

Dezembro 2013

REVISTA

Edição Especial: Execução Penal

Arion Escorsin de Godoy
Daniel Nicory do Prado
Domingos Barroso da Costa
Elizana Prodorutti Muhle
Irvan Antunes Vieira Filho
Janaina Rodrigues Oliveira
Laura de Ferreira Veitenheimer
Lucinara Oltramari
Mariana Py Muniz Cappellari
Mauro Kaufmann Pereira
Naira Sanches
Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Machado
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Coord. Editorial
Miguel Seadi Jr.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul**

Porto Alegre/RS

2013



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul / Defensoria
Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 4, (ed.esp.) – Porto Alegre:
DPE, 2013 –

Quadrimestral.

Modo de acesso:< <http://www.defensoria.rs.gov.br/revista> >

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes - CRB-10/1367

EDITORIAL

Nos últimos anos foi desvelado à sociedade brasileira o quadro repugnante de como tratamos as pessoas privadas de liberdade.

No Estado do Rio Grande do Sul, que atualmente encarcera quase trinta mil pessoas, escancarou-se na imprensa e na rede mundial de computadores, imagem por imagem, para quem quiser ver, os recônditos do “campo de concentração do Partenon”, ou da “masmorra do século 21”, assim designado o Presídio Central de Porto Alegre. O estado gaúcho, que no passado lutava por liberdade, igualdade e humanidade, palavras ainda registradas em sua bandeira, revela-se, hoje, um contumaz violador dos direitos humanos da pessoa presa.

Com deficit de mais de sete mil vagas, o sistema prisional do Estado padece de inúmeras mazelas, ineficiências e descasos de toda ordem que impedem a prevenção de crimes e a reabilitação dos condenados, replicando violência e infligindo forte tensão na segurança pública gaúcha.

Na tentativa de acompanhar a velocidade dessas violações, que se reproduzem em igual escala em todo o país, também nos últimos anos a execução penal brasileira passou por ajustes importantes, carecendo a literatura especializada de uma visão moderna e humanizada desses temas jurídicos e socialmente relevantes.

Daí a ideia gestada, na extinta Coordenadoria das Casas Prisionais, encampada pelo Núcleo de Defesa em Execução Penal (Nudep), no sentido de lançar uma edição da REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA só com temas relacionados à execução penal. O leitor receberá na publicação apresentada, os retratos dessas mazelas, a rediscussão de alguns institutos desse ramo de direito (como a remição, o indulto, o trabalho prisional e a data-base) e novas perspectivas para o sistema prisional (como o monitoramento eletrônico, o método APAC, e o impacto do projeto do novo Código Penal). Finalmente, possibilita reflexões sobre a atuação da Defensoria Pública diante das recentes modificações legislativas, agora como órgão da execução penal garantidor dos direitos humanos. Não por outra razão, o lançamento dessa edição especial ocorre na data do aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Enfim, momento mais oportuno não haveria para o lançamento desta publicação destinada a todos interessados no aperfeiçoamento do sistema prisional e, especialmente, aos Defensores Públicos, visando uma atuação integrada e harmônica, disseminando teses jurídicas e estimulando a qualificação institucional.

Porto Alegre, 10 de dezembro de 2013.

MIGUEL SEADI JR.

Defensor Público

Coordenador da Revista da Defensoria Pública da DPE/RS

IRVAN ANTUNES VIEIRA FILHO,

Defensor Público

Dirigente do Núcleo de Defesa em Execução Penal da DPE/RS

ALESSANDRA QUINES CRUZ

Defensora Pública

Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE/RS

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Marcelo Dadalt

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Luciana Pereira Kern

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Felipe Kirchner

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Maria de Fátima Zachia Paludo

SUBCORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Rafaela Consalter

COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Miguel Seadi Jr.

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Domingos Barroso da Costa

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

Vivian Rigo

SUMÁRIO

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL: OS NOVOS PARADIGMAS TRAZIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 132, DE 2009, E PELA LEI Nº 12.313, DE 2010 11

Irvan Antunes Vieira Filho

DA VIABILIDADE DO ENCAMINHAMENTO DA REPRESENTAÇÃO CASO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE (PCPA) À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL..... 47

Mariana Py Muniz Cappellari

O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS NO BRASIL 77

Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

O TRABALHO DO PRESO E SUA REMUNERAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES, INCLUSIVE NO PERTINENTE À REALIDADE PRISIONAL GAÚCHA..... 95

Lucinara Oltramari e Naira Sanches

PERDA DA REMIÇÃO: NOVA LEI, VELHAS PRÁTICAS 109

Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Machado

A DATA-BASE NA EXECUÇÃO CRIMINAL 121

Laura de Ferreira Veitenheimer e Mauro Kaufmann Pereira

SOBRE A VEDAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL À APLICAÇÃO JUDICIAL DO INDULTO E DA COMUTAÇÃO EM BENEFÍCIO DE CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS..... 137

Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa

UMA EXPERIÊNCIA POSITIVA NO SISTEMA PRISIONAL: O MÉTODO APAC..... 151

Elizana Prodorutti Muhle

PROJEÇÃO DO IMPACTO DO PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM TRAMITAÇÃO NO SENADO (PLS 236/2012) SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DADOS DO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO PENITENCIÁRIA (INFOPEN) 167

Daniel Nicory do Prado

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL: OS NOVOS PARADIGMAS TRAZIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 132, DE 2009, E PELA LEI Nº 12.313, DE 2010

Irvan Antunes Vieira Filho¹

RESUMO: O presente ensaio tem por objetivo analisar a postura da Defensoria Pública na execução penal a partir do advento da Lei Complementar nº 132, de 2009, que modificou a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, e da Lei nº 12.313, de 2010, que modificou a Lei de Execução Penal. Para tanto, apresenta as referidas alterações legislativas e discorre sobre a necessidade de trazer a Defensoria Pública para o interior da LEP, traçando o significado de “órgão da execução penal” e definindo como doravante deverão ser pautadas as relações da Defesa Pública com o processo de execução penal e com os demais protagonistas do mecanismo executivo penal. Na sequência, enfatiza o empoderamento da atuação fiscalizatória da Instituição, relevando uma postura mais abrangente que permite endereçar o seu agir em prol de qualquer pessoa presa, ainda que possua recursos financeiros e/ou tenha seus interesses defendidos por profissional de sua confiança, relevando, assim, o seu papel de tutora dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública – Órgão da Execução Penal – Alterações Legislativas – Novos Paradigmas – Atuação no Sistema Prisional.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama das últimas alterações legislativas. 3. A Defensoria Pública como órgão da execução penal. 4. As atribuições da Defensoria na Execução Penal. 5. A atuação protetiva da Defensoria Pública na Execução Penal. 6. A incumbência de visitar periodicamente os estabelecimentos penais e a estruturação das Defensorias Públicas. 7. A assistência jurídica integral e gratuita prestada no sistema prisional. 8. Considerações finais. 9. Referências.

¹ Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Assessor Institucional da Subdefensoria Pública-Geral para Assuntos Institucionais. Ex-Coordenador da extinta Coordenadoria das Casas Prisionais da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Dirigente do Núcleo de Defesa em Execução Penal da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (NUDEP). Membro da Comissão Especializada em Execução Penal do Colégio Nacional de Defensores-Gerais (CPEP-CONDEGE).

1 INTRODUÇÃO

O operador do Direito dotado de razoável senso crítico e que trabalha diariamente na execução penal certamente padece da nossa angústia e compartilha idêntica frustração. Angústia e frustração de constatar que o espaço destinado à execução das penas, principalmente aquelas privativas de liberdade, parece ser situado fora do território nacional brasileiro, onde a vintenária Constituição Federal, infelizmente, ainda não vigora em toda sua plenitude e os direitos fundamentais dos brasileiros subjugados pelo sistema prisional são sistematicamente ignorados, ou simplesmente afastados por um discurso fácil, que esquece a condição humana dessas pessoas para institucionalizar a diferença de tratamento entre o cidadão-debem e o delinquente, pensamento subproduto do denominado direito penal do inimigo².

Quem ousa evocar, no âmbito execucional, direitos individuais como a inviolabilidade da intimidade ou da vida privada, a presunção de inocência, o acesso à defesa técnica, os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, dentre tantos outros que poderiam ser citados, esbarra nos mais engenhosos argumentos arquitetados para sonegar ao preso quase que tudo que lhe identifica como uma pessoa humana, a ponto de transformá-los em figuras invisíveis aos olhos do poder. Como se percebe na perspectiva de Salo de Carvalho Carvalho é como se passassem (os presos) à situação de apátridas – de quem é espancada a condição de sujeito de direitos – inclusive, o de voz!³

Assim o é, com toda certeza, pela ideologia ainda impregnada no sistema penitenciário. Embora a legalidade deva ser o alicerce da execução penal, a punição/reinserção do preso, fins teleológicos manejados pelos até então principais

2 Como sintetiza Alexandre Morais da Rosa (O papel do Juiz Garantista e a Execução Penal em Tempos Neoliberais: Eichmann e Big Brother. In: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 323-324), “O Canto da sereia mais estridente é o representado pelo que **Jakobs** denomina 'Direito Penal do Inimigo'. Fundamentado retoricamente no contrato social, Jakobs defende que o 'inimigo' seria aquele que rompeu com as regras contraídas, justificando a visão de não-membro e, por via de consequência, a intervenção penal busca evitar os perigos que ele representa, podendo, assim, o Estado restringir para o 'inimigo' as normas – garantias – conferidas ao cidadão. A 'Defesa Social' e o 'direito penal do autor' retornam, sob nova fachada, mantendo, todavia, o lugar cativo. Estabelecida a distinção entre 'cidadão' e 'inimigo', para os últimos, na defesa dos bons cidadãos, deve-se, para Jakobs, restringir as garantias penais e processuais, por isso 'Direito Penal do Inimigo. Qualquer aproximação, pois, com os discursos da “Lei e Ordem” não é mera coincidência, dado que reeditam a necessidade de 'Defesa Social' redefinindo os 'tipos penais' para difusos 'bens coletivos', cuja densidade se mostra epistemologicamente impossível, e os 'papagaios jurídicos' se restringem a repetir, porque pensar complica a premissa maior e 'incontestável' da lei. Desconsidera-se, por evidente, a *dignidade da pessoa humana* e o *critério material* indicado por Dussel. Por isso é preciso resistir”.

3 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 170.

protagonistas da execução penal (Executivo, Judiciário e Ministério Público), repercutem no discurso de que os fins justificam os meios.

Nessa perspectiva, mesmo constitucionalmente consagradas garantias fundamentais aos condenados, o problema da sua ineficácia envolve justamente os personagens do *actus trium personarum* do processo executivo penal. Basta questionar a existência de fiscalização dos presídios, aplicação dos direitos públicos subjetivos dos condenados, investigação dos casos de tortura, acionamento da justiça por melhores condições de saúde nos presídios, assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa, que deveria estender-se inclusive ao egresso, sem esquecer de todos os demais direitos elencados na LEP⁴.

Um dos motivos pelo qual não releva a figura do condenado no processo executivo penal está, justamente, na dificuldade em ter efetivo acesso à assistência jurídica integral. Não obstante, se por um lado a história mostrou o equívoco na concepção de que na execução penal todos (juízes, promotores, servidores etc) são advogados do preso⁵, por outro testemunhou-se nos últimos anos iniciativas legislativas que objetivam efetivar o direito fundamental do pleno acesso à Justiça, despontando a importância de uma instituição para o sistema penitenciário brasileiro; a **Defensoria Pública**. Instituição que desempenha, então, o papel de instrumento para a realização dos direitos fundamentais⁶ e a promoção dos direitos humanos.

Nas linhas que abaixo seguirão, não se pretende esgotar, esmiuçadamente, toda a importância que a Defensoria Pública tem no sistema jurídico brasileiro, sequer no âmbito do direito penitenciário, mas apresentar reflexões sobre o advento da Lei Complementar nº 132, de 2009, e da Lei nº 12.313, de 2010, aquela a alterar a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80, de 1994), e essa a trazer importantes modificações na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984).

O singelo ensaio apresenta essas recentes mudanças legislativas com a intenção de suscitar a reflexão sobre aquilo que verdadeiramente são – *mudanças*.

4 CAVALCANTI, Eduardo M. O Ministério Público na Execução Penal. In: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 364.

5 LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. In: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 389.

6 SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **Direito fundamental à defesa criminal: um olhar sobre a Defensoria Pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal**. Porto Alegre, 2010. Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS. Orientação: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon. p. 12.

Mudanças essas tão importantes que representam um novo paradigma na atuação da Defensoria Pública na execução penal.

Para cumprir a tarefa, estrutura o texto apresentando as referidas alterações, e, na sequência, discorre sobre o que representa trazer a Defensoria Pública para o interior da Lei de Execução Penal um quarto de século depois de sua criação, e após a própria Constituição Federal defini-la como *instituição essencial à função jurisdicional do Estado*, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados (art. 134). Tentará traçar o que significa a titulação de *órgão da execução penal*, e como doravante deverão ser pautadas as relações da Defensoria Pública com o processo de execução penal, com a administração prisional, com o Poder Judiciário, com o Ministério Público, com os demais órgãos da execução e com as próprias pessoas recolhidas.

2 PANORAMA DAS ÚLTIMAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Como mencionado no introito, duas alterações legislativas redefiniram a Defensoria Pública no cenário normativo relacionado à execução das penas.

Se, na prática, os agentes da Defensoria Pública, autorizados pela incumbência constitucional de prestar orientação jurídica e a defesa dos necessitados⁷, já se faziam presentes nos estabelecimentos prisionais e nas unidades judiciárias encarregadas da execução de medidas restritivas de liberdade ou restritiva de direitos, a Lei Complementar nº 132, de 2009, e a Lei nº 12.313, de 2010, vieram preencher lacuna legislativa na regulamentação da sua atuação no âmbito execucional e, principalmente, prisional.

