

**POLÍTICA CRIMINAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
LEGALIDADE OU LETALIDADE? O NECESSÁRIO RELAXAMENTO
DAS PRISÕES ILEGAIS**

**CRIMINAL POLICY AND FUNDAMENTAL RIGHTS: LEGALITY OR
LETHALITY? THE NECESSARY RELAXATION OF ILLEGAL
PRISONS**

**POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES:
LEGALIDAD O LETALIDAD? EL NECESARIO RELAJACIÓN DE LAS
PRISIONES ILEGALES.**

André Nicolitt¹
Fernando Henrique Cardoso Neves²

Resumo: O tema deste trabalho é política criminal e direitos fundamentais. Dentro desta perspectiva, voltamos nossa atenção para os recentes acontecimentos nas penitenciárias brasileiras e as diferentes manifestações de atores jurídicos e políticos do país. O objetivo deste artigo é analisar recentes julgados do STF a partir da relação entre Política Criminal e Direitos Fundamentais. Tal exercício dar-se-á pela definição destes dois últimos e por uma análise da atividade da Corte Suprema na questão penitenciária, tendo como fontes a doutrina jurídica e a jurisprudência. Os resultados apontam para uma urgente reflexão do que tem sido o exercício dos poderes Executivo e Judiciário na questão penitenciária.

Palavras-chave: Política criminal. Direitos fundamentais. Legalidade.

Abstract: The theme of this work is criminal policy and fundamental rights. From this perspective, we turn our attention to recent events in Brazilian penitentiaries and the different manifestations of legal and political actors in the country. The purpose of this article is to analyze the recent decision from the Supreme Court from the comparison between Criminal Policy and Fundamental Rights. This exercise will be carried out by the definition of these two last ones and by a case study of the judicial process above, having as sources the legal doctrine and the jurisprudence. The results point to an urgent reflection of what has been the exercise of the Executive and Judiciary powers in the theme.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa-Lisboa. Professor Permanente do PPGD da Faculdade Guanambi. Juiz de Direito do TJRJ. e-mail: anicolitt@gmail.com

² Mestrando em Sociologia e Direito no PPGSD/UFF. Professor Colaborador do InEAC/UFFAdvogado. e-mail: fhneves@id.uff.br

Keywords: Criminal policy. Fundamental rights. Legality.

1. INTRODUÇÃO

Desde o primeiro dia do ano, com o massacre no Complexo Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ³ e as demais rebeliões⁴ e ameaças de rebelião⁵ em outras unidades penitenciárias do país, especialistas e profissionais de toda sorte diagnosticaram o “fracasso do sistema penitenciário brasileiro”, que na verdade representa a própria gênese do instituto⁶.

Junto da análise centenária, as soluções, ora reinventando os princípios de execução penal⁷, ora elaborando *planos de ação*⁸ e o debate *humanista* que faz questão de diferenciar *os bons dos ruins*, seja à direita ou à esquerda, em suas opiniões no que tange ao encarceramento de um terceiro. No âmbito jurídico, esta realidade caótica do sistema carcerário, caos este que não é apenas da atualidade, mas sim histórico, tampouco episódico, vez que é cotidiano, desperta duas linhas argumentativas: ora se investe numa retórica de *defesa social* e de eficácia da Política Criminal, ora na defesa de Garantias Individuais.

Felipe Machado, em *Principle versus Policy: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin*,

³ Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892477027.html>. Acesso em: 25 jan.2017.

⁴ Depois do Amazonas, os Estados de Pernambuco, Roraima, Rio Grande do Norte e São Paulo. Respectivamente, disponíveis em <http://g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/2017/01/detentos-fazem-rebeliao-no-presidio-de-santa-cruz-do-capibaribe-diz-pm.html>, <http://oglobo.globo.com/brasil/rebeliao-em-roraima-teve-decapitacao-coracao-arrancado-20737083>, <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/01/detentos-se-rebelam-no-maior-presidio-do-rio-grande-do-norte.html>, <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-01-24/presos-fuga-bauru.html>. Acesso em: 25 jan.2017.

⁵ Notícias de “início” de *rebelião* no Complexo de Gericinó/RJ. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/penitenciaria-em-bangu-tem-tumulto-entre-presos-seap-nega-rebeliao>. Acesso em: 25 jan.2017.

⁶ Para tal evidência, assim como da prisão ser sempre colocada como o remédio para o seu próprio fracasso, v. KROPTKIN, Piotr. *As Prisões*. 1897. FOUCAULT, Michel & RAMALHETE, R. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Vozes, 1986.

⁷ Tanto o demonstrado sobre a reforma penal na França em *Vigiar e Punir* como os tratados internacionais que tratam do tema demonstrado posteriormente neste trabalho dão conta deste isomorfismo reformista, expressão de Michel Foucault.

⁸ Plano Nacional de Segurança prevendo “racionalização e modernização” do sistema penitenciário. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/plano-nacional-de-seguranca-preve-integracao-entre-poder-publico-e-sociedade/plano-de-seguranca.pdf>. Acesso em: 25 jan.2017.

toma o embate destes argumentos para analisar o caso no qual um magistrado libera o uso de escutas nas salas de audiência entre presos e advogados num presídio⁹, localizando exatamente em que medida a “defesa social” em forma de “enfrentamento ao crime” aparece nas notas de associações da magistratura e a defesa de “garantias individuais” nos posicionamentos públicos da OAB.

O embate *Principle vs Policy* é trazido pelo autor na perspectiva de argumentos de “Direito” e de “Política”, numa ponderação crítica sobre a atividade jurisprudencial, ressaltando que ao juiz cabe garantir os direitos, limitar-se pela lei e não decidir de acordo com o segundo em detrimento do primeiro. No texto, ainda, Machado faz sua análise a partir das considerações de Ronald Dworkin, apontando qual seria o norte hermenêutico quando uma questão *política* entrasse em colisão com um *direito*, especialmente na área criminal, onde este, normalmente uma garantia individual, se vê atropelada frente à retórica da “defesa social”.

