diferenciado destinado a internos que se encontram em situação semelhante de saúde fere o princípio da isonomia além de negar o princípio máximo da dignidade da pessoa humana” (acórdão 1260951).

Apesar de ter se firmado a posição pela adequação de medidas que suspenderam trabalho externo, saídas temporárias e visitas as pessoas presas que já usufruíam de tais direitos, como analisado acima, destaca-se a decisão colacionada abaixo cujo fundamento relevante considerou a ilegalidade do agravamento de regime mesmo que diante da situação de calamidade.

“Todavia, no caso em análise, não há como desconhecer que o agravante teve, por evidente, a sua situação prisional agravada pelas medidas adotadas pelo Juízo da VEP, em decorrência da pandemia instaurada, encontrando-se atualmente, na prática, em regime fechado, sem trabalho externo, saídas temporárias ou visitas. O STF já estabeleceu na Súmula vinculante 56 que: "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". Penso que a hipótese se adequa ao caso ora em análise. A solução mais adequada é conceder ao agravante o direito ao cumprimento da pena em regime domiciliar. Entendo que manter o paciente em regime mais gravoso, mormente considerando o atual estado de calamidade na saúde que se instaurou a nível mundial, além de violar a garantia constitucional de individualização no cumprimento da pena (artigo 5o, XLVI e XLVII, da Constituição Federal), vai na contramão do que dispõe a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal. Assim, a manutenção do agravante em regime equivalente ao fechado configura ilegalidade, porquanto, condenado à pena de reclusão em regime inicial semiaberto, a pena de prisão não pode exceder os limites impostos na condenação, sob pena de desvio de finalidade da pretensão executória” (acórdão 1269581).

Não obstante essas decisões concessivas constituírem parte minoritária das demandas analisadas e consignarem repertório insignificante frente a quase hegemonia punitivista, elas demonstram a relevância da atuação de juízes na contracultura à ideologia dominante do sistema penal. Diante desse aparelhamento estatal, cuja intenção deliberada se evidencia até mesmo pela perseguição de juízes censurados “por soltar muito”¹¹⁹ (CONJUR, 2020) (JUSTIFICANDO, 2020), é que qualquer tímida aplicação da Constituição na execução penal, como observado por Streck (RBA, 2018), se destaca como ato revolucionário a favor da emancipação humana.

A naturalização da superlotação e a deturpação da aplicação das normas de direitos e garantias fundamentais revelam que a efetividade dos ditames constitucionais esbarra na opção ideológica dos atores do sistema penal pelo cárcere como controle social da população pobre. Em especial, quando percebemos que a chave do sistema prisional que controla o ingresso e a saída das masmorras está com o sistema de justiça, não há como negar que um significativo indicativo para a causa do problema está no próprio aparelhamento ideológico do Judiciário.

¹¹⁹ Cf. Decisão do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que deu procedência à revisão disciplinar do magistrado Corcioli anulando a punição aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que o condenou por “atuação com viés ideológico” libertário, caracterizada por “soltar muito” e que teria “provocado prejuízos à população”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização dos consensos internacionais pela humanização das penas e reconhecimento de direitos às pessoas presas que promovam um mínimo de vida digna mesmo dentro das celas, foram apresentadas como compromissos de democratização em detrimento da barbárie.

No entanto, a história nos mostra que o Estado de direito idealizado nunca existiu. A recorrente negação de atendimento das expectativas de emancipação humana, e a falta de efetividade dos direitos fundamentais mais mezinhos, diante de uma significativa quantidade de pessoas que vivenciam constante situação de exclusão e subumanização, esvazia o projeto democrático. A constatação de que a democracia convive bem com um “estado de exceção permanente” e um “fascismo social” demonstram que esse modelo liberal “não passa de uma ditadura mal disfarçada”.

O apego a uma crença cega na declaração do primado do direito e na institucionalização de um especializado sistema de justiça, bens preciosos das sociedades democráticas e tidos como meios para a realização da promessa democrática, diante da frustração das promessas modernas pela humanização, tem trazido dúvidas sobre o papel dos tribunais na transformação social. A cooptação ideológica do sistema de justiça, como aparelho estatal do modelo liberal, tem nos mostrado a insurgência de uma contrarrevolução jurídica capaz de neutralizar os avanços democráticos conquistados pelas longas lutas sociais e garantidas pela constitucionalização de direitos e democratização do Estado.