Primeiramente, em outubro de 2009, foi publicada a **Lei Complementar nº 132**, que alterou a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80, de 1994), reafirmando a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, da orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos

⁷ Constituição Federal, art. 134, *caput*. “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIX.”

necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Além de apontar como *objetivo* da Instituição, dentre outros, a primazia da dignidade da pessoa humana (art. 3º-A, inciso I, primeira parte), a prevalência e efetividade dos direitos humanos (art. 3º-A, inciso III) e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 3º-A, inciso IV), a Lei Complementar nº 132/2009 estabeleceu expressamente como *função institucional* da Defensoria Pública a *atuação nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes*, visando a assegurar às pessoas custodiadas pelo Estado, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais (art. 4º, inciso XVII).

Para cumprir eficazmente essa missão, determinou que esses estabelecimentos reservem *instalações adequadas* ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como forneçam apoio administrativo, prestem as informações solicitadas e assegurem acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos (art. 4º, § 11, da LONDEP).

Ainda com a alteração da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública restou garantida a participação, com direito a voz e voto, nos Conselhos Penitenciários (art. 18, inciso VII, art. 64, VIII, e art. 108, parágrafo único, inciso II) e a atuação nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao *atendimento jurídico permanente* dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar *instalações seguras e adequadas* aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública⁸ (art. 18, X, art. 64, inciso X e art. 108, parágrafo único, inciso IV).

8 Além disso, a alteração da LONDEP estipulou como **prerrogativas** dos agentes da Defensoria Pública comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus assistidos, ainda quando estes se acharem presos ou detidos, mesmo incomunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento (art. 44, VII, art. 89, inciso VII, e art. 128, inciso VI).

Na mesma linha, a **Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010**, alterou a Lei de Execução Penal, atribuindo à Defensoria Pública competência para a prática de diversos atos na fase de execução da sentença penal condenatória.

“A lei não transforma a realidade, mas sem lei a realidade não se transforma”⁹. E, assim, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passou a determinar, modo expresse, que as Unidades da Federação deverão dispor de **serviços de assistência jurídica, integral e gratuita**, pela própria Defensoria Pública, **dentro e fora dos estabelecimentos penais** (art. 16). Não apenas nos estabelecimentos penais haverá **local apropriado** destinado ao **atendimento** pelo Defensor Público (art. 16, § 2º), mas, também, em determinadas situações, deverá ter **instalação destinada à Instituição** (art. 83, §5º), de forma que as Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções (art. 16, § 1º). Fora dos estabelecimentos penais, determina a Lei que sejam implementados **Núcleos Especializados da Defensoria Pública** para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado (art. 16, § 3º).

Também pela Lei nº 12.313/2010, a Defensoria Pública foi erigida à categoria de **órgão da execução penal** (art. 61, VIII) e incluída como integrante do Conselho da Comunidade (art. 80).

A mudança legislativa ainda especificou que a Defensoria Pública **velará pela regular execução da pena e da medida de segurança**, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva (art. 81-A). Igualmente incumbiu à Defensoria Pública **requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo**, exemplificando a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; a declaração de extinção da punibilidade; a unificação de penas; a detração e remição da pena; a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança; a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o

indulto; a autorização de saídas temporárias; a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º do art. 86 desta Lei (art. 81-A, inciso I, alíneas).

Outrossim, cumpre ao Defensor Público fiscalizar a emissão anual do atestado de pena a cumprir (inciso II); interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução (inciso III); representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal (IV); requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (VI).

Encerrando, o inciso V do artigo 81-B prevê a incumbência de **visitar os estabelecimentos penais**, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade, e o parágrafo único desse dispositivo novamente prescreve que “o órgão da Defensoria Pública **visitará mensalmente os estabelecimentos penais**, registrando a sua presença em livro próprio”.

Assentadas essas premissas, resta refletir sobre o impacto da mudança no âmbito da organização penitenciária e na própria execução penal.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO DA EXECUÇÃO PENAL

Para a exata compreensão do que consistem (ou o que são) os órgãos da execução penal é necessário ter em mente as disposições do Título I da Lei de Execução Penais (*Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal*) ao prever que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º), bem assim, a determinação de que a jurisdição penal será exercida no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal (art. 2º), que ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º) e que o Estado deverá

recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança (art. 4º).

A doutrina atual converge para o entendimento de que a execução penal é atividade de natureza complexa – jurisdicional e administrativa –, ou seja, vincula-se às providências de natureza administrativa que ficam a cargo do Estado-Administração, mas nela também se desenvolve, e de forma preponderante, atividades jurisdicionais de competência do Estado-Juiz.

Para Leone¹⁰, (*apud* Lopes Jr.) a execução funde suas raízes em **três setores distintos**: no que respeita a vinculação da sanção como direito subjetivo estatal de castigar, a execução entra no **direito penal substancial**; no que respeita a vinculação com o título executivo, entra no **direito processual penal**; e no que respeita a atividade executiva verdadeira e própria, entra no **direito administrativo**, deixando sempre a salvo a possibilidade de episódicas fases jurisdicionais correspondentes. É a tradicional posição mista, que apesar de algum acerto, não soluciona o problema e tampouco se mostra mais adequada.

Enfim, já não se fala que execução penal se desenvolve numa relação jurídica meramente administrativa. Assenta-se que a LEP consagrou a jurisdicionalização da execução e que o condenado deixou de ser objeto e passou a sujeito da execução¹¹. Na esteira da doutrina italiana, e, entre nós, da de Espíndola Filho e Ada Grinover, com o advento da lei nº 7.210/84, embora a práxis possa indicar o contrário, ante a iniciativa de ofício, a precariedade de defesa e a adoção das conclusões periciais como razões de decidir, a execução penal deixou de ser atividade administrativa para, jurisdicionalizando-se, reger-se pelo princípio do devido processo legal, em nome da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana¹².

Sobre o assunto, Mirabete¹³ confirma que realmente, a natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do direito administrativo e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual. Há uma parte da atividade da execução que se refere

10 LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Vol. III. trad. de Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires. EJE. 1963. p. 472. *Apud* LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. *In: Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 374.

11 Nesse sentido: HC 2.696/MG, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 24/06/1994, DJ 26/09/1994 p. 256-268.

12 Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul n. 210. p. 182.

especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do Juízo da Execução ou atividade judicial da execução.

Como bem acentua Grinover¹⁴, não se nega que a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que desta atividade participam dois poderes: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e estabelecimentos penais.

Diante desse caráter híbrido e dos limites ainda imprecisos da matéria, afirma-se no item 10 da exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal “Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Conforme visto, os objetivos da execução penal, ou seja, a efetivação das disposições da sentença ou decisão criminal e oferecimento de condições para a harmônica integração social do condenado e do internado são alcançados mediante o exercício de uma atividade complexa exercida pelo Poder Executivo, pelo Poder Judiciário (Juízo da Execução), pelo Ministério Público, pela Comunidade¹⁵ e, agora, também pela Defensoria Pública.

Não se nega que a doutrina ao entender a natureza complexa da execução penal, vislumbra como participantes somente dois Poderes contidos na “separação de poderes” de Montesquieu – o Executivo e o Judiciário – que seriam os responsáveis pela aplicação da LEP, e, conseqüentemente, pela garantia dos direitos reservados aos condenados e internos. Mas, no Título III da LEP que trata “Dos órgãos da Execução Penal” é visto que a participação da pena não se restringe a esses dois poderes citados na natureza jurídica da execução penal.

A intenção do legislador ao colocar como órgãos da execução penal os poderes Executivo, Judiciário e juntamente as instituições do Ministério Público e,

13 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal: comentários a Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 20.

14 Enciclopédia de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 35 e GRINOVER, Ada Pelegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: **Execução Penal**. Vários autores. São Paulo. Max Limonad. 1987. p. 7.

15 LEITE, Rosimeire Ventura; CANELA, Kaelly Cristina. **Jurisdicionalização e órgãos da Execução Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, nº 863, p. 460-482, set. 2007.

agora, da Defensoria Pública, foi a de fortalecer o direito penitenciário, pois, novamente explicado nos itens 89 a 91 da Exposição de Motivos da LEP:

(...) diante das dúvidas sobre a natureza jurídica da execução e do consequente hiato de legalidade nesse terreno, o controle jurisdicional, que deveria ser frequente, tem-se manifestado timidamente para não ferir a suposta 'autonomia' administrativa do processo executivo. Essa compreensão sobre o caráter administrativo da execução tem sua sede jurídica na Doutrina política de Montesquieu sobre a separação dos poderes. Discorrendo sobre a 'individualização administrativa', Montesquieu sustentou que a lei deve conceder bastante elasticidade para o desempenho da administração penitenciária, 'porque ela individualiza a aplicação da pena às exigências educacionais e morais de cada um' (*L' individualisation de la peine*, Paris, 1927, p. 267/268). O rigor metodológico dessa divisão de poderes tem sido, ao longo dos séculos, uma das causas marcantes do enfraquecimento do direito penitenciário como disciplina abrangente de todo o processo de execução.

Enfim, a organização penitenciária, além dos estabelecimentos prisionais, do pessoal penitenciário e do estatuto jurídico do preso, também compreende os chamados **órgãos da execução penal**¹⁶, ou **órgão encarregados da execução**, como referido no item 85 da Exposição de Motivos, tendo suas atribuições estabelecidas na LEP de forma a evitar conflitos, realçando-se, ao contrário, a possibilidade da atuação conjunta, destinada a superar os inconvenientes graves, resultantes do antigo e generalizado conceito de que a execução das penas e medidas de segurança é assunto de natureza eminentemente administrativa¹⁷. A orientação preconizada na LEP, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de ser jurisdicionalizado, o que for possível, o *Direito de Execução Penal* (itens 88 e 92).

A Lei de Execução Penal em vários dispositivos prevê as incumbências destes órgãos da execução penal que procuram efetivar a correta aplicação daquela Lei, como também, o respeito aos direitos fundamentais dos condenados e dos internos. Os órgãos da execução penal foram estabelecidos no artigo 61 da LEP sem um rigor hierárquico, com a intenção de se estabelecer uma atuação conjunta e harmônica. Em suma, devem garantir o cumprimento da pena consentâneo com os

16 MESQUITA JR; Sidio Rosa de. **Execução criminal; teoria e prática; doutrina, jurisprudência, modelos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 141.

17 Sobre o assunto Grinover, Fernandes e Gomes Filho concluem que "A natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, ao contrário, ele há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos, mas que seja entendido em sua função garantidora, ficam asseguradas ao condenado as garantias constitucionais do 'devido processo legal'; o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual e par

princípios e demais normas que balizam a restrição da liberdade aplicada pelo Estado. Mais que isso, os agentes antes referidos devem caminhar com efetiva integração e confiança recíprocas, tudo com o fim de dar cumprimento ao que determina o art. 1º, da LEP, qual seja proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado. Sem essa visão, cada órgão da execução trabalhando de forma estanque, valorizando mais a forma do que o próprio fim da norma, não se conseguirá alterar o estado de caos em que se encontra o sistema carcerário do país.¹⁸

Diante de objetivos mais políticos que jurídicos, objetivou-se uma maior elasticidade no modo de tratar o condenado, de executar a pena e permitir uma dinamização de todo o processo executório. Destaca-se ainda, na atribuição das competências dos presentes órgãos, um sentido de jurisdicionalização da execução penal, juntamente com um caráter político criminal de participação da comunidade nesse processo, mediante a atuação dos patronatos particulares e do conselho da comunidade. Realmente, se o juízo competente, as autoridades administrativas responsáveis pela observância das regras carcerárias e a comunidade – fundamental na reinserção social do sentenciado – não atuarem com a unidade e o entrosamento necessários, será praticamente impossível a realização dos objetivos da execução penal e, como consequência, aumentarão os índices de criminalidade.¹⁹

Não obstante, diante do atual quadro do sistema prisional brasileiro, alicerçado no sistemático descumprimento das disposições da Lei de Execuções Penais e no desrespeito aos direitos fundamentais dos condenados, surgiu a necessidade de incluir também a Defensoria Pública no rol de entidades encarregadas da Execução, não apenas para promover a defesa dos presos necessitados²⁰, individualmente considerados, mas atuar como verdadeira tutora dos direitos humanos, do respeito à dignidade da pessoa humana, e como fiscal de diversos princípios constitucionais, como o da ampla defesa e do contraditório.

condicio". (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance Fernandes e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 255)

18 SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas**. Manaus: Auffero, 2012. p. 148.

19 LEITE, Rosimeire Ventura; CANELA, Kaelly Cristina. **Jurisdicionalização e órgãos da execução penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, nº 863, p. 460-482, set. 2007. p. 469.

20 É de se observar que a Ordem dos Advogados do Brasil ou mesmo a figura da advocacia, em que pese *indispensável à administração da Justiça* por expressa previsão constitucional (art. 133 da CF) continuam não sendo elencadas como órgão

Então, trazer a Defensoria Pública para as entranhas da Lei de Execuções Penais titulando-lhe como órgão da execução penal representa uma mudança de paradigma que não se pode ignorar. Mudança porque a Lei agora também lhe encarregou dessa atividade, introduzindo-a como protagonista do processo executório ao lado do Poder Executivo, do Judiciário, do Ministério Público e da comunidade, enfim, dos demais órgãos encarregados da execução.