Neste trabalho traremos à baila tanto as definições para Política Criminal de diferentes autores, no que tange ao objeto de *uma* política do controle social – como a de Direitos Fundamentais, especialmente no que tange às Garantias Individuais. Antes de implicá-las numa oposição a partir de um caso concreto, suas definições, por si só, trazem reflexões interessantes no tocante às possibilidades de sua coexistência.

Feita esta comparação tipológica, os dispositivos legais brasileiros e internacionais, recepcionados pela legislação pátria, que tratam da execução penal e de demais direitos de encarceradas e encarcerados serão analisados sistematicamente, servindo como os limites legais impostos a qualquer política criminal – no que tange à questão penitenciária – que se pretenda fazer, adequando, assim, o analisado na primeira parte ao princípio da legalidade.

A partir deste exercício, chega-se ao estudo de caso do julgamento da liminar da ADPF 347 e do RE 592.581 assim como seus desdobramentos na política criminal brasileira e, por fim, as considerações finais. Torna-se extremamente atual esta discussão, não só pelas rebeliões nas penitenciárias que, como foi abordado nesta introdução, não datam de hoje, mas principalmente pela atenção dada pela comunidade jurídica a alguns

⁹ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2206201001.htm>. Acesso em: 25 jan.2017.

posicionamentos que acenam para o presente como *um momento de ruptura e não de continuidade* da questão penitenciária¹⁰.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICA CRIMINAL

As teses sobre contrato social – Hobbes, Locke, Rousseau –, apesar de suas diferenças, não abrem mão do principal: constituir uma ordem que prescreva valores e condutas para o bem viver, elencando uma série de proteções a serem garantidas por ela. Não à toa, figuras como o Leviatã – um monstro que luta com outros monstros, sendo a legitimidade sua única diferença – e a Vontade Geral são fundamentadas tanto no aspecto de sua superioridade ética como naquilo que eliminam ou evitam.

Na promessa da garantia da harmonia do convívio social e do fim da barbárie, a *necessidade* do Estado e de sua forma jurídica, o contrato, segue como o roteiro até mesmo para autores contemporâneos, como Luigi Ferrajoli em seu *Direito e Razão*, que atualiza a iminência da “morte violenta” para a profecia da “anarquia punitiva”¹¹.

Desta feita, o protegido no contrato é o próprio fundamento de sua existência e, ao mesmo tempo, limite do poder político para que os promova ou proteja. Nesse sentido:

“Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a *um regime de direito*, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – tem a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado” (STRECK, MORAIS, 2000)

Nas constituições modernas, expressão legal do contrato social, são denominados *direitos fundamentais* o positivado acerca da dignidade do

¹⁰ Neste sentido, sintomática a recente manifestação de ex-membros do CNCP. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-25/membros-conselho-mj-rejeitam-posicoes-ministro-demitem>. Acesso em: 25 jan.2017.

¹¹ Em sua obra, abordando especificamente o sistema de garantias na seara penal, crítico da pena, o autor profetiza que este é um mal não tão ruim quanto a “anarquia punitiva”, segundo o jurista, o efeito de uma sociedade sem o Estado. Não mais uma origem pré-moderna, violenta, bárbara, anterior ao contrato o fundamenta, senão um futuro nestas características, investindo de *medo e insegurança* o futuro e não mais o passado.

homem, sendo central(izador) sua existência no ordenamento jurídico como um todo. Sobre tal centralidade na Constituição Brasileira:

“Essa afirmação tem dois fundamentos ligados mas distintos. Há aqui um fundamento filosófico, que dá conta da centralidade axiológica do homem e de sua dignidade, e um fundamento jurídico. Este, refletindo a centralidade filosófica do homem, organiza o sistema jurídico em torno e em função dos direitos fundamentais e prevê ainda mecanismos que reforçam esse *status* diferenciado, de que são exemplos a técnica das cláusulas pétras (CF, art. 60, §4º, IV) e a existência de remédio específico de proteção daquilo que a Carta de 1988 chama de “preceitos fundamentais” (CF, art. 102, §1º), categoria na qual se encontram, por certo, os direitos fundamentais.” (BARCELLOS, 2006)

Desta maneira, no exercício de definir um dos pontos de discussão deste trabalho, Direito Fundamental seria o fundamento positivado do contrato, no caso, a Constituição, sendo o norte do poder político, tanto no que compreende o que irá promover e proteger assim como os limites de suas ações e omissões para tal¹²: consubstanciando, desta maneira, o pilar do Estado de Direito.

Política Criminal, por sua vez, é o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação (BATISTA, 1990). Aparecendo como uma *ciência*, como um discurso que pretende se fundamentar em diferentes aspectos – filosófico, sociológico, antropológico e etc. – para firmar suas escolhas, a política criminal seria um ramo da ciência política, voltado para o controle dos comportamentos socialmente negativos e das situações problemáticas (BARATTA, 2011). Ainda em comparação com um aspecto mais amplo, a política criminal pode ser entendida como a *pariente pobre*¹³ da política social, haja vista via de regra as leis penais recaírem sobre os mais despossuídos, por conta da atividade da criminalização secundária – aplicação da lei penal pelas agências penais. Ainda sobre a definição:

“Para A. Bruno, a política criminal é “um conjunto de princípios de orientação do Estado na luta contra a criminalidade, através de medidas aplicáveis aos criminosos”. Para Basileu Garcia, “a política criminal

¹² Neste sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Público 65:31, 1983.