No entanto, reconhecida eventuais oportunidades de se encontrar meios e ocasiões de exprimir resistência, principalmente pela desarticulação de contradições tão marcantes no modelo de democracia liberal, e também pela identificação de que o direito e o sistema de justiça contam com setores progressistas e ondas oportunas de avanço emancipatório, é que se acredita que os tribunais podem servir como local de luta para a contenção dos abusos de poder, ao menos, na aproximação do ideal de Estado democrático de direito.

Os estudos sobre o fenômeno do encarceramento em massa, mostraram o uso político da punição para manutenção do arranjo social a favor da acumulação capitalista, e assim, evidenciando que a cooptação neoliberalista vai mais além que o desmonte do Estado social. Outrossim, demonstrou-se que o sistema prisional tem como característica estrutural seletiva, inevitavelmente racista, e opressora. Para a explicação de seu sucesso, foi necessário compreender o uso do populismo penal para a formação do senso comum, adesão da sociedade, e reformas de políticas públicas.

No contexto latino-americano, e especialmente na realidade brasileira, diante do nosso legado colonialista e autoritário, o uso do Estado penal ganha contornos bem mais agressivos. Não obstante críticas bem fundamentadas terem se recusado a aceitar a adequação dos estudos estrangeiros ao modelo brasileiro, é certa a validade da tese de economia da punição, que o maior encarceramento não tem vínculo com as taxas de criminalidade, mas que há relação com as condições materiais de vida do trabalhador livre (*less eligibility*). Demonstrou-se que a sede punitiva não serve para garantir ao mercado mais força de trabalho, mas revela fortes conexões com a “superexploração” que precisa manter a massa em condições de dependência e miséria. Nesse passo é que a superlotação carcerária brasileira ganha os tão denunciados contornos de campos de concentração, onde se encarcera pessoas para viver em condições subumanas, ou mesmo para deixar morrer.

Diante do momento de permanente “crise” que vivemos nessa sociedade neoliberal, agravada pela intercorrência da situação de pandemia, chegamos a um ponto crítico da dogmática jurídico penal. Não podemos continuar a usar o direito manipulado para invisibilizar a realidade dos cárceres brasileiros. Se a sorte possibilitar a não eclosão de uma catástrofe humana, ela não vai ser suficiente para esconder a posição escolhida pelos tribunais.

Nosso sistema jurídico penal tem elementos suficientes para a formação de uma dogmática coerente com as conquistas humanas declaradas na Constituição e nas convenções internacionais, priorizadas no nosso sistema jurídico, elevadas até mesmo ao *status* de direito absoluto como a garantia da vedação da tortura e tratamento desumano.

A desconsideração das nossas leis penais e a naturalizada prática de penas proibidas, em clara violação de normas suficientemente fechadas para a aplicação e concreção, que nos leva a reconhecer que o costume tirou vigência da Lei de Execução Penal, tem nos mantido distante das evoluções hermenêuticas realizadas pelas Cortes internacionais.

Desde a construção do modelo atual de judicialização da execução penal, não cabe mais o argumento de que a permanente crise penitenciária seja responsabilidade do Executivo. A função de contenção é o papel investido ao sistema de justiça para a democratização da execução penal.

Provocados pela realidade dos cárceres, e pela constância da crise que parece naturalizar a prática de penas proibidas, a partir da replicação das perguntas de Boaventura Sousa Santos: “de que lado estão o direito e os tribunais? Do lado dos que querem destruir a democracia ou reduzi-la a uma formalidade sem substância ou do lado dos que querem defender a democracia e mesmo reforça-la?”, que tem como critério a atuação do sistema de justiça programada para a defesa e realização efetiva dos direitos fundamentais e a contenção dos abusos de poder, a

pesquisa revelou que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tem desempenhado um papel de poder ideologicamente posicionado para obstruir a reivindicação jurisdicional das conquistas mais mezinhas da humanidade, dispondo do direito de forma forjada a ponto de vetar qualquer possibilidade de luta democrática por vida digna ou mesmo de vida das pessoas presas.