Na Justificativa do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.313²¹, o Deputado Edmilson Valetim (PcdoB/RJ) referiu a existência de informações censitárias no sentido de que haveria, em nosso país, mais de quatrocentos mil presos, dos quais 80% (ou seja, aproximadamente 320 mil pessoas), não possuem condições financeiras de se fazerem representar judicialmente e extrajudicialmente, desconhecendo os seus direitos e se apresentando, na prática, como abandonados pelo Estado. Este foi o motivo pelo qual o projeto expôs a necessidade de aperfeiçoar a Lei de Execução Penal, conferindo à Defensoria Pública explicitamente o papel de órgão provedor da garantia do princípio constitucional de acesso à Justiça, no âmbito da execução da pena. Segundo corretamente exposto, “um dos instrumentos mais importantes para se galgar à inclusão social é o pleno acesso à Justiça, direito fundamental, alçado à proteção de cláusulas pétreas pelo legislador constituinte.”

Outrossim, a intenção expressa no sentido de erigir a Defensoria Pública à categoria de autêntico órgão da Execução Penal, responsável pela tutela dos excluídos, objetiva que o Estado brasileiro contribua para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos presos, internados, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado ou que se apresentem em estado de vulnerabilidade, relevando que nosso ordenamento jurídico não restringe os termos “insuficiência de recursos” (art. 5º, inciso LXXIV, da CF) e “necessitados” (art. 134 da CF e art. 81-A da LEP) à dimensão econômica ou financeiras.

A Justificativa ainda registra que a Defensoria Pública deixou de ser incluída no elenco de órgãos da Execução Penal porque, em 1984, ano de elaboração da Lei de Execução Penal, a nobre instituição ainda se mostrava incipiente, não

de execução da pena, cabendo ao advogado, individualmente, representar o presos no processo de execução e seus incidentes.

²¹ Projeto de Lei nº 43, de 2009, e nº 1090/2007, na Casa de Origem.

ostentando a pujança e relevância de hoje, deflagrada pelo tratamento constitucional conferido pela Carta de 1988.

Se elaborada atualmente, certamente a Lei de Execução Penal contemplaria a Defensoria Pública em seu artigo 61.

O papel do Defensor Público é de suma importância diante do emaranhado burocrático que cerca a execução penal, fazendo a interface entre a Administração Pública Penitenciária e o Poder Judiciário, muitas vezes alijado do cotidiano das unidades prisionais. De outro lado, a presença constante dos defensores públicos dentro das unidades prisionais, não apenas para atender os presos, mas também para fiscalizar tudo que os rodeia, impõe-se como uma medida eficaz para a diminuição dos índices de violência, corrupção, tortura e desrespeito à lei. Permite ainda a viabilização de projetos ressocializadores e a garantia do atendimento jurídico integral e gratuito assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A atuação dos Defensores Públicos nas unidades prisionais é fundamental para a garantia do efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal, contribuindo diretamente para a redução do nível de violência urbana e riscos de rebeliões. A Defensoria Pública é igualmente vital para a concretização dos ditames constitucionais, pois permite que os hipossuficientes possam reivindicar as suas pretensões, por intermédio dos Defensores Públicos que sejam realmente livres de quaisquer forma de intervenção ou interferência do Estado na sua atuação.

4 AS ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL

Acima já se enumerou as atribuições específicas conferidas à Defensoria Pública, tudo indicando tratar-se de rol meramente exemplificativo, tendo em vista que outras tantas situações não referidas pelo novo artigo 81-A da Lei de Execuções Penais poderão demandar a atuação da Instituição em proveito dos financeiramente necessitados ou daqueles que ostentem a condição de vulnerável (vide nova redação dos artigos 144 e 183 da LEP²²).

22 LEP, art. 144. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso I do caput do art. 137 desta Lei, observado o disposto nos incisos II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

LEP, art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

Contudo, cumpre rapidamente analisar algumas atribuições delineadas pela Lei nº 12.313/2010.

Enquanto ao Ministério Público²³ permanece a incumbência original de “fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança” (art. 67 da LEP), a Defensoria Pública “velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva” (nos termos do art. 81-A, incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).²⁴

A fórmula utilizada pela Lei – *velar-pela-regular-execução* – não deixa dúvidas de que a Defensoria Pública deve exercer vigilância permanente e zelar pela regularidade da execução penal²⁵, oficiando perante o Poder Judiciário em defesa do preso necessitado ou vulnerável. A presença da Defensoria Pública dentre os órgãos da execução penal pode perfeitamente ser compreendida como instrumento de controle da atuação do Estado na execução penal, salvaguarda do contraditório e da ampla defesa, além da dignidade humana, tudo com o propósito de que a execução da reprimenda imposta seja promovida da forma menos onerosa

23 Constituição Federal, art. 127, caput: “O Ministério público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

24 Incumbe, ainda, à Defensoria Pública, nos termos do art. 81-A, incluído pela Lei nº 12.313, de 2010:

I - requerer:

- a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;
- b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;
- c) a declaração de extinção da punibilidade;
- d) a unificação de penas;
- e) a detração e remição da pena;
- f) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;
- g) a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança;
- h) a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a

comutação de pena e o indulto;

- i) a autorização de saídas temporárias;
- j) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;
- k) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;
- l) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º do art. 86 desta Lei;

II - requerer a emissão anual do atestado de pena a cumprir;

III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução.

IV - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal;

V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

25 No Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (disponível em <http://www.priberam.pt>) o verbete “velar” (latim *vigilo*, -*are*) registra, entre outras, as seguintes conotações: v. *tr.* 1. Cobrir com véu. 2. Tapar com alguma coisa a modo de véu. 3. Não deixar ver, interceptar! interceptar. 4. *Pint.* Cobrir com cor leve para deixar transparecer a tinta inferior. 5. Vigiar, estar de vigia a, estar de guarda a (durante as horas habitualmente dadas ao sono). 6. *Fig.* Proteger. v. *Intr.* 7. Passar a noite ou parte dela sem dormir. 8. Fazer serão prolongado. 9. Conservar-se aceso (falando de uma luz). 10. *Fig.* Estar sempre na brecha; conservar-se no constante exercício das suas funções. 11. Proteger. 12. Não abandonar. 13. Interessar-se com vigilante zelo. 14. Exercer vigilância.

(dolorosa) para o executado, evitando infrações a seus direitos fundamentais ou injustiça contra os hipossuficientes.

Então, a incumbência conferida à Defensoria Pública, evidentemente, não atinge apenas o processo executivo e seus incidentes, mas também a execução penal como um todo, em todas as esferas da concepção mista.

Velar-pela-regular-execução representa proteger as pessoas segregadas de toda forma de desrespeito à dignidade humana e violação de todos os seus direitos não atingidos pela sentença condenatória ou pela lei, tornando a Defensoria Pública verdadeira guardiã da legalidade da execução penal, como forma de impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal²⁶. Uma guardiã parcial, comprometida com os interesses das pessoas que se encontram segregadas, permitindo-se, assim, que o Ministério Público assumira a verdadeira posição a que está vocacionado no âmbito criminal²⁷, afastando o mofado discurso de que na execução todos são advogados do preso (juízes, promotores, servidores etc)²⁸.

Além disso, ao assim proceder, a Lei parece aproximar o processo de execução penal à **estrutura dialética do processo de conhecimento**, iniciando pela contraposições de funções e de órgãos encarregados de exercê-las.

A ideia já era defendida entre nós por Lopes Jr.,²⁹ demonstrando o combativo doutrinador que na execução penal também deve existir uma relação jurídico-processual triangular. Segundo sustenta,

26 Salienta a exposição de motivos da Lei de Execução Penal: "19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal. 20. É comum, no cumprimento das penas privativas de liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola medida de proporcionalidade, como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminosos que propicia".

27 Adverte, novamente, Lopes Jr.: "E não se invoque a imparcialidade do Ministério Público para justificar a deficiência estatal nos serviços de defensoria pública ou para qualquer outro motivo, simplesmente porque ela não existe. É uma monstruosidade lógica e jurídica acreditar na imparcialidade de uma parte. Como explicamos em nossa obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, são múltiplas as críticas à artificial construção jurídica da imparcialidade do promotor no processo penal. O crítico mais incansável foi, sem dúvida, o mestre Carnelutti (*Poner em su puesto al Ministerio Publico*, in *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, pp. 211 e seguintes), que, em diversas oportunidades, pôs em relevo a impossibilidade de *la cuadratura del círculo: 'No es como reducir un círculo un cuadrado, contruir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, em vez de se uma parte que sube, es un juez que baja*. Em outra passagem (*Lecciones sobre el Proceso Penal, Vol. II, p. 99*), Carnelutti explica que não se pode ocultar que, se o promotor exerce verdadeiramente a função de acusador, querer que ele seja um órgão imparcial não representa no processo mais que uma *inútil e hasta molesta duplicidad*. Para Goldschmidt (*Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 29), o problema de exigir imparcialidade de uma parte acusador significa cair em el mismo error psicológico que há desacreditado al proceso inquisitivo, qual seja o de crer que uma mesma pessoa possa exercitar funções tão antagônicas como acusar, julgar e defender. (LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. In: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 382-383)

28 *Ibidem*. p. 389.

29 *Ibidem*. p. 376-378.

Representa um avanço na ideia de que o imputado – apenado no caso da execução – não é um mero objeto do processo, senão um sujeito que exercita nele direitos subjetivos e, principalmente, que pode exigir do juiz que efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada sob a forma de resistência (defesa).

Também Carvalho³⁰ defende a observância na execução da pena de todos os princípios e procedimentos inerentes ao Sistema Processual Acusatório, asseverando que “o processo de execução penal não se restringe, unicamente, ao cumprimento de decisões proferidas no processo de conhecimento. Naquele local são proferidas decisões que acarretam modificações substanciais na vida do apenado – discute-se essencialmente **DIREITOS**. A exemplo: progressão e regressão de regime, remissão, detração, direito ao trabalho, *sursis*, livramento condicional, saídas temporárias etc. Contudo, afirma ainda,

Ampla defesa e contraditório – cláusulas constitucionais pétreas do sistema processual pátrio – foram sobrepujados por uma práxis – que já invadiu o senso comum de nossos operadores jurídicos – onde o cidadão-condenado se transforma em figura invisível aos olhos do poder. A ele nada é perguntado, não há possibilidade de manifestação ou qualquer justificativa(...).

Ao discorrer sobre a separação das atividades, Lopes Jr.³¹ adverte que, para aproximarmos a execução penal da estrutura dialética do processo de conhecimento (ideal garantista), devemos estabelecer de forma clara qual é a esfera de atuação de cada agente. É imprescindível que o Ministério Público assuma a iniciativa da execução e também atue no polo ativo ao seu longo. Configura o Ministério Público como verdadeira parte ativa.

Entendendo que a execução penal deve ser promovida pelo Ministério Público (e não, de ofício, pelo Juiz), o autor lembra que, “No outro polo está o apenado, parte passiva, que devidamente assistido pelo defensor, cumprirá **resistir a toda pretensão estatal que lhe prejudique** (sanções disciplinares, regressão etc), bem como ter a iniciativa de postular o reconhecimento de seus direitos públicos subjetivos (progressão, indulto, livramento condicional, etc.). Com essa nítida separação de atividades, aproximamo-nos da dialética característica do processo. Por consequência, o juiz assume seu verdadeiro papel: solucionar os conflitos quando invocado. Só assim terá assegurada sua imparcialidade.

30 HC nº 70005269337, 5ª Câmara Criminal do TJ/RS, rel. Des. Amilton Bueno De Carvalho, j. Em 27/11/2002.

31 LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. In: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 381.

Prossegue³²:

Não cabe ao juiz ter iniciativa procedimental ou probatória. Deve o magistrado reduzir-se a ma posição de *espectador* da atividade das partes e não assumir o papel de *ator*. Juiz ativo é juiz inquisidor e, portanto, contaminado. Fulminam-se das garantias básicas: imparcialidade e igualdade das partes. Ademais, transforma o modelo em inquisitório, com todos os gravíssimos inconvenientes que isso acarreta. Por isso, o juiz deve permanecer inerte, atuando quando invocado pelas partes.

O processo de execução (e o de conhecimento também) exige um *juiz de garantias* e não um *juiz inquisidor*. A posição desse juiz na execução é muito similar àquela que deve adotar na investigação preliminar, conforme já apontamos em outra oportunidade³³. O juiz garante não investiga e tampouco assume uma posição de inquisidor, ativo na busca de elementos, pois isso acarreta um claríssimo comprometimento da imparcialidade (nisso reside um dos grandes equívocos do nosso sistema). Ao livrar-se da função inquisitiva (alheia à sua natureza), o juiz de garantias concreta sua superioridade, como órgão suprapartes, fortalecendo no plano funcional e institucional a própria figura de julgador. Esse juiz de garantias será quem, mediante prévia invocação do MP, decidirá sobre os incidentes da execução, especialmente daqueles que afetem os direitos fundamentais ou agravem a situação do apenado. Também, mediante invocação da defesa, decidirá sobre a legalidade dos atos realizados pelo MP ou da administração carcerária. “É um verdadeiro **controlador da legalidade da execução**.”

E não há que se argumentar com a realidade penitenciária, que os apenados estão completamente abandonados e o juiz atua de ofício para evitar grave injustiças. Em resposta a isso, AURY contra-argumenta: **Primeiro**, que o Estado deve manter um serviço de defesa pública tão eficiente quanto o serviço de acusação (Ministério Público) que ele mantém. **Segundo**, explica que o sistema admite que o juiz atue de ofício, desde que necessariamente em benefício do hipossuficiente, logo, do apenado (Teoria da Quebra Positiva da Igualdade Jurídica³⁴). Jamais atuar de ofício no sentido de auxiliar o Ministério Público ou suprir sua inércia.

Sobre o assunto, novamente se apresenta imperioso a transcrição do pensamento do autor³⁵:

O Estado deve organizar-se de modo a instituir um “Serviço Público de Defesa”, tão bem estruturado como o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse

32 *Ibidem*. p. 382.