¹³ “parente pobre” SZABÓ, Denis. *Criminologia y política em matéria criminal*. Tradução de F. Blanco. México, 1980, p.169

examina o direito em vigor, precisando a sua idoneidade na proteção social, contra os criminosos e, em resultado dessa crítica, sugere as reformas necessárias. Verificando se a legislação vigente alcança sua finalidade, trata de aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinquência”. Para Marc Ancel, “todo mundo parece concordar com que a política criminal tem de início por objeto, indiscutivelmente, a repressão do crime, pelos meios e procedimentos do direito penal (ou mais amplamente, do sistema penal) em vigor.” (BATISTA, 1990, p. 34)

Independente da política criminal adotada, da considerada mais “conservadora” à alternativa¹⁴, seu escopo se dá em:

“precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, por conseguinte, notificar ao dogmático, ao parlamentar e ao juiz as consequências reais daquilo que o primeiro propõe e os demais decidem, assim como informar-lhes acerca do sentido político geral do quadro de poder em que tomam suas decisões, o qual pode ser liberal ou autoritário, garantidor ou policial, isto é, reforçador ou debilitador do estado de direito” (BATISTA, ZAFFARONI, et. al, 2011, p. 275)

A partir de tais elementos conceituais é possível prosseguir no presente ensaio buscando relacionar a política criminal e os direitos fundamentais.

2.1. Garantindo e reforçando o Estado de Direito

Conforme apontam os juristas brasileiros e argentinos, a política criminal não é neutra tampouco os signos que a definiram previamente. Lutar contra a criminalidade¹⁵ e defender a sociedade são abstratos e tomam interpretações diferentes, seja por um saber positivista, liberal ou marxista. Todavia, a presente discussão não se dá na adequação de *uma* política criminal com Direitos Fundamentais ou com a ordem Constitucional vigente, senão em

¹⁴ Para análises acerca das propostas político-criminais v. BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Revan, 2011. ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. REVAN, 2001. No mesmo sentido, sobre os efeitos das políticas criminais *latu sensu*, v. GARLAND, David. A Cultura do Controle - Crime e ordem social na sociedade contemporânea. REVAN, 2008.

¹⁵ Vale ressaltar que criminalidade é algo inexistente. Existe o criminalizado, o processo de criminalização, a ficção de uma conduta universal que captura uma situação complexa e complicada e dá ao instante absorvido pelo tipo penal o estigma de crime e ao seu agente o de criminoso. Neste sentido, v. HULSMAN, L., & CELIS, J. D. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2^a. Edição. Luam, 1999.

que medida *qualquer* política criminal subsistiria condicionada aos *direitos fundamentais*.

Pela explanação prévia destes, fica claro que independente do discurso que se pretenda adotar para analisar a realidade do sistema penal com vistas a fundamentar *uma* política criminal, esta mesma está intrinsecamente vinculada aos *direitos fundamentais*. Tanto existe para, no que tange a sua especificidade, perseguí-los, como está limitada pelo respeito a garantia de que eles não sejam violados. Isto é, em suma, uma política criminal *possível* num Estado de Direito – fora deste limite, teríamos a descrição não de *uma* política criminal, mas da explícita suspensão do Estado de Direito.

2.2. A questão penitenciária¹⁶

O controle social, normalmente entendido como privativo à questão criminal, não se limita a legislações penais e muito menos à penas privativas de liberdade. Tanto se controla uma sociedade por toda a sua estrutura institucional – ex. escolas, quartéis, hospitais e etc. –, em sua funcionalidade e efeitos, como por uma série de criações de expectativas que geram obediência e unidade comportamental – ex. proibido e liberado, vergonha e prestígio, sensação de segurança e etc. Não à toa, diversos proponentes do *fim do sistema penal* fazem questão de diferenciar sua posição entre oferecer uma *alternativa*¹⁷ e simplesmente pugnar pelo seu desaparecimento¹⁸.

Todavia, no presente esforço, independente de como se compreenda o alcance de uma política criminal, é comum aos entendimentos supra que, se

¹⁶ No momento atual, de “caos prisional”, imperioso indicar a leitura da obra *A Questão Penitenciária* de Augusto Thompson. As conclusões contidas ali, tanto no desenvolvimento de suas edições, como na 3ª, datada de 1991, torna sintomático o estado de cumplicidade dos partícipes do sistema penal, de seus pensadores aos seus executores, em não levá-las adiante ou mesmo destacá-las em seu cotidiano.

¹⁷ Neste sentido, a diferença proposta por Baratta entre uma política criminal e uma política penal, onde o primeiro, ainda se mantendo o controle social, seria distinta da segunda pelo descrédito e superação da solução criminalizante. “Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional”. BARATTA, Alessandro. Op. Cit. p. 201.

¹⁸ Para indicações sobre *abolicionismo penal* v. PASSETTI, Edson. *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Revan, 2005 e Núcleo de Sociabilidade Libertária – Nu-SOL – PUC/SP.

concentrando no sistema penal, tenhamos partes como a política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional) (BATISTA, 1990). Desta feita, é nesta última classificação da política criminal que serão concentrados os esforços na segunda parte deste trabalho, na qual se examinarão os limites impostos pelos *direitos fundamentais* ao gênero penitenciário da *política criminal*.

Logo, a partir de uma interpretação do disposto no texto Constitucional, especialmente atinente à execução penal, e de toda a fonte legislativa possível que discipline a matéria, será verificado, em vias de tornar *possível*, qual limitação a política criminal brasileira tem em decorrência dos *direitos fundamentais*, ou melhor, quais são as condições mínimas para se poder falar naquela e não, conforme já se apontou, na violação do Estado de Direito e, em última instância, da suspensão da própria obediência ao contrato social vigente.

3. LEGALIDADE

Conforme visto, a Constituição aparece, contra factualmente ou não, como o *primeiro diploma* de uma ordem jurídica; uma nova carta magna propõe uma nova *ordem* a ser defendida e, por conseguinte, novas tipificações centrais e centralizadoras na forma de *direitos fundamentais*. As leis que ocorram após a nova Constituição de lá derivam – em seus valores, complementaridade e etc. – ou por ela são avaliadas, vide a atividade de *controle de constitucionalidade* exercida pelas cortes constitucionais. Nesse sentido, o Direito Constitucional Positivo é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor que tem o status de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema (BARROSO, 2011).