Não obstante o ordenamento jurídico que temos mão possibilite, seguramente, sem ter que se valer de uso transgressor do direito, a construção de uma dogmática capaz de reverter todo o processo de exclusão opressor e seletivo acarretado com o encarceramento em massa, e a superlotação carcerária brasileira, a cooptação ideológica do sistema de justiça distrital tem revelado a prática de um “direito despótico de veto” manejado, grosseiramente, para obstruir qualquer possibilidade de reivindicação de proteção jurídica, invisibilizando violações e silenciando sujeitos, que em verdadeiro “juricídio” vem anulando a concepção de democratização da execução penal por meio da contenção do poder punitivo estatal, em verdadeira contrarrevolução judicial denominada por Shimizu de “jurisdicionalização perversa”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 1009, nov, 2019.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. ISBN 978-85-7559-057-7.

ALEMANY, Fernando Russano. **Punição e estrutura social brasileira**. 368 f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], 2019.

ALEXANDER, Michelle. *The new Jim Crow: mass incarceration in the age of colourblindness*. New York: Penguin books, 2019.

ALPER, Benedict s; WEISS, Joseph w. *The mandatory sentence: recipe for retribution*. Federal Probation, [s. l.], p. 15-20, 9 jun. 2021.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Lisboa: Presença, 1980.

ANDRADE, Vera regina pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora., 2015.

ARAÚJO, Sara. O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 18, n. 43, p. 88-115, set/dez 2016.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

AVIRAM, Hadar. *Are we still cheap on crime?: austerity, punitivism and common sense in the trump/sessions/barr era*. 1 Hastings buss, [s. l.], 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas - Revista De Ciências Sociais**, [s. l.], p. 105-127, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e a Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. ISBN 85-353-0188-7.

BARATTA, Alessandro. **Princípio de direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Doctrina Penal: Teoria e Prática em las Ciências Penais**, Buenos Aires, ano 10, n. 87, p. 623-650, 1987.

BARATTA, Alessandro. **Princípios Do Direito Penal Mínimo: Para Uma Teoria Dos Direitos Humanos Como Objeto E Limite Da Lei Penal**. Buenos Aires: [s. n.], 1987.

BARBOSA, Licínio. Considerações a propósito das tentativas de elaboração de um código de execuções penais. **Inf. Legisl.**, Brasília, v. 19, n. 76, out/dez 1982.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011. 378 p.

BARRETO, Ana Luisa et al. Presunções em defesa da prisão e obstáculos de última hora: decisões judiciais sobre liberdade no contexto da pandemia. **Revista Dilemas**, [s. l.], 19 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.covidnasprisoas.com/blog/presuncoes-em-defesa-da-prisao-e-obstaculos-de-ultima-hora-decisoes>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BECKETT, Katherine. **Making Crime Pay: law and order in contemporary American politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1964. 158 p. ISBN 019511289X.

BEIRAS, Iñaki ribeira. **Desencarceramento: por uma política de redução da prisão de um garantido radical**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. [S. l.], 9 set. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. [S. l.], 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (Deutschland). 1. Kammer des Ersten Senats . **Beschluss - 1 BvR 409/09 -, Rn. 1-53**. [S. l.], 22 fev. 2011.

CACICEDO, Patrick Lemos. O Princípio da Less Eligibility, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306-316, jan-fev 2015.

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 413-432, jan-abr 2018.

CANOTILHO, José Joaquim gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARVALHO, Salo de *et al.* **Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2002. ISBN 85-7387-266-7.

CARVALHO, Salo de. Controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena. **Revista Direito em Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, [s. l.], ano XXIX, n. 53, p. 311-317, jul/dez 2020.

CARVALHO, Salo de. O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, [S. l.], 67. ed. 27 jun. 2016. Juventude Negra Brasileira: Homicídios e Encarceramento de 05 de novembro de 2014, no Ministério da Justiça, Brasília.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda., 2010.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. **Revista Polis e Psique**, [S. l.], 2013. DOI <https://doi.org/10.22456/2238-152X.43141>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/PolisePsique/article/view/43141>. Acesso em: 7 jun. 2021.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. **Rev Severa Verum Gaudium**, [S. l.], v. 2, n. 1, 2010.

CASARA, Rubens r. r. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Controle da Legalidade na Execução Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CIFALI, Ana Claudia *et al.* **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu abraço, 2017. 312 p. ISBN 978-85-5708-055-3.