33 *Idem*. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

34 Explica o autor que “**Se for para quebrar a igualdade, que seja uma quebra positiva, em benefício do hipossuficiente, que será sempre o apenado**”. É que a quebra positiva da igualdade quanto um ato aparentemente desigual gera, na verdade, uma igualdade. Em definitivo, a única quebra de igualdade que o sistema admite é a quebra positiva, em favor do hipossuficiente (apenado), como forma de gerar uma igualdade jurídica. (LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. *In*: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 383).

35 *Op. Cit.* p. 389.

dever de criar um serviço público de defesa, **porque a tutela dos direitos do preso não é só um interesse individual, mas público.**

Neste sentido, a Constituição garante no art. 5º, LXXIV que 'o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos'. Para efetivar tal garantia, o sistema brasileiro possui uma elogiável instituição: a Defensoria Pública, prevista no artigo 134 da CF como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. O problema é a deficiência material e pessoal que enfrenta a instituição.

Como consequência da atividade de *velar-pela-regular-execução-da-pena*, assim como consolidado com relação ao Ministério Público³⁶, também deve ser dada oportunidade de manifestação da Defensoria Pública sempre que o processo de execução penal ou qualquer de seus incidentes iniciar e sempre que o órgão ministerial se pronuncie em desfavor do apenado, sendo necessário propiciar à Defesa Pública a manifestação a respeito de qualquer ato que possa vir a repercutir na execução da pena do apenado, pois parece claro que a alteração introduzida pela Lei de Execução Penal regulamenta, de forma expressa, a necessidade de a Defensoria Pública informar e participar das decisões judiciais que alcancem, de qualquer forma, as pessoas condenadas.

Nossa posição sobre o assunto é clara e objetiva. Os processos de execução e os incidentes a eles relacionados devem transitar pelo gabinete da Defensoria Pública com a mesma intensidade com que frequentam o Ministério Público. A Guia de Execução Penal foi expedida; vista ao Ministério Público e, após, à Defensoria Pública (ou quem sabe primeiro à Defesa Pública, antes mesmo do início da execução, para que seja apreciada a necessidade/utilidade do procedimento

36 Como leciona Mirabete, "*a função fiscalizadora do Ministério Público não poderia ser executada se não se lhe dessem os meios para essa atividade fundamental*". (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal: comentários a Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 228) No mesmo sentido é a lição de Nucci: "Caso lhe seja negado acesso aos autos, proferindo o magistrado decisões que individualizem a pena, na fase executória, modificando, de algum modo, o título gerado pela sentença condenatória – como ocorreria com a transferência do sentenciado do regime fechado para o semiaberto, ou com a concessão de livramento condicional – é de se reconhecer a nulidade do que foi praticado, sem a anuência do Ministério Público". (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.) Nessa linha está o magistério de Fernandes, p. 33 (FERNANDES, Antonio Scarance . O Ministério Público na Execução Penal: execução penal - lei n-º 7210, de 11 de julho de 1984. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante.. (Org.). **Mesas de Processo Penal, Doutrina, Jurisprudência e Súmulas**. São Paulo: Max Lemonad, 1987, v. , p. 25-36.) Não destoia a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OITIVA PRÉVIA. É obrigatória a oitiva prévia do MP em todas as decisões proferidas pelo Juiz da execução, sob pena de nulidade (art. 67, LEP)." E, ainda: "Agravo ministerial provido. (Agravo nº 70031204035, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 20/08/2009). AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONCESSÃO DE INDULTO NA FORMA DO DECRETO 6.706/08. MEDIDA DE SEGURANÇA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PRELIMINAR SUSCITADA PELO RECORRENTE. INVOCAÇÃO DE NULIDADE. NÃO OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. ARTIGO 67 DA LEP. Na espécie, vislumbra-se causa ensejadora do reconhecimento de nulidade quanto ao decidir combatido, na medida em que exarado sem prévia oitiva do agente ministerial, desrespeitando-se, assim, o procedimento previsto na Lei de Execução Penal, bem como o princípio do contraditório. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. PRELIMINAR ACOLHIDA. DECISÃO DESCONSTITUÍDA. (Agravo nº 70030353866, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, j. em 30/07/2009).

judicial). Alterada a guia por qualquer motivo, deve a Defensoria Pública ter ciência do novo cenário com o propósito de verificar a regularidade da operação e se nada há para postular em benefício do executado.

Somente assim, mediante o monitoramento constante dos processos de execução penal, é que a Instituição cumprirá o encargo que lhe foi atribuído pela Constituição Federal, explicitado pela Lei nº 12.313, de 2010. É evidente que a função de “velar pela regular execução penal” não poderá ser exercida se não se impor à Defensoria Pública condições para o exercício dessa atividade, devendo participar ativamente do andamento daquele processo tanto no âmbito jurisdicional, quanto no âmbito administrativo. E, assim, postulando em favor do preso vulnerável e recorrendo das decisões do Juiz da Execução, na primeira hipótese, ou valendo-se dos meios postos a sua disposição para tutelar irregularidades na seara administrativa, na segunda, principalmente, nos termos do art. 81-A (da LEP), representando pela instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução (alínea f); pela interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (inciso VI) e pela instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal (inciso IV).

Vale argumentar que no processo de execução penal devem ser observadas todas as garantias do devido processo legal, sendo indispensável que a Defesa Pública sempre seja ouvida depois da manifestação desfavorável do Promotor de Justiça e antes da decisão judicial.

Parafraseando Carvalho³⁷, a jurisdicionalização do processo de execução criminal imposta pela garantia dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, assegurados no artigo 5º, LV, da CF e consagrada, também, na própria LEP (art. 2º), roga pela adoção de procedimentos que garantam a realização do Sistema Processual Acusatório. Entregar ao “Leviatã” o direito de punir representa evolução da sociedade moderna, porém impõe limites processuais que visam impedir a transformação do poder constituído em catástrofe tirânica de forças incontroláveis! Nessa perspectiva, o magistrado, pelo dever de contribuir na construção de um Processo Penal, acusatório, democrático e garantista, deve se posicionar diante do conflito social como sujeito com capacidade de compreendê-lo. Para tanto, é indispensável o reconhecimento da existência de pluralidade de sujeitos processuais

37 HC nº 70005269337, 5ª Câmara Criminal do TJ/RS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 27/11/2002.

para que se estabeleça uma interação, dialética-comunicativa entre eles. Portanto, e nesta linha, desprezar (ignorar) a importância da manifestação da defesa do apenado na dialética processual, acirra o distanciamento entre decisões judiciais e realidade social, agrava a incompreensibilidade e a recusa dos veredictos, deslegitimando o sistema jurídico.

Na linha do acima exposto, imprescindível a manifestação da defesa em qualquer ato jurídico que importe em modificação da situação do apenado enquanto estiver sob a “*manus*” estatal, pena de nulidade da decisão. Por força dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), reafirmados pela redação do novo artigo 81-A da LEP, a Defensoria Pública deve sempre ter a oportunidade de intervir no feito executivo e nos seus incidentes e sempre deve ser ouvida previamente à qualquer decisão, contrapondo-se à insurgência acusatória, sendo que a falta de intimação evidentemente implicará nulidade³⁸.

5 A ATUAÇÃO PROTETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL

Do que já apresentado até esse momento, nota-se que a Lei de Execução Penal, com a alteração legislativa objeto de análise, situa a Defensoria Pública em dois momentos distintos. Primeiramente, refere que a assistência jurídica, integral e gratuita a ser prestada pela Defensoria Pública – dentro e fora dos estabelecimentos penais – é destinada aos presos e aos internados (arts. 15 e 16 da LEP), assim como aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares (art. 16, § 3º

38 Nesse sentido, em casos semelhantes, destaca-se a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. NULIDADE: HOMOLOGAÇÃO DE PAD SEM A PRÉVIA OITIVA DA DEFESA - AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPRESCINDÍVEL A OITIVA DO APENADO EM JUÍZO ACERCA DA FALTA GRAVE (ART. 118, § 2º, DA LEP). DE OFÍCIO, DECRETARAM A NULIDADE DA DECISÃO (UNÂNIME)” (Agravado nº 70018312272, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 14/02/2007). “AGRAVO EM EXECUÇÃO - NULIDADE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA - NECESSIDADE DE OUVIDA DA DEFESA - DIAS REMIDOS - DIREITO ADQUIRIDO. Se a falta apurada teve como efeito a perda de um dos benefícios referidos no artigo 48, parágrafo único, no caso os dias remidos, artigo 127 da LEP, após ouvir o Ministério Público sobre o PAD, imprescindível a observância do devido processo legal e o contraditório, artigo 5º, inciso LV e artigo 59 da LEP. PROVIDO O AGRAVO. DECLARADA A NULIDADE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA” (Agravado nº 70018276550, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 08/02/2007). E, ainda: “AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO INDEFERITÓRIA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. - Considerando que no processo de execução penal subsistem os ditames do devido processo legal, nos moldes do art. 5º, LV, da CF, previamente à decisão que versar sobre o pedido de progressão de regime, é imprescindível, a observância dos preceitos da ampla defesa e do contraditório por meio da intimação e manifestação da defesa. Tal preceito encontra-se igualmente previsto no artigo 112, §§ 1º e 2º, da Lei de Execução Penal. - A Magistrada singular, acolhendo a promoção do Ministério Público, indeferiu o pedido de progressão de regime sem a manifestação prévia da defesa, que sequer foi intimada para se pronunciar acerca da Avaliação Psicológica e do Parecer do Chefe de Segurança e Disciplina, que embasaram a negativa. Preliminar acolhida, por maioria. Decisão desconstituída. (Agravado nº 70029862398, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 24/06/2009).

da LEP), em ambas situações exigindo que os destinatários de seus serviços não tenham “recursos financeiros para constituir advogado”.

Contudo, adiante arrolou a Defensoria Pública como órgão da execução penal, momento em que escancarou a possibilidade de a Defensoria Pública atuar em nome próprio, em *legitimação social*, podendo mesmo na tutela individual officiar no processo de execução, ou seja, sem a necessidade de atuar representando ao sujeito titular do direito material com capacidade civil.³⁹

Sobre o assunto, assinalam Silva e Silva Neto⁴⁰:

Isso importa em possibilitar a instituição a agir mesmo nos casos em que o preso não tenha capacidade civil para se representar e nem possua familiares para tanto, ou ainda naqueles casos em que o recluso tenha advogado constituído, e que o causídico com mandado não tenha realizado o pedido de benefício em tempo. Haver regularidade no processo de execução implica observância dos preceitos da lei de execução penal, por conseguinte a consecução dos direitos do apenado no período em que faz jus ao benefício. Mesmo porque, uma única pessoa sem a entrega da prestação jurisdicional naquilo que a lei lhe confere pode implicar desequilíbrio para todo o sistema, pois poderá ser esse indivíduo quem desencadeará uma rebelião, por exemplo.

Com efeito, ao que nos parece evidente, no novo atuar da Defensoria Pública, através do prisma de *órgão da execução penal*, ou seja, parte integrante de um corpo, também responsável pela execução *lato sensu* considerada, possibilitou-se uma atuação desprendida da legitimação processual ordinária, de representação pura e simples dos interesses de algum segregado específico. Relevou-se uma atuação incrivelmente mais abrangente que permite focar não apenas no figura do preso, sujeito de direitos no processo executivo, mas também na tutela do próprio equilíbrio do sistema prisional como um todo.

O preso que, por exemplo, embora tenha direito a indulto de natal, não sai do sistema porque seu patrono constituído não formula o pedido representa, na realidade, uma engrenagem emperrada que, em larga escala, pode implicar o mal funcionamento do sistema carcerário inteiro.

Então, apesar de o preso ter o inafastável direito de ter seus interesses defendidos por profissional de sua confiança, podendo contratar advogado para representá-lo em juízo, nada impede que, na omissão daquele profissional, intervenha a Defensoria Pública, em nome próprio e independente de provocação,

39 SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal**: novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Auffero, 2012. p. 178.

40 *Ibidem*. p. 186.

postulando o que for necessário para, garantindo direitos individuais daquela pessoa, proporcionar o equilíbrio do sistema.

Isso, aliás, parece ser assimilado pelo Decreto Presidencial nº 7873, de 2012, ao dispor, no *caput* do art. 10, que os órgãos da execução encaminharão, de ofício, ao juízo da execução, a lista daqueles que satisfaçam os requisitos necessários para a declaração do indulto e da comutação de penas (art. 10, *caput*), e reafirmando, no parágrafo 2º, que o procedimento poderá iniciar-se a requerimento do interessado, de quem o represente, ou ainda, da Defensoria Pública, dentre outras instituições. Verifica-se aí que nada há de teratológico na atuação da Defensoria Pública de forma simultânea e concomitante em benefício de preso que tem advogado que o represente.

Recorde-se, ainda, que a **hipossuficiência financeira** não pauta, exclusivamente, a atuação da Defensoria Pública, uma vez que a Lei Complementar nº 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009, expande claramente a definição do destinatário final de seus serviços para o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (art. 4º, XI).

As “**100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade**”, editadas na XIV edição da Conferência Judicial Ibero-Americana, ao definir o conceito de pessoas em situação de vulnerabilidade, referem que as dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico poderão decorrer, dentre outras causas, pela privação de liberdade (itens 3 e 4).

Enfim, “A privação da liberdade, ordenada por autoridade pública competente, pode gerar dificuldades para exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular a pessoa privada da liberdade, especialmente quando concorre com alguma causa de vulnerabilidade enumerada nos parágrafos anteriores. Para efeitos destas Regras, considera-se privação de liberdade a que foi ordenada pela autoridade pública, quer seja por motivo da investigação de um delito, pelo cumprimento de uma condenação penal, por doença mental ou por qualquer outro motivo” (itens 22 e 23).