Desta feita, os dispositivos examinados neste capítulo se dão numa análise que respeite a ordem constitucional e os direitos fundamentais nela tipificados, numa interpretação sistemática que dê conta de vincular a valoração do grafado na Constituição ao resto da produção legal. Por se tratar de garantias individuais, em matéria tão periclitante a estas como na execução penal, vale ressaltar novamente a vinculação do poder político ao protegido pelo contrato, na medida em que o corpo legal a posteriori funciona como

garantia frente ao poder executório do Estado.¹⁹ Isto posto, antes de fazer o exame legal propriamente dito, alguns comentários sobre o princípio da legalidade em relação a matéria examinada.

3.1. Princípio da Legalidade

Na relação Estado e Indivíduo, mediada pelo contratualismo, a liberdade é vista como uma ideia, um bem limitado pelas leis que concorrem para a maior potencialização de livre desenvolvimento do indivíduo – seja numa perspectiva liberdade-propriedade, de princípios individualistas liberais, seja numa liberdade-dignidade de princípios republicanos²⁰.

Dispondo da sua liberdade, condicionando-se ao modo de vida emanado pelo contrato, saber quais atos não violariam os limites dispostos por ele torna-se uma decorrência natural da funcionalidade da prescrição de condutas que harmonizem o convívio humano. No caso de proibições, uma das funcionalidades seria a dissuasão de suas práticas²¹, e decorrentes efeitos de eventual transgressão. Com a revolução burguesa, esse raciocínio, especialmente no âmbito penal, se tornou o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal (BATISTA, 1990).

“A expressão constitucional do princípio da legalidade aparece historicamente ligada à própria origem do constitucionalismo, à Declaração de Direitos de Virgínia (1776), à Constituição Norte-Americana (1787)²² e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). No âmbito penal, foi o princípio formulado por Feuerbach, mediante três fórmulas latinas (*nulla poena sine lege, nulla*

¹⁹ É interessante perceber que toda a história do contratualismo, principalmente em relação ao poder penal e ao poder tributário, se dá como garantia ao poder superior do Estado frente aos indivíduos, especialmente quando se tenta interpretar leis penais fora do aspecto “garantidor”. Falar em “Garantismo Penal” como *uma* interpretação das leis e não como a única é sintomático em meio a tanta confusão por parte de juristas e *especialistas* no que tange à questão criminal, especialmente quando se trata sobre as penas.

²⁰ Para um outro conceito de liberdade, v. PROUDHON, Pierre-Joseph. Do principio federativo. Tradução e apresentação Francisco Trindade. São Paulo: Imaginario: Nu-Sol, 2001.

²¹ Função de efetividade extremamente duvidosa. Nesse sentido, v. BARATTA, BATISTA, HULSMAN, ZAFFARONI, e outros.

²² Sobre a cláusula, 3^a Sec. 9^a do art.1 desta, PASCHAL, Jorge W. *Lá Constitucion de Los Estados Unidos*, p. 463; TIFFANY, Joel. *Gobierno y Derecho Constitucional*, p. 309; COOLEY, Thomas, p.6

poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali), cuja síntese converteu-se em seu enunciado corrente.” (BATISTA, ZAFFARONI, 2011, p. 202)

Assim, este raciocínio que deposita na lei sua garantia para delimitar no que o contrato não afeta sua liberdade e, mais ainda, *como* o faz, é reconhecido como o *princípio da legalidade*, e para a presente análise, ressalte-se:

“Por um lado a resposta pendular aos abusos do absolutismo, e por outro a afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.” (BATISTA, 1990, p.63)

O princípio da legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais (ASSIS TOLEDO, 2007), gerando tanto a previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado (ROXIN, 1981) e a confiança e predisposição a aceitar e participar submeter-se ao tratamento criminal caso condenado, compreendido como o sentimento de segurança jurídica (ZAFFARONI, 1986) que pode ser verificado na medida em que são garantidos os *direitos fundamentais*, neste exame, garantia de que não será submetido a coerção penal distinta da disposta em lei.

Figurando entre os *direitos e garantias fundamentais*²³ da constituição e sendo ratificado nos diplomas infraconstitucionais²⁴ e *internacionais*²⁵, a abrangência do princípio interpreta a *cominação legal* como a atividade do legislador, sua aplicabilidade pelo juiz e sua execução pela administração.

²³ Artigo 5º, XXXIX, CF/88 – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nas outras constituições: Art. 149, nº11, C/1824; Art. 72, §15, C/1891; Art. 113, nº 26, C/1934; Art. 122, nº13, C/1937; Art. 141, § 27, C/1946; e sendo sintomático para compreender sua aplicabilidade e *força normativa*, Art. 153, §16, C/1967 e EC/1969.

²⁴ Art. 1º do Código Penal Brasileiro/40 – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Artigo 45 da Lei de Execução Penal/84 – Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

²⁵ Art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem; Itens 29 e 30.1 das Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos da ONU; Art. 9º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU; Art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos; Princípio 2 do Conjunto de Princípios da ONU para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.

Nesse sentido, a lei não só exclui *as penas ilegais* como constitui a pena legal, isto é, que tem seu padrão mínimo mensurado pela produção legislativa *constitucional*²⁶.

3.2. Limitação única de uma política penitenciária

O discurso dominante da execução penal²⁷ é que seu sujeito e razão de ser é a pessoa presa (BRITO, 2013; ROIG, 2016) o que importa no reconhecimento de que entre a sentença declarada – tempo físico e linear, superficial como a contagem de um calendário – e sua execução – tempo existencial e único, fruto da vida em si – há uma disparidade irreconciliável. Enquanto a *pena cominada* entendida como o parâmetro temporal-linear aplicada na condenação se trata de uma resposta universal-universalizadora fundamentada numa homogeneidade-homogeneizadora²⁸, sua compreensão pela concreta execução da pena a investe de garantias reconhecidas nas leis e disposições *constitucionais*, vinculando não só a sua atividade executiva como atestando sua respectiva jurisdicionalidade²⁹.