COELHO, Priscila. **Um preso por vaga: estratégias políticas e judiciais de contenção da superlotação carcerária**. 176 f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, [S. l.], 2020.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 4, de 5 de outubro de 2017**. Dispõe sobre padrões mínimos para a assistência material do Estado à pessoa privada de liberdade.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 09, de 13 de novembro de 2009**. Estabelece a proporção máxima adequada de agentes penitenciários e membros da equipe técnica em relação aos presos. [S. l.], 13 nov. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 2, de 3 de maio de 2011**. Fixa, em caráter excepcional e precário, o limite de vagas por cela coletiva nos casos que especifica. [S. l.], 3 maio 2011.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 05, de 25 de novembro de 2016**. Dispõe sobre os indicadores para fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais *numerus clausus*. [S. l.], 25 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias assunto Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. [S. l.], 2018.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura**. 1. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 1. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DI GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. 63 p. ISBN 9788592712099.

DI GIORGIO, Alessandro. ***Punishment, marxism, and political economy***. [S. l.], outubro 2018. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/328943397>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

DI GIORGIO, Alessandro. *Toward a political economy of post-Fordist punishment*. **Critical Criminology**, [s. l.], setembro 2017. DOI 10.1007/s10612-007-9029-1. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/225651856>. Acesso em: 8 jun. 2021.

DIETER, Maurício stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, [S. l.], 2012.

DU BOIS, Willian Edward burghardt. **The souls of black folk**. [S. l.]: Oxford University Press, 1963. ISBN 978-0-19-280678-9.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. Judgment (Application No. 44882/07). **Case of Novoselov V. Russia**, Strasbourg, 10 jan. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Strasbourg). Fifth Section. Judgment (Application No. 36295/02). **Case of Iorgov (Ii) V. Bulgaria**, Strasbourg, 2 set. 2010.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Strasbourg). First Section. Judgment (Application No. 7064/05). **Case of Mamedova V. Russia**, [S. l.], 1 jun. 2006.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Judgment N° Application No. 44882/07, De 10 De Janeiro De 2017. **Case Of Novoselov V. Russia**. Strasbourg, 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. Judgment (Application No. 7334/13). **Case Of Mursic V. Croatia**, [S. l.], 20 out. 2016.

FALEIROS JUNIOR, Roberto Galvão. **Direitos humanos e tutela penal: um diálogo marginal**. [S. l.: s. n.], 2013. ePDF.

FANON, Franz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Editora civilização brasileira s.a., 1968.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. **The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications**. Berkeley Law Scholarship Repository, [s. l.], 1 jan. 1992. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista, 2002. ISBN 85-2031955-6.

FERREIRA, Carolina costa. **O estudo do impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal.** 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

GADGET, Francois et al. **Por uma análise automática do discurso: uma introdução à obra de Michel Pêcheux.** Campinas: Editora da UNICAMP, 1997. ISBN 85-268-0160-0.

GALLARDO, Helio. **Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos.** 1. ed. São Paulo: Unesp, 2014. ISBN 978-85-393-0531-5.

GARLAND, David. **Cultura de Controle.** [S. l.]: Renavan, 2008.

GREENE, Judith A. **Bailing Out Private Jails by Judith Greene, from The American Prospect.** Irish Penal Reform Trust, [s. l.], 10 set. 2001.

HAAS, Kenneth C. *Judicial Politics and Correctional Reform: An Analysis of the Decline of the Hands-off Doctrine.* **Detroit College of Law Review**, [s. l.], p. 795-832, 9 jun. 2021.

HALL, Stuart; JEFFERSON, Tony; CLARKE, John; ROBERTS, Brian. **Policing the crisis: mugging, the state, and law and order.** 1. ed. Great Britain: The macmillan press ltd, 1978.

HERZOG-EVANS, M. *Is the French juge de l'application des peines a problem-solving court? In: HERZOG-EVANS, M. Offender release and supervision: The role of courts and the use of discretion.* Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2015. p. 409-445.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IAN, Taylor; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **Criminologia crítica e a Crítica do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

JESCHECK, Hans-Heirich; WEIGEND, Thomas. **Tratado del derecho penal: parte general.** Granada: [s. n.], 2002.

KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar.* London: Duke University Press, 2004.