A assistência judiciária aos necessitados é atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se

estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique este subsídio estatal.⁴¹

Também não se diga que o preso que tem advogado constituído não se encontra na condição de vulnerabilidade. Na verdade, a experiência tem mostrado que a própria dificuldade de contatar o seu patrono, para dizer o mínimo, já é suficiente para afastar esse argumento. A Defensoria Pública, enquanto órgão da execução penal, não poderá fechar os olhos às pessoas com essa e outras dificuldades em exercitar seus direitos.

Nesse sentido, necessário ponderar que a fase executória da pena ou a privação provisória da liberdade, essencialmente por constituir o momento de maior vulnerabilidade do cidadão, é o que exige a estrita observância dos princípios e normas processuais penais.

Enfim, toda pessoa presa, individualmente considerada ou na qualidade de pertencente ao um grupo de pessoas que tem dificuldade de defender os seus interesses, até mesmo por hipossuficiência ou vulnerabilidade organizacional, independente de sua condição econômica, ou mesmo da constituição de advogado, pode ser beneficiada pela atuação da Defensoria Pública no âmbito da execução penal.

6 A INCUMBÊNCIA DE VISITAR PERIODICAMENTE OS ESTABELECIMENTOS PENAIS E A ESTRUTURAÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Em duas passagens, a Lei faz referência às visitas da Defensoria Pública aos estabelecimentos penais (art. 81-A, inciso V e Parágrafo único, da LEP).

Logo de saída, chama a atenção que, ao contrário do Ministério Público (art. 68, parágrafo único), do Juízo da Execução (art. 66, inciso VII), e do Conselho da Comunidade (art. 81, I), em que há previsão de visitas ou inspeção **mensais**, para a Defensoria Pública restou consignado que “O órgão da Defensoria Pública visitará **periodicamente** os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio” (parágrafo único, art.81-A da LEP).

Registre-se que a redação original do projeto de lei também fazia referência a visitação mensal, contudo restou afastada sob a justificativa de que caberá à própria

41 Supremo Tribunal Federal. ADI nº 558/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min., Sepúlveda pertence, DJ 23/03/1993.

Defensoria Pública definir essa periodicidade, levando em conta as condições e necessidades concretas de cada unidade da federação (Parecer da Comissão de Constituição e Justiça).

Segundo Marchi Jr.⁴² um dos problemas que impedem a concretização das garantias e assistências asseguradas aos condenados é a falta de fiscalização eficiente e de acompanhamento adequado da execução da pena. Entendendo louvável a intenção do legislador ao estender à comunidade a tarefa de fiscalizar e acompanhar a execução da pena, auxiliando outros órgãos imbuídos desse mesmo mister (nos termos do art. 61 da Lei 7.210/84), o autor adverte que, no cotidiano não se percebe a adoção de medidas decorrentes da atividade fiscalizadora. Talvez porque, explica, ao contrário do pretendido, um órgão transfira a responsabilidade para o outro, motivo pelo qual propõe estabelecimento de uma pauta comum que oriente a atuação desses órgãos, especialmente daqueles encarregados de visitar mensalmente os estabelecimentos prisionais, convergindo forças em busca da concretização das assistências destinadas aos sentenciados, bem como da correta aplicação da lei penal⁴³.

Para ele, deve o **Juiz da Execução** cumprir o dever legal de inspecionar mensalmente o estabelecimento prisional, tomando ciência do que se passa atrás dos muros e, sendo o caso, encaminhando as medidas necessárias à manutenção da legalidade no transcorrer da execução da pena privativa de liberdade⁴⁴, daí porque, referindo a lição de Marco Antônio Bandeira Scapini⁴⁵, assenta que:

Todas as questões que envolvem a segurança dos estabelecimentos penais dizem respeito à administração, sendo de competência do Poder Executivo, o que exclui a possibilidade de o juiz interferir, salvo se viola a lei, de modo a atingir a pessoa do preso; por outro lado, tudo que envolve, diretamente, a pessoa do preso, interessa ao juiz da execução, que terá, então, o poder-dever de intervir, provocado ou não.

42 MARCHI JR., Antônio de Padova. Da importância da fiscalização permanente e das visitas mensais aos estabelecimentos prisionais. In PINTO, Felipe Martins (coord). **Execução Penal. Constatações, críticas, alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 307.

43 MARCHI JR., Antônio de Padova. Da importância da fiscalização permanente e das visitas mensais aos estabelecimentos prisionais. In PINTO, Felipe Martins (coord). **Execução Penal. Constatações, críticas, alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 309.

44 *Ibidem*. p. 310.

45 SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. Execução Penal: controle da legalidade. In **Crítica à Execução Penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 390.

Não obstante, o **Ministério Público** deve ter suas ações orientadas no sentido da realização do bem-estar social, que passa, necessariamente, pelo controle da legalidade e pelo tratamento dispensado aos reclusos⁴⁶.

Já os membros do **Conselho da Comunidade** tem o dever de visitar, mensalmente, os estabelecimentos penais existentes nas comarcas, entrevistar os presos e apresentar relatórios mensais ao Juiz da Execução e ao Conselho Penitenciário, além de diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso, em harmonia com a direção do estabelecimento⁴⁷.

Pelo advento da Lei nº 12.313/2010, a **Defensoria Pública** também é chamada a visitar as unidades prisionais para evidentemente fiscalizar as garantias e assistências asseguradas aos presos pela Constituição da República e pela Lei de Execução Penal, dando efetividade aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, como a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a individualização da pena (art. 5º, XLVI), a vedação de penas cruéis (art. 5º, XLVII) ou o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), e assim poder adotar as providências para o adequado funcionamento do estabelecimento prisional; representar ao Juiz da Execução ou à autoridade administrativa em caso de violação das normas referentes à execução penal; requerer a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução ou, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; promover representação para interdições ou ajuizar demandas coletivas com o propósito de velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, promovendo, de forma individual e coletiva a defesa dos indivíduos segregados.

Ressalte-se que o serviços de assistência jurídica dentro dos estabelecimentos penais a ser prestado pela Defensoria Pública, individualmente, aos presos, foi expressamente regulamentado nos arts. 15 e 16 da LEP, tanto que em todos os estabelecimentos penais, haverá *local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público* (§2º do art. 16), devendo a Instituição, portanto, no exercício de suas funções, prestar atendimento aos apenados no interior da casa prisional.

Logo, se pode extrair a conclusão no sentido de que a prestação de **assistência jurídica permanente** ao preso, dentro do cárcere, que não se

46 *Ibidem.* p. 310.

47 *Ibidem.* p. 312.

confunde com **visitar periodicamente** o estabelecimento penal. A incumbência da *visita*, nas palavras de Mirabete⁴⁸, não visa a mera cortesia, tem sentido definido, que é o de possibilitar a fiscalização das atividades administrativas ligadas à execução penal, principalmente a observância aos direitos fundamentais dos reclusos, o que pode ser tutelado, dentre outras, pela forma coletiva (ação civil pública); a do atendimento ao preso é prestar assistência jurídica individual.

Sobre o assunto, observa Maurício José da Cunha⁴⁹:

O sistema de visitas mensais tem causado excelentes resultados. É muito valioso no sentido de permitir a boa verificação da execução da pena e bastante útil para a melhoria da assistência, educação, trabalho e disciplina dos presos – objetivos maiores visados pelo anteprojeto de Código de Execuções Penais.

Para essa segunda missão, determina a lei que em todos os estabelecimentos penais, haverá **local apropriado** destinado ao atendimento pelo Defensor Público (art. 16, §2º). Mais do que isso, no novo artigo 83, §5º, da LEP, o legislador fez constar que, conforme a natureza do estabelecimento prisional, nele deverá haver **instalação própria (com sala ou local específico)** destinada à Defensoria Pública, ou seja, deverá ser providenciada a instalação de uma unidade de atendimento da Defensoria Pública no interior de penitenciárias e determinados presídios, o que nos parece a situação ideal para as grandes unidades prisionais.

Como destaca Miotto⁵⁰:

(...) a presença constante da Defensoria Pública no interior dos presídios faz bem aos presos e à administração com seu pessoal. Contribui para melhor estado psicológico dos presos, suas disposições para desenvolver o senso de responsabilidade, aceitar a pena e fazer seu melhor esforço para se emendar e vir a se reintegrar no convívio social, vivendo honestamente (...),

de forma que,

Quando os condenado, 'ajudados a se ajudar' desenvolvem o seu senso de responsabilidade (e, não o tendo, é previamente suscitado), não é de excluir, mas, ao contrário, que se sintam responsáveis para com a vítima, ate mesmo desejosos de reparar o dano, indenizar. Em casos tais precisam da Defensoria Pública, a começar por seus esclarecimentos, sua orientação.

48 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 232.

49 CUNHA, Maurício José da. Código de Execuções Penais. In *Revista Jus titia do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 70-71. Apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 232.

50 MIOTTO, Armida Beramini. *Direito Penitenciário, Lei de Execução Penal e Defensoria Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. v. 794. p. 441-461.

Para tanto, no entender da Juspenitenciária, é importante para a Defensoria Pública ter 'a sua sala', sem depender da amabilidade do diretor ou de algum funcionário. Na 'sua sala', o ou o agente da Defensoria Pública é 'dono da situação', isto é, tem a necessária autonomia e a liberdade de agir, de se movimentar (se for o caso), dentro da prisão, sem depender do convite específico ou de licença; pode mandar chamar as pessoas com que tenha de falar, e receber as que queiram falar-lhe; pode ir ao gabinete do Diretor ou recebê-lo quando ele queira ir a sua sala; pode ir ao setor jurídico da prisão, ou convidar o chefe para ir a sua sala, ou recebê-lo quando ele quiser ir ... idem quanto ao Serviço Social, assistência religiosa, serviço médico... chefes ou representantes; similarmente, quanto a qualquer funcionário, conforme o caso, bem como quanto aos presos. Apresenta-se, pois, imperioso atualizar a arquitetura penitenciária, de forma que todo o projeto para estabelecimento prisional de grande porte já deverá prever local para a instalação da Defensoria Pública.

Nessa perspectiva, além de incluir a Defensoria Pública na lista de órgãos da execução penal, a nova LEP fomenta a prestação de serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela instituição, dentro e fora dos estabelecimentos penais, estabelece a necessidade de prestação de auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, em todas as unidades da Federação, além de reservar espaço próprio à Instituição dentro dos estabelecimentos penais.

Fora dos estabelecimentos penais, determina a Lei, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.

7 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA PRESTADA NO SISTEMA PRISIONAL

A redação original da LEP previa que as Unidades da Federação deveriam ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais (artigo 16), disposição a partir da qual os estabelecimentos penais de maior porte se organizaram com setores de atendimento jurídico, integrados por servidores do Estado, assessores jurídicos da carreira dos serviços penitenciários, vinculados ao órgão responsável

pela administração prisional⁵¹, que inclusive habitualmente desenvolvem a defesa em procedimentos administrativos disciplinares⁵², procedimento de legalidade divergente na jurisprudência gaúcha⁵³.

Não obstante, pela nova formatação dada pela Lei nº 12.313/2010 ao artigo 16 da LEP “As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, **pela Defensoria Pública**, dentro e fora dos estabelecimentos penais”.

Consoante se observa, o referido dispositivo passa a determinar que a assistência jurídica devida ao preso e ao internado, como “*dever do Estado*”⁵⁴, será prestada, de forma integral e gratuita, exclusivamente pela Defensoria Pública, Instituição que, evidentemente, deve ser estruturada adequadamente pelas Unidades da Federação (vide §§ 1º e 2º acrescentados ao artigo 16 da LEP).

Como adverte Souza⁵⁵, a Constituição brasileira além de assegurar o direito a ampla e plena defesa e o acesso à Justiça (CF, artigo 5º, incisos XXXV, XXXVIII,

51 No Rio Grande do Sul, a Superintendência de Serviços Penitenciários - SUSEPE.

52 O Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009), em seu art. 23 dispõe: “Os atos do Conselho Disciplinar orientar-se-ão pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade e ampla defesa, observando-se o seguinte rito: I - instaurado o Procedimento Disciplinar, o apenado deverá ser cientificado das acusações a ele imputadas e da data da audiência de interrogatório, instrução e julgamento, a ser realizada num prazo não inferior a 3 (três) dias e, tal ciência será colhida no Termo de Ocorrência, cuja cópia ficará, desde já, à disposição do apenado e da defesa; II - no mesmo ato o apenado poderá indicar defensor, bem como as provas que pretende produzir em audiência e, na hipótese do apenado não indicar defensor, o Conselho Disciplinar identificará da audiência de instrução e julgamento **a defensoria pública e/ou profissional da área jurídica que possa exercer a defesa** e, se neste mesmo ato, **o apenado indicar profissional da área jurídica que esteja presente e disponível** a acompanhar os atos do procedimento disciplinar, será dispensado o decurso do prazo previsto no inciso anterior. III - na audiência de instrução e julgamento, após a alviva do infrator, das testemunhas e da produção de outras provas, será oportunizada a manifestação imediata da defesa; ...”