Por fim, o disposto na Constituição sobre a Individualização da Pena (Art. 5º, XLVI) opera como única exceção ao princípio da legalidade, significando que tal garantia não se opera em prejuízo do condenado, e que todo o corpo legal que disciplina aplicação de penas, da proscrição das penas cruéis a prescrição das *penas legais*, tem na forma jurídica destas, as sanções aplicadas pelo Estado que não interferem nos outros direitos e garantias dos encarcerados³⁰, raciocínio disposto pelo Código Penal³¹ e pela Lei de Execuções Penais³².

²⁶ Neste sentido, e no já exposto até aqui acerca dos fundamentos do contratualismo e da constitucionalização do Direito, com tradução para o português do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, 1991. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002. ALEXANDER, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri, 1997. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madri, 1999.

²⁷ Que conta com acepções diferentes, nem sempre reconhecendo o caráter irracional de sua proposta.

²⁸ A consequência jurídica de algo abstrato (crime) é também abstrata, assim como seu critério de mensuração, o que conflita com o Princípio da Humanidade, preceito fundamental de qualquer constituição moderna.

²⁹ Nesse sentido, v. DE CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *Controle da Legalidade na Execução Penal*. Porto Alegre, 1988.

³⁰ O que se faz impossível. Neste sentido, sobre os efeitos intrínsecos do encarceramento, *Pains of Imprisonment v. SYKES*, Gresham. *The Society of Captives*:

Nesse sentido, como *limitação única* de uma política criminal pautada pela Constituição e pela centralidade dos *direitos fundamentais*, no referente à questão penitenciária:

“Todos estes dispositivos legais e recomendações demonstram que os efeitos da condenação penal devem se circunscrever estritamente aos gravames legais ou judiciais, não sendo legítimas quaisquer outras sanções ou restrições ao condenado ou internado, sob pena de desvio de execução. O sacrifício de outros direitos fundamentais, além do que previamente determinado, torna a pena desumana e, portanto, ilegal a sua execução³³.” (ROIG, 2016)

Não custa advertir, embora não seja o escopo do presente, que esse ideal de que os efeitos da condenação penal não importem outras restrições ou sanções no mundo da vida são quimeras vez que a pena ,destacadamente a privativa de liberdade, é uma máquina de moer não só a carne, mas também o espírito humano.

3.3. Reserva legal do castigo

Conforme visto anteriormente, o princípio da Reserva Legal dispõe sobre o que não está proibido, apontando para uma clareza da definição legal, especialmente no âmbito aqui trabalhado³⁴. Fosse este aplicado à pretensão executória do Estado frente ao indivíduo, teríamos como sua manifestação os diplomas que disciplinam tal relação, começando pela Constituição Federal.

Neste sentido, proíbe-se o tratamento desumano ou degradante, assim como a tortura (Art. 5º, III), vedando-se as penas de morte (salvo em caso de

A maximum Security Prison Research. 1958 e “A limitação de direitos é por natureza, dessocializadora, no exato sentido em que exclui o recluso do seu estatuto social normal” em RODRIGUES, Anabela Miranda. *Temas fundamentais de execução penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.24, p.11, São Paulo, out. 1998.

³¹ Art. 38 do Código Penal – O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

³² Art 3º da Lei de Execuções Penais – Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

³³ Nesse sentido, acerca do limite da pena legal se, ultrapassado, configura a pena proibida, v. PAVARINI, Massimo. *Vivere in menodi 3 metriquadriati. Quando la pena carceraria è disumana e degradante*. Disponível em http://www.ristretti.it/commenti/2013/marzo/pdf/articolo_pavarini.pdf. Acesso em 30 jan.2017.

³⁴ Sobre isto, em especial à normas penais, v. *Princípio de Estrita Legalidade* em FER-RAJOLI, Luigi. Op. Cit. p.66.

guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis (Art. 5º, XLVII). A Constituição, em suas disposições primárias sobre o castigo pautado pelo contrato, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (Art. 5º, XLIX) e dispõe por quais meios as penas se darão (Art. 5º, XLVI).

É importante notar a importância da sistematização destes dispositivos, para o que concerne neste trabalho, no seu caráter constitutivo da *pena legal*, que correlaciona o exercício hermenêutico de “tratamento desumano ou degradante”, “tortura” e “cruéis”, com o “respeito à integridade física e moral”. Para além de interpretações pontuais, caso a caso, que *flexionem a taxatividade legal por conta da individualização da pena*, operando em *único sentido possível*, a saber, *o mais benéfico*, encontrar o que não seria uma pena dos termos do inciso III e XLVII e que ao mesmo tempo respeite o disposto no inciso XLIX é o mesmo que localizar no concreto exercício executório da pena, no mínimo, o *disposto em toda a legislação de garantias individuais e execução penal*.

Desta feita, não só o disposto na Constituição e na Lei de Execuções Penais, como nas Resoluções do CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária³⁵, nas portarias do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional³⁶ e do CNJ – Conselho Nacional de Justiça³⁷, assim como portarias interministeriais, como é o caso das do Ministério da Saúde³⁸. O sentido hermenêutico é o mesmo no caso das normas *internacionais*, haja vista a prevalência dos Direitos Humanos (Art. 4º, II) e equivalência de emendas constitucionais a tratados e convenções internacionais sobre Direitos

³⁵ Todas as Resoluções disponíveis em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes>. Acesso em: 30 jan.2017.

³⁶ Todas as Portarias disponíveis em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/sistema-penitenciario-federal/normatizacao> acessado em 30/01/2017.

³⁷ Portarias, assim como seus respectivos programas e publicações disponíveis em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal> acessado em 30/01/2017. Sobre a matéria, ver em especial o Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>. Acesso em: 30 jan.2017.