LEAL, Cesar Barros. A Execução Penal à Luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Revisitando Casos Emblemáticos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [s. l.], n. 17/18, p. 31-42, dezembro 2018. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/373>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

LOSURDO, Domenico. **Colonialismo e luta anticolonial: desafios da revolução no século XXI.** 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020. ISBN 978-65-5717010-6.

LOSURDO, Domenico. **Liberalism: a counter-history.** London: Verso, 2014.

MAIA, Martele. **Os Estados Unidos e a comissão interamericano de direitos humanos: denúncias, interações, mobilizações.** [S. l.]: FUNAG, 2017. 258 p. ISBN 978857631.

MAINGUENEAU, Dominique. **Novas tendências em análise do discurso**. 3. ed. Campinas: Pontes editores, 1977.

MARX, Karl; ENGELS, Friedriche. **A sagrada família: a crítica da crítica crítica contra Bruno Bauer e consortes**. São paulo: Boitempo, 2011. ISBN 9788575590324.

MARX, Karl. **Crítica ao Programa de Gotha**. São Paulo: Virtualbooks, 1875.

MASCARO, Alysso Leandro. **Direitos humanos: uma crítica marxista**. Lua Nova, São Paulo, n. 101, p. 109-137, 2017.

MATUSIAK, Matthew c. *The Progression of "Evolving Standards of Decency" in U.S. Supreme Court Decisions*. **Criminal Justice Review**, [s. l.], agosto 2014. DOI 10.1177/0734016814531779. Disponível em:

<<https://www.researchgate.net/publication/273820410>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: sobre el gobierno privado indireto**. [S. l.]: Melusina, 2011.

MENEGAT, Marildo. A crise da modernidade e a barbárie. **Saúde Coletiva**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 197-216, 8 jun. 2021.

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil: resultados gerais de uma pesquisa. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, [s. l.], jan/fev/mar 2010.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveti. Estado e constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito RECHTD**, [s. l.], julho-dezembro 2013.

MOREIRA, Tiago Ricardo; LEMOS, Aline Campos; COLODETTE, Renata Maria; GOMES, Andréia Patrícia; BATISTA, Rodrigo Siqueira. Prevalência de tuberculose na população privada de liberdade: revisão sistemática e metanálise. **Rev Panam Salud Publica**, [s. l.], 2019.

ORLANDO, Eni p. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 6. ed. Campinas: Pontes editores, 2005.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PASTORAL CARCERARIA. **Agenda Nacional pelo Desencarceramento 2014**. [S. l.], 25 maio 2015. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento>> (2014). Acesso em: 8 jun. 2021.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. 405 p.

PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. **Cárcere e Fábrica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

PAVARINI, Massimo. **Vivere in meno di 3 metri quadrati: Quando la pena carceraria è disumana e degradante**. Antonio Casella, [s. l.], 27 fev. 2013. Disponível em:

<http://www.antonioacasella.eu/archiva/pavarini_venezia_27feb13.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRATT, John. **Penal populism: key ideas in criminology**. 1. ed. New yrk: Routledge, 2007.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788547230654.

ROIG, Rodrigo duque. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, [s. l.], n. 15, p. 104-120, janeiro/abril 2014.

RUOTOLO, Marco et al. *Governare la penaltà: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, [s. l.], n. 1, 8 jun. 2021.

RUOTOLO, Marco. *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumanaz un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*. **Direito penitenziario e costituzione**, [s. l.], 2013.

Disponível em: <https://dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/commenti/Ruotolo_Quale_tutela_per_il_diritto_a_una_esecuzione_della_pena_non_disumana.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Renavan, 2004.

SALVATI, Antonio. *L'evoluzione della Legislazione Penitenziaria In Italia*. **Revista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione**, [s. l.], 9 jul. 2009. Disponível em: <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2009/07/09/1?evoluzione-della-legislazione-penitenziaria-in-italia/>. Acesso em: 8 jun. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. 295 p. ISBN 978-85-7559-526-8.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014. ISBN 978-85-249-2243-5.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-6794-0.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2012. ISBN 978-85-7348-789-3.

SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social e a sua Incidência sobre as Relações Privadas. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. [S. l.: s. n.], 2006.