53 No sentido de que não acarreta nulidade do PAD o fato do apenado ter sido assistido por assessor jurídico da SUSEPE, vemos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul o seguinte precedente: *AGRAVO EM EXECUÇÃO. AVERBAÇÃO DE FALTA GRAVE. PRELIMINARES REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAR NULIDADE QUANDO A PRÓPRIA PARTE DEU CAUSA A ELA. EXCESSO DE PRAZO. DECISÃO MANTIDA. Preliminares rejeitadas, pois que observadas todas as disposições legais, garantindo ao apenado a mais ampla defesa e o contraditório. Segundo o art. 565 do CPP, a parte interessada não poderá arguir nulidade a que haja dado causa, impedindo que a defesa alegue falta de defensor na audiência de instrução, (já que existe um acordo entre o órgão da defensoria pública e a SUSEPE). ... (Agravado em Execução nº 70016471989, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Foerster, Julgado em 19/10/2006). E, ainda, Agravo nº 70022337026, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicoll Bastos, Julgado em 24/01/2008. Pelo reconhecimento de nulidade: *EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PAD. DEFENSOR DA SUSEPE. JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL IMPLICA A EFETIVA OBSERVÂNCIA DE TODOS OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS INERENTES A UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO. A defesa exercida por servidor da SUSEPE, durante o Procedimento Administrativo Disciplinar, viola o disposto no Art. 23, inciso II, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Rio Grande do Sul, vez que comprometida à isenção necessária devido à relação funcional. A forte carga de inquisitorialidade, que marca os procedimentos administrativos disciplinares na execução penal, somente pode ser mitigada, com a estrita observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Decretada a nulidade do PAD, não reconhecida a falta disciplinar grave, bem como os respectivos efeitos negativos no curso da execução da pena. AGRADO DEFENSIVO PROVIDO. (Agravado nº 70037256955, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 28/07/2010). No mesmo sentido; Agravo nº 70033831298, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 25/02/2010, Agravo nº 70034375253, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 28/04/2010, Agravo nº 70031274574, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 19/08/2009, AGE nº 70.016.433.310, 6ª Câmara Criminal do TJ/RS, rel. Des. MARCO ANTONIO BANDEIRA SCAPINI, j. Em 26.10.2006, AGE nº 70.007.774.060, 6ª Câmara Criminal do TJ/RS, rel. Des. MARCO ANTONIO BANDEIRA SCAPINI, j. Em 04.03.2004, Agravo em Execução nº 70028582468, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 12/03/2009.**

54 Art. 10, inciso III, da LEP.

55 SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **Direito fundamental à defesa criminal: um olhar sobre a Defensoria Pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal.** Porto Alegre: Núria Fabris. 2010. p. 135.

“a”, LV e LXXIV) incluiu no rol dos direitos fundamentais, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita àquelas pessoas comprovadamente pobres,⁵⁶ criando, mais adiante, no capítulo que trata das funções essenciais à Justiça, a Defensoria Pública,⁵⁷ instituição responsável pela prestação da assistência jurídica prometida.

A definição da Defensoria Pública como exclusivo órgão público provedor da assistência jurídica no sistema prisional teve a intenção manifesta de assegurar ao apenado vulnerável a reivindicação de suas pretensões e o exercício da defesa dos seus interesses por profissionais absolutamente livres de quaisquer forma de intervenção ou interferência do Estado. Isso só há de ser observado na atuação dos Defensores Públicos⁵⁸, pessoas investidas em cargo de carreira provido de independência funcional e outras prerrogativas, para o correto exercício de efetivação do acesso à Justiça, inclusive, com a possibilidade de acionar judicialmente o próprio órgão federativo ao qual pertença⁵⁹. A independência funcional assegura a plena liberdade de ação do Defensor Público perante todos os órgãos da administração pública, especialmente o Judiciário⁶⁰.

Sobre o assunto, vale registrar:

Luigi Ferrajoli (2009)⁶¹ destaca o papel da Defensoria Pública enquanto garantia de efetivo acesso à justiça penal, elencando cinco instâncias garantistas: 1) nas palavras de Luigi Lucchini, antes vistas, é uma imposição da própria “lógica judiciária”, para garantir, tanto “(...) a verificação das hipóteses acusatórias quanto em relação a elas seja garantida a falsificabilidade por parte da defesa”; 2) garante não apenas o direito de defesa, mas as liberdades fundamentais do cidadão contra o arbítrio do poder, seja na fase de investigações, seja na fase judicial. A defesa pública, neste ângulo, significa um “(...) meta-direito, posto para a tutela da liberdade pessoal, da dignidade da pessoa, da sua imunidade de falsas acusações e de penas injustas”; 3) satisfaz um duplice interesse público da Administração da Justiça, consubstanciados, por primeiro, na credibilidade da justiça criminal e da confiança nela depositada pelos cidadãos, e ao depois, “(...) aquele mais especificamente garantista da absolvição do inocente, não menos, talvez ainda mais, relevante do que o interesse à condenação do culpado”; 4) realiza o princípio da paridade entre acusação e defesa e, bem assim, o princípio conexo do efetivo contraditório, um e outro violados pela falta de defesa daqueles cidadãos necessitados, que por sua condição de pobreza, não podem pagar por um defensor particular. A Defensoria Pública, representa “(...) sob este aspecto, uma condição indispensável do modelo

56 Constituição Federal, art. 5º, Inc. LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

57 Constituição Federal, art. 134, *caput* – Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça.

58 Lei Complementar nº 80/1994, Art. 3º – São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

59 SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **Direito fundamental à defesa criminal: um olhar sobre a Defensoria Pública** enquanto instrumento de acesso à justiça penal. Porto Alegre: Núria Fabris. 2010. p. 213.

60 GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009 p. 44.

61 FERRAJOLI, Luigi. **Os fundamentos teóricos da defesa pública**. Palestra proferida durante a realização do II Seminário Internacional Ética nas Ciências. Auditório da OAB, Porto Alegre, 21 de novembro de 2009.

acusatório”; 5) satisfaz, enfim, o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante à lei, não no seu aspecto meramente formal, mas no sentido material, “(...) não deixando substancialmente sem defesa aqueles que por razões econômicas não possam ter acesso à defesa de confiança

Neste passo, conforme Mariani⁶²:

afigura-se conclusão necessária, extraída de todas as temáticas até aqui trabalhadas e que mostram-se inter-relacionadas e interdependentes, que o acesso à justiça penal é equivalente, em nosso sentir, ao direito a uma defesa criminal pública materialmente eficaz, e também, garantia integrante do conteúdo mínimo existencial da dignidade da pessoa humana, na seara do direito processual penal. E assim deve ser, porquanto restaria tarefa inútil a configuração de um núcleo mínimo de direitos e garantias jusfundamentais na área penal e processual penal, também identificadas com o garantismo penal, se não restasse estabelecida uma garantia instrumental para a efetivação deste acesso à justiça. E essa garantia das garantias – meta-garantia, no dizer de Luigi Ferrajoli - está representada pela Defensoria Pública, instituição essencial a função jurisdicional do Estado, constitucionalmente estabelecida para, no âmbito dos direitos de liberdade, proporcionar ao cidadão carente uma defesa criminal pública materialmente eficaz. Tudo isto faz da Defensoria Pública, por excelência, instrumento de efetivo acesso à justiça penal.

Hoje já há quem defenda, inclusive, que incide em improbidade administrativa os gestores que destinam verbas públicas para a assistência jurídica prestada pelo Estado para outro órgão que não a Defensoria Pública ou por meio de convênio para a Ordem dos Advogados do Brasil⁶³

Nessa esteira, não há como sobreviver o disposto no artigo 23 do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, na parte em que confere o exercício da defesa técnica em incidente disciplinar a “*profissional da área jurídica*”, sendo certo que o dever legal e funcional do assessor da SUSEPE impossibilita a isenção necessária para a garantia da plena defesa, vez que representa os interesses da administração prisional.⁶⁴

O problema, todavia, reside na falta de implantação e na deficiente estruturação da Defensoria Pública em alguns entes federados, a dificultar a atuação nos moldes como idealizados pela Lei, apresentando-se imperioso que as Unidades da Federação efetivamente cumpram a determinação do §1º do artigo 16 (prestação de auxílio estrutural, pessoal e material) e aparelhem a Instituição para

62 SOUZA, op. cit. p. 216-217. SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **Direito fundamental à defesa criminal**: um olhar sobre a Defensoria Pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal. Porto Alegre: Núria Fabris. 2010. p. 216-217.

63 SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal**: novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Aulfiero, 2012. p. 150.

64 Agravo nº 70031274574, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 19/08/2009.

que então possa cumprir a plenitude desse mister e fazer frente as suas responsabilidades no que tange ao sistema prisional.

Atinente às deficiências estruturais da Defensoria Pública, destacamos as reflexões do Defensor Público Fábio Luís Mariani de Souza, em laborosa dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul⁶⁵:

No tocante às causas das deficiências estruturais da Defensoria Pública, por óbvio, não conseguimos apurar todas – pois elas são muitas e de toda ordem – mas pudemos constatar as principais. A primeira delas ocorreu no mesmo instante em que a instituição vinha à luz, consubstanciada nos termos do parágrafo único do art. 134 da CF – transformado em § único, pela Emenda nº 45/2004. Este dispositivo previu a elaboração de uma Lei Complementar federal para disciplinar a criação do órgão, sem estipulação de prazo para tal. Assim esta lei – Lei Orgânica nº 80/94⁶⁶ – somente foi promulgada em 12 de janeiro de 1994, atrasando em pelo menos em cinco anos a criação e a instalação das Defensorias Públicas Estaduais.⁶⁷

Entre os demais motivos que podem ser citados como origem das deficiências atuais na estruturação das Defensorias Públicas, podemos enunciar o próprio teor do art. 22 do ADCT, que prevendo um período transitório para a implementação inicial das Defensorias Públicas, acabou dando margem a diversas interpretações sobre o que representaria estar “investido na função de defensor público até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte”, gerando várias ações judiciais e dificultando sobremaneira o início das atividades do novel órgão.

Em seguimento, com base nos três Estudos Diagnósticos da Defensoria Pública realizados pelo Ministério da Justiça⁶⁸ e no relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União,⁶⁹ pudemos constatar que as Defensorias sofrem carências de

65 SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **Direito fundamental à defesa criminal**: um olhar sobre a Defensoria Pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal. Porto Alegre: Núria Fabris. 2010. p. 220-221.

66 A Lei Complementar nº 80/94 (LONDEP), foi alterada pela também Lei Complementar nº 132, de 07-10-2009, que aprimorou seus dispositivos em adequação à Emenda Constitucional nº 45/04, especialmente, no tocante a autonomia financeira e administrativa das Defensorias Públicas.

67 Como resultado negativo imediato, podemos citar o caso do Estado do Rio Grande do Sul, que já havia elaborado a Lei Complementar nº 9.230, de 06 de fevereiro de 1991, criando a sua Defensoria Pública Estadual, em cumprimento ao art. 134, parágrafo único da Constituição Federal e art. 121 da Constituição Estadual, entretanto, a criação da Defensoria Pública foi obstada, em razão de que os efeitos de sobredita Lei permaneceram suspensos, até que fosse elaborada a Lei Complementar Federal nº 80/94. Para resolver esta delicada situação jurídica, foi editada nova Lei Complementar Estadual nº 10.194, de 30 de maio de 1994, que alterou a Lei Complementar nº 9.230/91, adaptando-a à Lei Complementar Federal nº 80/94, quando finalmente pode ser implantada a Defensoria Pública gaúcha, no dia 16 de junho de 1994.

68 **I Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça**. Brasília, 2004; **II Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil**. Ministério da Justiça. Brasília, 2006. **III Estudo Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil**. Ministério da Justiça. Brasília, 2009. Disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/diagnosticos>> Acesso em 12-08-2010.

69 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de avaliação de programa: Programa Assistência Jurídica Integral e Gratuita / Tribunal de Contas da União; Auditor-Relator Lincoln Magalhães da Rocha. - Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2005.

toda ordem, tais como, insuficiência de defensores públicos e de funcionários de apoio técnico e administrativo. Também foram verificados déficits de recursos orçamentários e de materiais, faltando, em especial, equipamentos de informática. A estrutura física não é apropriada para o atendimento e privacidade dos defensores e seus assistidos. Todas estas causas acabam restringindo e impedindo, via de consequência, a atividade fim da instituição.

A Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em todo o Brasil, havendo dois estados brasileiros que ainda não a implementaram – Santa Catarina e Goiás – e outros dois que já criaram suas Leis Orgânicas – Paraná e Amapá - mas que não estão dentro das diretrizes da Carta Política e da Lei Orgânica Nacional (Lei Complementar nº 80/94 – LONDEP).⁷⁰ O nível de universalização dos serviços da Defensoria Pública no país, segundo dados da pesquisa da 2009, alcança apenas 41,09%, portanto, menos da metade das comarcas brasileiras.

O grande problema enfrentado pelas Defensorias Públicas, mesmo naqueles estados onde já está estruturada e atuante, é a baixíssima dotação orçamentária, somada à falta de repasse dos duodécimos mensais devidos ao órgão (CF, art. 168). Os números do Rio Grande do Sul, em relação ao orçamento total do Estado ficaram assim: Poder Judiciário, 7,16% em 2004 e 5,46% em 2008; Ministério Público, 2,38% em 2004 e 2,29% em 2008; Defensoria Pública, 0,50% em 2004 e 0,24% em 2008. Percebe-se que os percentuais de todas as instituições essenciais caíram em relação ao orçamento do Estado, porém, o percentual da Defensoria Pública decresceu mais da metade de 2004 para 2008.

Sublinhamos que, comparativamente, o orçamento da Defensoria Pública gaúcha, em 2008, representou apenas 16,10% do aporte do Ministério Público e tão-somente 6,75% dos valores do Poder Judiciário. Todas as causas anteriormente elencadas - e expostas mais amiúde no corpo do trabalho – terminam por dificultar, restringir e mesmo impedir, via de consequência, o cumprimento do dever constitucional da instituição com reflexos na negativa do direito de acesso à justiça penal.

70 Informações retiradas do III Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça. Brasília, 2009, p. 256. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBB93AF25PTBRIE.htm>> Acesso em 12-08-2010.

Nessa senda, caminhamos para a inafastável conclusão no sentido de que, no âmbito prisional, assistência jurídica e a defesa técnica efetivada por profissional diferente dos agentes da Defensoria Pública, salvo aquele constituído pelo próprio apenado, não mais afina-se com a legislação pátria.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dando desfecho a esse singelo ensaio, pode-se alcançar a noção de que as alterações legislativas acima lapidadas (Lei Complementar nº 132/09 e Lei nº 12.313/10) representam uma verdadeira mudança no modelo de atuação da Defensoria Pública na tutela das pessoas privadas da liberdade.