³⁸ Nesse sentido, v. Portaria que institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html. Acesso em: 30 jan.2017. 2ª edição do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf. Acesso em: 30 jan.2017.

Humanos assinados pelo Brasil (Art. 5º, LXXVIII, §3º) dispostos na Constituição Federal.

Desta feita, como delineadores da pena legal, incorrem também o descrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁹, nas Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos da ONU⁴⁰, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU⁴¹, na Convenção Americana de Direitos Humanos⁴², no Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU⁴³, nos Princípios Básicos para o tratamento de reclusos da ONU⁴⁴, na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU⁴⁵ e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura da OEA⁴⁶.

Por fim, a evidência que a sistemática dos diplomas legais – infraconstitucionais ou de seu mesmo valor hierárquico – consubstanciem normas de efetividade peremptória, pois tratam da própria legitimidade da Constituição e do Estado de Direito, seu respeito, ou seja, a aplicação de *penas legais* se mede pela execução penal operada a partir de todos os seus desígnios positivados, entendendo estes como mínimos, sendo qualquer violação entendida como *desvio de execução*, suspendendo assim sua legalidade e servindo como fundamento de sua revogação, haja vista a *ilegalidade da pena*. Uma política criminal no gênero penitenciário que respeite os direitos

³⁹ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 30 jan.2017.

⁴⁰ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>. Acesso em: 30 jan.2017.

⁴¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 jan.2017.

⁴² Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencaoamericana.htm>. Acesso em: 30 jan.2017.

⁴³ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>. Acesso em: 30 jan.2017.

⁴⁴ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/PrincBasTratRec.html>. Acesso em: 30 jan.2017.

⁴⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 30 jan.2017.

⁴⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm. Acesso em: 30 jan.2017.

fundamentais pauta-se pelo estrito cumprimento das normas aqui apresentadas.

3.4. O Controle Jurisdicional – ADPF 347 e o RE 592.581

Feita a explanação dispositiva supra, vamos analisar brevemente dois julgados do Supremo Tribunal Federal que analisaram questões de fato e de direito concernentes à execução penal brasileira. A presente exposição evidencia tanto como a Corte Constitucional do país dá valor de *reiterada violação a direitos fundamentais no cárcere brasileiro*, coadunando-se com a interpretação legal exposta, assim como quais foram as medidas tomadas.

O Recurso Extraordinário 592.581⁴⁷ foi interposto contra um acórdão do TJMS que reformava sentença no sentido de que o judiciário não poderia, ainda que fundamentado na dignidade da pessoa humana, obrigar a administração estadual a efetuar obras com fim de adequar a estrutura carcerária aos parâmetros legais, pautando-se na separação dos poderes e na reserva do possível. Com a *questio iuris* estabelecida pela preponderância ou não da reserva do possível e da tripartição de poderes frente a violações de direitos fundamentais, com aqueles superiores à própria justiciabilidade de garantias constitucionais, o STF declarou a repercussão geral do tema no seguinte sentido⁴⁸:

“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”

⁴⁷ STF, RE 591.582, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 13.08.2015.

⁴⁸ A presente exposição limita-se à observação dos julgados no que concerne sua interpretação acerca dos direitos atingidos na materialidade da execução penal brasileira, assim como seus desdobramentos no sentido de pautar uma política criminal. Para uma análise do referido Recurso Especial no tocante ao *ativismo judicial* da Corte, v. LEGALE, Siddharta. MARTINS, Alisson Silva. Parâmetros para o Acesso à Justiça em um estado de coisas inconstitucional: A dignidade dos encarcerados e a Ação Civil Pública de Uruguaiana. In: VIEIRA, CAMARGO, LEGALE (Coords.) *Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional*.

Dessa feita, a análise da realidade carcerária fez preponderar a decisão do judiciário que colocaria abaixo dos direitos consignados na Carta Magna, especialmente o direito dos presos, a “autonomia do Executivo” e a “reserva do possível”, ainda que em momento de delicada situação econômica das unidades da federação.

Em todos os votos – com diferenças acerca de em que grau poderia se exigir uma hipertrofia do judiciário frente ao executivo – os ministros deixaram claro que as situações opostas às descritas na lei e observadas na unidade prisional em questão, a casa de albergado de Uruguaina, estão inadequadas a uma ordem jurídica ancorada na dignidade da pessoa humana, ou seja, esta não estaria sendo respeitada em nenhum sentido possível.

Lembrando diferentes dispositivos da LEP e de tratados internacionais, mas apontando o desrespeito a todos estes corpos legais, o decano da corte apontou para a anormalidade entre realidade carcerária e o disposto da Lei de Execuções como *desvio ou excesso de execução* (Art. 185, LEP), assim como não só a “superlotação” carcerária foi destaque da ilegalidade geral como até mesmo o espaço celular individual de 6 m² (Art. 88, LEP) foi destacado pelo Min. Gilmar Mendes como garantia a ser cumprida em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Para a Corte Constitucional, a violação de direitos fundamentais é suficiente para o agir do judiciário em garantir estes. Com a repercussão geral do tema e fixação da tese, um dos desdobramentos desta decisão seria o de que, observado o desrespeito às garantias estabelecidas ao preso pela legislação, o judiciário poderia tomar providências a sanar ou impedir tal violação. No caso concreto e na repercussão, isto significou determinar ações da administração para obras de infraestrutura.