SARTORI, Vitor Bartoletti. **Lukács e a crítica ontológica ao direito**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2013. ISBN 978-85-249-2084-4.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 513, de 6 de dezembro de 2013**. Altera a Lei de Execução Penal. [S. l.], 6 dez. 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3751577&ts=1571778221190&disposition=inline>. Acesso em: 7 jun. 2021.

SHIMIZU, Bruno. A Jurisdicionalização Perversa na Execução Penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Thomson Reuters, v. 152, p. 19-64, fev 2019.

SIGLER, Robert T.; SHOOK, Chadwick L. *The Federal Judiciary and Corrections: Breaking the "Hands-Off" Doctrine*. **Criminal Justice Policy Review**, [s. l.], ano 3-4, n. 245, 1995.

SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial: a remarkable court decision and the future of prisons in America*. New York: The new press, 2014.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar: segurança pública e direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

SUPREME COURT OF UNITED STATES (United States). Appeal n. 09-1233. **Brown, governor of California et al v. Plata et al**, [S. l.], 23 maio 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Plenário. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. [S. l.], 9 set. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Plenário. **Recurso extraordinário 641.320 Rio Grande do Sul**. [S. l.], 11 maio 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Relator ministro Marco Aurélio. **Tutela provisória incidental na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. [S. l.], 17 mar. 2020.

VACANI, Pablo. *La representación jurídica del castigo en la fase ejecutiva de la condena*. *Facultad de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, julho 2013. X Jornadas de Sociologia.

VASCONCELOS, Natalia; MACHADO, Maíra; WANG, Daniel. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, 2 nov. 2020.

WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo Social**, [s. l.], v. 26, ed. 2, p. 139-164, 8 jun. 2021. DOI 10.1590/S0103-20702014000200009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/276259500_Marginalidade_etnicidade_e_penalidade_na_cidade_neoliberal_uma_cartografia_analitica>. Acesso em: 8 jun. 2021.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 168 p.

WHITE, Ahmed A. *The concept of "less eligibility" and the social function of prison violence in class society*. Buff. l. rev., [s. l.], n. 737, 8 jun. 2021.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. **Revista de Direito Público**, [s. l.], janeiro/abril 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SANTOS, Alison dias dos. *La nueva crítica criminológica: criminología em tempos de totalitarismo financeiro*. Quito: El siglo, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio. *Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal*. 1. ed. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020. ISBN 978-987-47556-4-3.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *La Medida Cualitativa De Prisión En El Proceso De Ejecución De La Pena*. **Revista Pensamento Penal**, [s. l.], 25 abr. 2020. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48811-medida-cualitativa-prision-proceso-ejecucion-pena>. Acesso em: 8 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl Santos; SIGILO, Ílison Dias dos. *El La nueva criminología: Criminología en tiempos de totalitarismo financeiro*. [S. l.: s. n.], 2017.

ZAFFARONI, Eugenio raul. *La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales / coordinado*. 1. ed. Buenos Aires: Editar, 2012. 394 p. ISBN 978-950-574-290-5.

RELAÇÃO DE REPORTAGENS E NOTÍCIAS

JORNALISTAS LIVRES. **Sistema prisional do DF: Conselho faz campanha de arrecadação de produtos de higiene.** Disponível em: <<https://jornalistaslivres.org/conselhofazreuniao/>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. **Maior fuga de presos na Papuda completa dois meses: 4 seguem foragidos.** Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2020/12/4894840-maior-fuga-de-presos-na-papuda-completa-dois-meses-4-seguem-foragidos.html>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. **Ibaneis inaugura dois blocos na Papuda para presos com Covid-19.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/05/06/interna_cidadesdf,852036/ibaneis-inaugura-dois-blocos-na-papuda-para-presos-com-covid-19.shtml>. Acesso em: 11 jun. 2021.

G1 DF. **Servidores flagram infestação de ratos na Penitenciária da Papuda, no DF.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/11/07/servidores-flagram-infestacao-de-ratos-na-penitenciaria-da-papuda-no-df.ghtml>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. **Justiça do DF interdita nova ala do Complexo da Papuda após três tentativas de fuga.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/10/27/justica-do-df-interdita-nova-ala-do-complexo-da-papuda-apos-tres-tentativas-de-fuga.ghtml>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **Nota à Imprensa.** Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2013/setembro/nota-a-imprensa-sobre-o-sistema-penitenciario-do-df>>. Acesso em: 11 jun. 2021.