Claramente percebemos que a Defensoria Pública foi encarregada da execução penal como órgão responsável pela tutela da dignidade da pessoa humana, com a missão de alcançar algo mais do que a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos indivíduos presos, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado, ou seja, sua atribuição mínima compulsória.

Relevando o interesse social, o novo cenário legislativo também impõe um atuar protetivo da Defensoria Pública, motivo pelo qual suas iniciativas institucionais deverão estender-se a qualquer indivíduo preso, de forma individual ou coletiva.

Assim delinearão as recentes mudanças legislativas porque o desvirtuamento do sistema penitenciário pátrio não está na consagração de direitos e garantias, mas na sua ineficácia, problema que envolve justamente os personagens do mecanismo executivo penal.

Não por outro motivo que a Lei Complementar nº 132, de 2009, definiu a atuação da Defensoria Pública nos estabelecimentos penais como função institucional, e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como a prevalência e efetividade dos direitos humanos, como objetivos principais da Instituição definida como expressão e instrumento do regime democrático.

Então, a Lei 12.313, de 19 de agosto de 2010, outorgou à Defensoria Pública o papel de protagonista da execução penal. O fez ao atribuir à Defensoria a exclusividade dos serviços gratuitos de assistência jurídica prestada pelo Estado, e ao defini-la como órgão da execução penal, momento em que a empoderou da

atuação fiscalizatória permanente, desprendendo o seu atuar da legitimação processual ordinária, relevando uma postura incrivelmente mais abrangente, que permite dirigir o seu olhar em prol de qualquer pessoa presa, ainda que possua recursos financeiros e/ou tenha seus interesses defendidos por profissional de sua confiança, relevando, então, um papel de tutela dos direitos humanos aos vulneráveis.

A história mostra que o sistema da representatividade não foi suficiente à solução dos problemas do cenário penitenciário atual. Equivocada, conseqüentemente, a concepção de que todos os personagens desse processo seriam fiscais dos interesses das pessoas presas.

O emponderamento de uma instituição vocacionada à tutela dos direitos humanos, como forma de “autopoder” capaz de influenciar diretamente no sistema, representa a expressão da vontade legislativa para a nova atuação da Defensoria Pública na execução penal.

Da exata assimilação desse paradigma desenhado pela Lei nº 12.313/10 e da concretização dos objetivos previstos pelo legislador nacional decorrerá, temos certeza, a diminuição das mazelas do sistema prisional.

9 REFERÊNCIAS

CAVALCANTI, Eduardo M. O Ministério Público na Execução Penal. In: **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 170.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>.

FERNANDES, Antonio Scarance . O Ministério Público na Execução Penal: execução penal - lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante.. (Org.). **Mesas de Processo Penal, Doutrina, Jurisprudência e Súmulas**. São Paulo: Max Lemonad, 1987, v. , p. 25-36.)

FERRAJOLI, Luigi. **Os fundamentos teóricos da defesa pública**. Palestra proferida durante a realização do II Seminário Internacional Ética nas Ciências. Auditório da OAB. Porto Alegre. 2009.

GALLIEZ. Paulo Cesar Ribeiro. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: **Execução Penal**. Vários autores. São Paulo: Max Limonad. 1987.

LEITE, Rosimeire Ventura; CANELA, Kaelly Cristina. **Jurisdicialização e órgãos da execução penal**. São Paulo: RT. v.96. nº 863. Set. 2007.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Vol. III. trad. de Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: EJEA. 1963.

LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. In: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARCHI JR., Antônio de Padova. Da importância da fiscalização permanente e das visitas mensais aos estabelecimentos prisionais. In PINTO, Felipe Martins (coord). **Execução penal. Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá. 2008.

MESQUITA JR., Sidio Rosa de. **Execução criminal; teoria e prática; doutrina, jurisprudência, modelos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIOTTO, Armida Beramini. **Direito Penitenciário, Lei de Execução Penal e Defensoria Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. v. 794.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários a Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

REALE JR, Miguel et al. **Penas e medidas de segurança no Novo Código**. ed. São Paulo: Forense. 1985.

ROSA, Alexandre Morais da. O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e Big Brother. In: **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. Execução Penal: controle da legalidade. In: **Crítica à Execução Penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal**: novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Aufiero, 2012.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **Direito fundamental à defesa criminal: um olhar sobre a Defensoria Pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2010.

DA VIABILIDADE DO ENCAMINHAMENTO DA REPRESENTAÇÃO CASO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE (PCPA) À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Mariana Py Muniz Cappellari¹

RESUMO: O presente artigo tem por objeto inferir acerca da viabilidade do encaminhamento, acaso inexistente solução na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Representação promovida e levada a cabo recentemente a este órgão referido, por diversas entidades, entre elas a Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul - ADPERGS, a qual aponta para constantes violações de direitos humanos implementados pelo Estado no encarceramento de diversos indivíduos, os quais se encontram cumprindo pena, e/ou, recolhidos provisoriamente, no Presídio Central de Porto Alegre/RS, além de seus familiares, visitantes e servidores da Casa Prisional; à Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com competência para julgar o Estado Brasileiro e, eventualmente condená-lo na esfera internacional, acaso comprovadas as ditas violações, nos termos, principalmente, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que se fará dada a análise da sua própria jurisprudência. Após apresentação e delimitação da Representação ofertada, se fará breve esboço acerca da estrutura do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, rumando à análise da jurisprudência produzida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nessa matéria, o que nos levará ao fim e ao cabo a conclusão da viabilidade de dito encaminhamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional; Direitos Fundamentais; Prisão; CADH.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Representação encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Caso Presídio Central de Porto Alegre/RS. 3.

¹ Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Privado pela UNISINOS (2004). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2010). Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS (2012). Professora da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (FESDEP).

Breves considerações acerca da estruturação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. 4. Da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de integridade pessoal e privação de liberdade. 5. Da viabilidade do encaminhamento da Representação - Caso Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) à Corte Interamericana de Direitos Humanos. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 10 de janeiro de 2013, diversas entidades, adiante nominadas: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS, Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul – AMPRGS, Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul – ADPERGS, Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS, Conselho da Comunidade para Assistência aos Apenados das Casas Prisionais Pertencentes às Jurisdições da Vara de Execuções Criminais e Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre, Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC e Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, ofertaram Representação pela violação dos Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA), com pedido de medidas cautelares contra o Estado Brasileiro, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Tal providência representa um marco porque demonstra o esgotamento interno de todas as medidas possíveis a fazer reparar e cessar reiteradas e constantes violações de Direitos Humanos, produzidas pelo Estado contra os indivíduos então recolhidos ao Presídio Central de Porto Alegre, por prisão provisória ou definitiva, além de seus familiares, visitantes e servidores da Casa Prisional, o que é de conhecimento de muitos há tempos. Aliás, tal esgotamento é a própria condição para utilização do Sistema Internacional, eis que o mesmo é complementar e coadjuvante.

Não se precisa dizer da importância assente do tema em comento, tampouco da dimensão que ele representa à Defensoria Pública, órgão da execução penal, nos termos do art. 61, inciso VIII, da Lei de Execuções Penais, com a redação dada pela Lei nº 12.313/2010, tendo por incumbência, entre outras, nos termos do art. 81-B do mesmo diploma legal, velar pela regular execução da pena e da medida de

segurança, inclusive através de visita aos estabelecimentos prisionais, tomando providências para o seu adequado funcionamento, requerendo, se caso for, à autoridade competente, a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Nesse sentido, também o disposto na Lei Complementar nº 80/94, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132/09, a qual lhe impõe a promoção, a prevalência e a efetividade dos Direitos Humanos, nesses dois últimos casos como objetivos da Instituição Defensoria Pública, cumprindo-lhe como função institucional, entre tantas outras, a de promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; a de exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; inclusive com a atuação nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais.

O regular processamento da dita Representação e o seu acolhimento por primeiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem por efeito mostrar-se como medida imperativa na constante (re)afirmação e efetivação dos Direitos Humanos, valores, estes, imprescindíveis à manutenção e sustentabilidade de um Estado que se diz e se acredita como Democrático de Direito.

Dessa forma, pretende-se com o presente artigo concluir pela viabilidade do encaminhamento da referida Representação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, acaso fracassada a fase de tramitação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para tanto, valendo-se de análise da jurisprudência produzida pela própria Corte. Em sendo assim, num primeiro momento se abordará os termos, os pedidos e os limites da Representação procedida, para, após breves considerações acerca da estruturação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, proceder-se à análise da jurisprudência da

Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de integridade pessoal e privação da liberdade.

Ao final, será delineada conclusão acerca da exposição, incluindo-se as referências bibliográficas.

2 DA REPRESENTAÇÃO ENCAMINHADA À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE/RS

A Representação encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em data de 10 de janeiro de 2013, dando conta de diversas violações de Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre/RS, foi fruto do trabalho conjunto de diversas entidades, todas já mencionadas na introdução do presente artigo, sendo seu texto resultado do trabalho também conjunto de diversas mãos.

O documento, cujo acesso se pode obter integralmente no site da ADPERGS², bem como em diversos outros, relacionados às referidas entidades, encontra-se estruturado da seguinte forma: enumeração e identificação das entidades promotoras da Representação; dados das vítimas (presos condenados e provisórios, familiares, visitantes e servidores da Casa Prisional) e dos peticionários (entidades promotoras da Representação); Estado-membro da OEA contra quem a denúncia é apresentada, no caso, por óbvio, o Brasil; fatos denunciados; autoridades responsáveis; Direitos Humanos violados; Recursos Judiciais e Não Judiciais para a solução dos fatos denunciados; Atendimento dos requisitos de admissibilidade (hipóteses do Caput e, do nº 1, alínea a, do art. 31, do Regulamento da CIDH); Provas disponíveis; Medidas Cautelares e Pedido de Mérito, além de fazer-se acompanhar de inúmeros anexos.

A maior parte da peça está assentada nos fatos denunciados, eis que pormenorizadamente preocupou-se com a descrição fidedigna de todas as mazelas enfrentadas pelas vítimas dentro do estabelecimento prisional referido. O primeiro tópico nesse sentido traça uma apresentação, breve, da Casa Prisional, projetada na primeira década de 1950, com inauguração em 1959.

O presídio originalmente foi projetado para ter celas individuais, banheiro, refeitório, em número máximo de 600 presos, entretanto, na atualidade, conta com

2 <http://www.adpergs.org.br>, acesso em 02 de fevereiro de 2013.

10 pavilhões, segundo laudo produzido pelo CREA³, que hoje são denominadas galerias, com celas dos dois lados, as quais teriam sido projetadas para uma pessoa só, sem banheiro individual, eis que havia um único banheiro coletivo nos fundos da galeria. Ocorre que o presídio foi recebendo cada vez mais detentos até superlotar. Essa superlotação, associada ao descaso estatal, foi produzindo diversos reflexos dos mais danosos possíveis.

A superlotação, alojamentos e a perda do controle interno é o primeiro ponto a ser denunciado pelos representantes, haja vista que a capacidade oficial do PCPA é de 1.984 presos, sendo que da redação do documento a sua ocupação atual seria superior ao dobro da sua capacidade oficial, aproximadamente 4.591 presos. À parte disso, possui um elevadíssimo trânsito de detentos, tanto que apenas no ano de 2011 passaram pelo PCPA 24.382 presos.

Esses números aliados à insalubridade, arquitetura prisional, ressocialização, assistência médica e maus-tratos, concedeu ao PCPA o título de pior unidade do Brasil, segundo relatório produzido pela CPI do Sistema Carcerário, via Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados Federais do Brasil.

Considerado como a “masmorra do século XXI”, outro relatório, agora do ano de 2009, também nesse sentido, foi produzido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) do Ministério da Justiça do Brasil. Entretanto, passados mais de dois anos, o que era de extrema gravidade, tornou-se ainda pior.

Como o presídio foi projetado para contar com celas individuais e sem banheiro, havendo apenas um banheiro coletivo ao fundo das galerias, conforme já se referiu, havia, portanto, necessidade de abrir a cela e de acompanhar o detento a cada uso. O crescimento do presídio e da superlotação inviabilizou isso. As celas individuais, portanto, foram reunidas e improvisado um banheiro ao centro das mesmas. Ocorre que tal medida também não comportou o crescimento da demanda, eis que hoje para cada uma das celas de oito pessoas há quarenta detentos, sendo que nas galerias construídas originalmente para cem presos, espremem-se hoje 470 pessoas.

Na ausência de camas os presos são obrigados a dormir no chão ou em “camas aéreas”, feitas de uma trama de pano e plástico. Os banheiros,

3 Cf. Representação encaminhada à CIDH, disponível no site <http://www.adpergs.org.br>, acesso em 02 de fevereiro de 2013.

improvisados no centro das celas e não previstos originalmente, passaram a infiltrar para o andar de baixo das galerias, sendo que para evitar o esgoto das galerias superiores, os presos fixam sacolas plásticas no teto, canalizando-os com garrafas plásticas até as janelas que dão para o pátio interno. Com uma superlotação de centenas de pessoas esses canos foram entupindo e o seu desentupimento se deu pela quebra dos canos, logo, a descarga dos vasos sanitários faz com que os dejetos cloacais de centenas de pessoas caiam no pátio interno, local onde os apenados recebem seus familiares e visitantes!!!