Em outra atividade da Corte, o julgamento da liminar da ADPF 347⁴⁹, foi reconhecido o *estado de coisas inconstitucional*⁵⁰ do sistema penal

⁴⁹ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.09.2015, Dje 18.02.2016.” CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.

brasileiro. Para este trabalho, a configuração desta tese em sede judicial, especialmente no âmbito da Suprema Corte do país, classificando-a como *situação degradante das penitenciárias no Brasil, violação massiva de direitos fundamentais, condições desumanas de custódia, descumprimento de preceito fundamental*, importa dizer que toda a produção legislativa acerca da *pena legal*, isto é, a *única que não tem sua revogação imediata por ferir direitos fundamentais*, não foi tampouco está sendo respeitada no país. Em outras palavras, o referido julgamento cautelar analisou a produção executória da pena face a seus limites legais e declarou sua total inadequação, ou seja, *a continuada ilegalidade da pena de prisão no Brasil*⁵¹. Os efeitos desta declaração, em sede do pedido lastreado pela teoria do *estado de coisas inconstitucional*, foram dois, especialmente ligados à política criminal do país: o primeiro, o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional para obras de infraestrutura com fins de atender a estrutura penitenciária positivada em leis e estabelecendo, em todo o país, o sistema de Audiências de Custódia, nas quais a autoridade judicial examinaria a legalidade do flagrante antes de convertê-lo em prisão provisória num prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, sendo o irrestrito e desregulado uso deste expediente apontado como um dos problemas da atividade jurisprudencial penal, corroborando maciçamente para a superlotação⁵².

⁵⁰ Sobre o ECI e as decisões da Corte Colombiana, v. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional*. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

⁵¹ Sobre as condições carcerárias, v. os diversos relatórios de inspeção prisional produzidos no país, em especial os do NUDEDH – DPGE – Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria do Estado do Rio de Janeiro, do MEPTC/RJ – Mecanismo de Combate e Prevenção à Tortura do Rio de Janeiro, disponíveis em: <https://drive.google.com/file/d/oByIgDzCTzaAEeGo3dDVhMocxaUo/view>, <https://drive.google.com/file/d/oByIgDzCTzaAELUZMYnlpdVJUaEo/view>, <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/09/quando-a-liberdade-e-excecao.pdf>, <https://drive.google.com/file/d/oByIgDzCTzaAEMUVxcEh5VEJzYoo/view>. Acesso em: 30 jan.2017. Ver demais relatórios, muitos presentes no anexo do pedido da ADPF 347, em especial os da Pastoral Carcerária e do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública de São Paulo.

⁵² Sobre o excesso de prisões provisórias no país e seu impacto na população carcerária, v. SANTOS, Rogério Dutra dos. *Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)*. Série Pensando o Direito, nº 54. IPEA, Ministério da Justiça. Brasília, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Pod_54_Rogério_final_web-1.pdf. Acesso em: 30 jan.2017.

4. LETALIDADE

Fosse a anterioridade pública e explícita do exercício estatal condição *sine qua non* para que ele se desenvolvesse, como os teóricos da racionalidade contratualista, moderna ou contemporânea, defenderam acima, em matéria de execução penal, isto seria *impossível*.

Excetuando-se a hipótese do medievo de castigos corporais, não se sabe, taxativamente, quais seriam os efeitos do sequestro existencial operado pelo cárcere, e ainda que se destacassem a natureza frustrante e castradora ao extremo do aprisionamento (SYKES, 1958), junto da sua privação de liberdade⁵³, de bens e serviços⁵⁴, de autonomia⁵⁵ e de segurança⁵⁶, uma

⁵³ Sobre a Privação de Liberdade “Não é difícil ver esse isolamento como uma dolorosa privação ou frustração em termos de relações emocionais perdidas, de solidão e tédio. Mas o que torna esta dor d prisão mais profundamente sentida é o fato de que o confinamento do criminoso representa uma rejeição moral deliberada do criminoso pela comunidade livre (...) De alguma forma, essa rejeição ou degradação pela comunidade livre deve ser repelida, desviada, tornada inofensiva. De alguma forma o criminoso preso deve encontrar um dispositivo para rejeitar seus rejeitores, se ele quiser se manter psicologicamente estável.” SYKES, Gresham. Op. Cit. p.67. Tradução minha.

⁵⁴ Sobre a Privação de Bens e Serviços “Agora, na cultura ocidental moderna, os bens materiais são uma parte tão importante da concepção do indivíduo de si mesmo que ser despojado deles é ser atacado nas camadas mais profundas da personalidade. Isto é particularmente verdadeiro quando a pobreza não pode ser desculpada como um acidente cego do destino ou uma calamidade universal (...) empobrecimento permanece como um dos ataques mais amargos sobre a auto-imagem do indivíduo que a nossa sociedade tem para oferecer e o prisioneiro não pode ignorar as implicações de suas circunstâncias difíceis. Quaisquer que sejam os desconfortos e irritações que a existência espartana do prisioneiro possam ser, ele deve carregar o fardo adicional de definições sociais que o enquadram a partir da sua privação material como inadequação pessoal.” Op. Cit. p.70 Tradução minha.

⁵⁵ Sobre a privação de Autonomia “O ponto importante, porém, é que a frustração da capacidade do prisioneiro de fazer escolhas e as recusas frequentes que recebe para fornecerem uma explicação para os regulamentos e os comandos da equipe burocrática envolvem uma profunda ameaça à auto-imagem do prisioneiro porque reduzem o prisioneiro o estado fraco, impotente, dependente da infância. Como Bettelheim observou em seus comentários sobre o campo de concentração, os homens sob guarda estão em constante perigo de perder a sua identificação com a definição normal de um adulto e o criminoso preso encontra sua imagem de si mesmo como um ser individual que teve sua auto-determinação destruída pelo regime dos agentes. (...) Essas coisas podem ser tanto irritante e preocupante para uma criança, especialmente se a criança imagina-se como tendo superado tal servidão. Mas para o adulto que escapou de tal desamparo infantil com a passagem dos anos, ser empurrado de volta para impotência da infância é ainda mais doloroso, e o preso deve de alguma forma encontrar um meio de lidar com este problema.” Ibid. p.76. Tradução minha.

⁵⁶ Sobre a privação de Segurança “Suas expectativas sobre o comportamento alheio é destruída, incapaz e sem vontade de contar com os funcionários para a proteção, incertos se a piada de hoje será o insulto amargo de amanhã, o presidiário nunca pode

obviedade estaria positivada em lei: a incompatibilidade da prisão com o projeto do humanismo iluminista.⁵⁷

Todavia, a frutífera atividade legislativa na questão não foi em vão: se o tempo existencial é incomensurável⁵⁸, e isto não gerou efeitos para a vedação do encarceramento pelo legislador, a anterioridade do exercício do Leviatã na cominação penal se dá, como já disposto, no corpo legal que delimita o castigo – fora deste design positivo, a pena é *ilegal*.

A *violação de direitos fundamentais* ou *execução penal ilegal* ou o *exercício ilegítimo do Estado*, não só é notório como chegou às Cortes Supremas, tendo elas decidido tanto pela ingerência judiciária ao executivo⁵⁹, no tocante a obras de infraestrutura, que não cessam tampouco reparam as violações a direitos e garantias, quando muito figuram como promessas de correto cumprimento de uma ou outra disposição legal, assim como pela implementação das Audiências de Custódia – embora reconheçamos sua importância como direito fundamental⁶⁰ e instrumento de controle do cumprimento de Direitos Fundamentais, sabemos ser incipiente por si sóis para conter este furor pela privação de liberdade, já que este se encontra em zonas muito mais profundas do ser humano, como o *desejo*⁶¹ – que,

se sentir seguro. E em um nível mais profundo reside a ansiedade sobre a sua reação a este mundo instável, pois então sua masculinidade será avaliada na opinião pública.” Ibid. p.78. Tradução minha.

⁵⁷ Sobre as considerações de GreshamSykes acerca dos efeitos do encarceramento numa aproximação com o cárcere brasileiro, em especial o do Estado do Rio de Janeiro, v. NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Abolicionismo Penal e Extensão Universitária. Monografia – UFF. 2016, pp. 19-27.

⁵⁸ Sobre esta incomensurabilidade, este total *desconhecimento* da pena, v. MATHIESEN, Thomas. PrisononTrial e, sobre a questão do tempo, BERGSON, Henri. *La pensée et le mouvant*. Paris, 1993. PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*.

⁵⁹ No sentido de decidir *pelos direitos fundamentais* em detrimento da *reserva do possível* e da *separação dos poderes*, além do STF v. STJ, AgRg no REsp 853.788/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, J. 17.08.2010, DJe 06.09.2010, STJ, AgRg no AREsp 333.509SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, J. 20.11.2014, DJe 26.11.2014; STJ, AgRg no REsp 1377122SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, J. 15.10.2013, DJe 25.10.2013; STJ, AgRg no Ag 1113086SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, J. 23.02.2010, DJe 08.03.2010.

⁶⁰NICOLITT, André; ROZA, Veneranda. Audiências de Custódia: entre a cultura punitivista e o encarceramento em massa: análise crítica e dogmática. *In: Audiência de Custódia*. Santoro, Antonio E. Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs). Belo Horizonte: D’Placido, 2017.

⁶¹ Neste sentido, v. o conceito de Sensibilidade Punitiva em NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Sensibilidade Punitiva e formação jurídico-penal: uma análise empírica. *Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 18, n. 2, p. 117-134, 2017.

diferentemente do sonho de muitos, lamentavelmente constata-se, não raro, que estão *prendendo mais do que soltando*⁶².

Dessa maneira, Judiciário e Executivo, neste episódio de *massiva e contínua violação de direitos fundamentais*, medem forças de maneira análoga à questão doutrinária sobre a natureza da execução penal, se esta é meramente administrativa ou jurisdicionalizada, numa menor ou maior escala. Em que pese a importância desta discussão, apesar deste artigo entender como decorrência óbvia da Constituição a opção pelo controle judicial absoluto, para além do exercício retórico entre poderes, o quadro de violação não se modificou.

A Constituição do Brasil é expressa quanto à prisão ilegal: dever ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (Art. 5º, LXV) e, sem desmerecer a justiciabilidade dos direitos sociais, assim como os debates feitos pela Corte e por tantos juristas que se dirigiam à questão nestes termos, como deixar passar que nenhuma das decisões ou ensaios tenha falado na *imediate* liberdade de todos aqueles que estão presos? Se a execução penal se dá numa prisão que não existe na lei⁶³, logo, evidenciado uma *prisão ilegal* e não há, conforme exposto, o seu imediato relaxamento, está configurada seu dever indenizatório – alguma palavra sobre a dívida incomensurável que o Estado tem com aqueles e aquelas que mantêm e manteve sob custódia *ilegal*?

Na tentativa de examinar a possibilidade de uma Política Criminal, em especial no gênero penitenciário, possível num Estado de Direito, chega-se a conclusão de que a experiência brasileira em seus âmbitos legislativo, judiciário e executivo é um fracasso quanto à legalidade e um sucesso em sua letalidade⁶⁴.

⁶² Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml>. Acesso em: 30 jan.2017.

⁶³ Neste sentido, entrevista dada por Luís Carlos Valois, Juiz da Vara de Execuções do Amazonas, ainda em 2013. Disponível em <http://racismoambiental.net.br/2013/03/01/toda-prisao-no-brasil-e-ilegal-porque-se-a-prisao-que-esta-na-lei-nao-existe-a-que-aplicamos-na-realidade-e-ilegal/>. Acesso em: 30 jan.2017.

⁶⁴ Segundo o Ministério da Justiça “A taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas em um semestre, o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano. Esse valor é mais do que seis vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2013.” Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopendez14.pdf>. Acesso em: 30 jan.2017.

REFERÊNCIAS

- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, v. 3, n. 17, p. 34, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- _____, et al. *Direito Penal Brasileiro*. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DE CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *Controle da Legalidade na Execução Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Temas fundamentais de execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.24, p.11, São Paulo, out. 1998.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde. Reus, 1981.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SYKES, G. M. *The society of captives: A study of a maximum security prison*. Princeton University Press, 1958.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina – informe final*. Depalma, 1986.