A superpopulação associada à precariedade da rede hidráulica produz níveis inimagináveis de insalubridade, mas a sua associação à caótica e precária rede elétrica, coloca mais de quatro mil pessoas em um elevado e constante perigo de morte. A cozinha construída, por evidente, não comporta o número de presos, além da má qualidade da comida (muitas vezes produzida em meio ao lixo e ao esgoto), sendo assim, “cozinhas artesanais” passaram a ser improvisadas pelos presos dentro das celas, alimentadas por rede elétricas clandestinas, as quais se unem a outras tantas, resultando em uma trama de fios improvisados, com altíssimo risco de incêndio, o que aliado à absoluta ausência de um plano de emergência contra incêndio, faz com que se possa se falar em um altíssimo risco de morte para quase cinco mil presos.

Afora isso, verifica-se que a liberação dos presos das celas, com a retirada dos agentes penitenciários e policiais do interior das galerias, gerou uma espécie de “administração compartilhada”, na qual o Estado tem apenas controle dos corredores de acesso e das alas administrativas, o que se traduziu na perda do controle interno e no domínio do PCPA pelas facções, segundo ponto levantado pela Representação nos fatos denunciados.

O abandono estatal das galerias superlotadas deu às facções certa “oficialidade” e “normalidade” nos procedimentos por elas adotados, como de alocação de um preso a uma galeria, já que ao invés de se atender as exigências legais de individualização da pena, se atenta para a segurança do preso, a qual não vai ser promovida pelo Estado dentro da galeria, mas, sim, pelos próprios presos.

O preso acaso não pertencente a uma determinada facção assim o passará, eis que uma série de direitos que possui, tais como: assistência material, de saúde, jurídica; estão com a sua fruição condicionada a tanto. Ao controle das galerias

pelas facções deve-se também a entrada de armas e munição no PCPA, e, embora não ocorram muitas execuções dentro do PCPA, estas acabam por se dar quando da progressão de regime dos apenados ou a partir do momento em que o apenado deixa o sistema prisional.

Dessa forma, não há que se falar em individualização da pena, tampouco em trabalho profissionalizante, não só porque não conta o PCPA com estrutura a tanto, mas, também, porque as facções são completamente contra a realização de tarefas administrativas pelos detentos, o trabalho que apenas sobra a estes, o que gera medo e rejeição pelos apenados na realização destas atividades.

Por outro lado, segue a Representação dando conta da estrutura do PCPA, do comprometimento da rede hidráulica e sanitária e da ausência de condições mínimas de higiene, do comprometimento da rede elétrica, do risco imediato de incêndio, e do alto grau de perigo à vida, tendo por base o laudo técnico de inspeção do IBAPE/CREA, o qual considerou e classificou, quanto ao grau de risco, como crítico o do PCPA, em todas essas situações.

E nem se fale na precariedade de assistência à saúde e o alto grau de perigo à integridade e à vida, apontados pelos representantes como um dos fatos denunciados, via inspeção realizada no local pelo Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul – CREMERS, o qual deu conta da existência de um único médico no quadro do PCPA, razão pela qual os presos acabam por ser atendidos por médicos de estabelecimentos hospitalares conveniados ao Estado, quando levados a tanto, já que somente recebem atendimento médico quando solicitam, o que gera os altos níveis de doença entre os apenados, tal como a tuberculose. A assistência odontológica segue o mesmo caminho.

A assistência material sonogada é outro ponto levantado pelos representantes, já que os apenados não recebem por parte do Estado quaisquer bens materiais essenciais para a sobrevivência digna, cumprindo aos familiares este papel, os quais passam por toda uma revista minuciosa (outro ponto levantado pela Representação, as inúmeras violações de direitos e violência institucional enfrentadas pelos familiares e visitantes nas revistas e, quiçá, nas visitas íntimas), além de enfrentarem normas rigorosas regulamentares do sistema prisional, tudo para conseguirem fazer chegar às mãos dos presos, material de higiene pessoal, cobertores, colchões, entre outros bens. Além disso, tal situação alimenta as

facções com a geração de comércio paralelo a preços extorsivos, bem como impõe aos apenados a necessidade de comprar alimentação básica na cantina instalada no estabelecimento, já que se veda aos familiares ingressar com aquilo que na cantina se pode comprar, a preços muito maiores do que àqueles do mercado extra PCPA.

Ainda dentro dos fatos denunciados temos a ausência de condições de trabalho, estudo e demais instrumentos de reabilitação, o que impede a implementação da remição, nos termos da lei de execução penal, bem como alimenta o ócio dentro do sistema, sendo que aos poucos que exercem algum tipo de atividade, sobram precárias e insalubres condições de trabalho, sem oportunidade de remuneração.

Por fim, atenta a Representação para as más condições de alimentação dos apenados, desde as péssimas condições de higiene de seu preparo e da forma como é servida até a qualidade e quantidade do alimento fornecido à população carcerária, o que aponta para a violação de normativa nacional e internacional específica. Segue-se, então, com a enumeração das autoridades responsáveis: Presidente da República Federativa do Brasil, Ministro da Justiça do Brasil, Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Secretário de Segurança do Estado do Rio Grande do Sul e Superintendente dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul.

Há um item que discorre sobre os Direitos Humanos violados, trazendo a lume os artigos 1º, 4º, 5º, 11 e 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969; artigos 1º, 5º, 7º, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 25 e 26 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; artigos 6, 10, 11, 12, 13, 16, 17 e 18, do Protocolo Adicional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador, de 1988; e as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU, Genebra, 1966. Sob a perspectiva do direito interno violado, enumera-se: Constituição Federal de 1988, Lei de Execuções Penais, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso.

Na sequência, há demonstração do esgotamento de todos os recursos judiciais e não judiciais para a solução dos fatos denunciados, requisito exigido pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, razão pela qual a peça elenca

todas as interdições realizadas no PCPA, bem como dá conta do descumprimento de determinações previstas em relatórios pós-inspeção do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados Federais (CPI do Sistema Carcerário), como forma de atendimento aos requisitos de admissibilidade (hipóteses do Caput e, do nº 1, alínea a, do art. 31, do Regulamento da CIDH).

Como provas disponíveis juntam-se em anexo lista de documentos, sugerindo-se como testemunhas a serem ouvidas o Juiz de Direito Sidnei Brzuska e o Promotor de Justiça Gilmar Bortolotto.

Item importante é o destinado às medidas cautelares, previstas no artigo 25 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como forma de prevenir danos irreparáveis às pessoas, dadas a gravidade e urgência das situações, sendo dispensável, nesta hipótese, a oitiva prévia do Estado demandado.

Os representantes, a título de medidas cautelares, requereram à Comissão, assentados nos artigos 28, 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em concordância com o seu também artigo 1.1 e aos direitos à vida e à integridade, à saúde e ao bem-estar, à educação, à justiça, ao tratamento humano durante a privação de liberdade, contra penas cruéis e difamantes, especialmente as seguintes determinações: vedação ao ingresso de novos detentos no estabelecimento; separação entre presos provisórios e definitivos; realocação dos presos que excedam a capacidade oficial do estabelecimento, sem que isso opere em superlotação de outra Casa Prisional; a construção em número suficiente de novas Casas Prisionais na Região Metropolitana de Porto Alegre/RS, observados os padrões internacionais, a fim de receberem os presos realocados e outros; planos eficazes de prevenção, detenção e extinção de incêndios, alarmes, assim como protocolos de ação em casos de emergência que garantam a segurança dos presos; acesso de todos os detentos em tempo e modo suficientes a médicos, psicólogos e odontologistas, inclusive especialistas, de acordo com a moléstia detectada, e segundo critérios estabelecidos pelos profissionais de saúde quanto à gravidade e à urgência do tratamento; separação e tratamento, de modo a evitar o maior contágio de outros detentos, dos portadores de doenças infectocontagiosas; erradicação dos “chaveiros”, também denominados “plantões de chave”; adequação das instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias; fornecimento de camas individuais, cobertores e

vestuário adequados para os detentos; adequação das instalações e capacidade da cozinha, e fornecimento de alimentação adequada, vedado o fornecimento de alimentação básica pela cantina instalada no estabelecimento; controle dos presos da cantina; vedação ao comércio de gêneros alimentícios, materiais de higiene e produtos de qualquer natureza pelos presos, cumprindo ao Estado o respectivo fornecimento dos bens; acesso de todos os detentos ao trabalho e à educação; a vedação imediata das revistas íntimas dos visitantes, determinando sejam adotadas as medidas necessárias para a construção de um local adequado para as visitas, fora dos espaços de reclusão dos presos, de modo que os visitantes não sejam revistados, e sim os presos, ao retornarem para as galerias; acesso de todos os detentos a advogado ou defensor público, em tempo e condições adequadas, de modo a permitir o acesso à justiça para regular cumprimento do seu regime prisional; adequação das instalações no que for necessário para que os visitantes dos presos não sejam expostos ao contato com esgoto, doenças infectocontagiosas, risco à vida ou à integridade pessoal, proporcionando, inclusive, local privativo, seguro e higienizado para a realização das visitas íntimas; adequação da estrutura física do estabelecimento, mediante a recolocação de paredes, banheiros, grades, janelas, rebocos, de modo que os presos sejam alocados em celas higienizadas, aeradas, seguras, respeitada a sua capacidade; a promoção de treinamento dos Servidores Penitenciários, Judicial, Ministério Público e da Defensoria Pública em programas de capacitação sobre os padrões internacionais de direitos humanos, em particular sobre o direito das pessoas privadas de liberdade; e que se assegure aos membros peticionários a realização de visitas de monitoramento ao PCPA, sem aviso prévio e com acesso a qualquer unidade ou pessoa, com privacidade, bem como a documentos oficiais, realizando gravações de vídeo e áudio nas unidades, conforme as normas internacionais aplicáveis à matéria. Na impossibilidade de realização das adequações requeridas, os peticionários recomendam, então, a desativação do PCPA, possibilitada a visitação *in loco* pela Comissão.

Por fim, o pedido de mérito com o intuito de declarar admissível a denúncia em relação à violação aos direitos à vida (art. 4), à integridade pessoal (art. 5), às garantias judiciais e ao devido processo (arts. 8 e 25), estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, em concordância com o seu art. 1.1; aos direitos à

vida e à integridade (art. I), à saúde e ao bem-estar (art. XI), à educação (art. XII), à justiça (art. XVIII), ao tratamento humano durante a privação de liberdade (art. XXV), contra penas cruéis e difamantes (art. XXVI), definidos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; e aos direitos à saúde (art. 10), à alimentação (art. 12) e à educação (art. 13), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em concordância com o art. 1 do mesmo instrumento, para, ao final do procedimento, concluir pela violação desses direitos e recomendar ao Brasil: a adoção das medidas necessárias, dentre as quais, no mínimo, as postuladas como medidas cautelares, para que o PCPA obedeça aos padrões interamericanos de tratamento de pessoas privadas de liberdade; a adoção das medidas necessárias para a gradual substituição da administração e pessoal militar do PCPA por administração e pessoal civil; verificada, durante o procedimento, a impossibilidade das adequações necessárias em face das condições da construção ou no caso de não adoção das medidas necessárias em prazo razoável, observar a recomendação da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário e desativar o PCPA; indenizar adequadamente as violações de direitos reconhecidas, nas dimensões materiais e moral; outras medidas que a Comissão entenda adequada, em atenção ao princípio *iura novit curia*.

Resumidamente, portanto, temos fixados os termos, os pedidos e os limites da Representação procedida. Passemos, então, as breves considerações acerca da estruturação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para, após, analisarmos a jurisprudência formulada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nessa matéria.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Segundo Piovesan⁴, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos Direitos Humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo. A internacionalização dos Direitos Humanos é fenômeno recente

4 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

na história, surgindo a partir do pós-guerra, evidentemente como resposta às atrocidades e aos horrores produzidos de toda a sorte durante a vigência dos regimes totalitários.

A barbárie do totalitarismo rompeu e negou o valor da pessoa humana, razão pela qual o pós-guerra implica reconstruir os Direitos Humanos, tanto na esfera internacional, bem como na de direito interno, o que se verificou com a emergência de um novo direito constitucional. Dessa sorte, o advento da Declaração Universal de 1948 e posteriormente, porque é o que aqui nos interessa, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978, possibilitou o desenvolvimento de um sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos.

Diferentemente do sistema regional europeu e africano, o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos apresenta singularidades, marcadas pelo seu contexto histórico. Os Estados da América Central e do Sul, por exemplo, são regiões que apresentam elevado grau de exclusão e desigualdade social, convivendo com reminiscências dos regimes autoritários ditatoriais que se fizeram presentes nestes Estados, bem como com a transição política aos regimes democráticos, o que revela adaptação e necessidade imperiosa de fortalecimento dos Estados de Direito, bem como, precária tradição de respeito aos Direitos Humanos.

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, tendo entrado em vigor em 1978. Apenas Estados membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana. O Estado Brasileiro foi um dos Estados que mais tardiamente aderiu à Convenção, fazendo-o apenas em 25 de setembro de 1992.

A Convenção estabelece um aparato de monitoramento e de implementação dos direitos que enuncia, o qual é integrado pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta última é a que nos interessa no momento.

A Corte é o órgão jurisdicional do sistema regional, apresentando competência consultiva e contenciosa. Daí resulta que cumpre à Corte a interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos, bem

como a solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção, nesse último caso, de contenciosidade, podendo determinar ao Estado que violou direito da Convenção, a adoção de medidas necessárias à restauração daquele direito violado e, ainda, a sua condenação ao pagamento de uma justa compensação à vítima.

A Corte foi instalada oficialmente em 03 de setembro de 1979, com sede em San José, Costa Rica. O seu Tribunal é composto por sete juízes, que devem ser nacionais de um dos Estados-Membros da OEA (atualmente, são 35), mesmo que não seja signatário da Convenção, mas não poderá haver mais de um juiz da mesma nacionalidade. Os juízes são eleitos (em Assembleia Geral da OEA, havendo indicação por parte dos Estados) para mandato de 06 anos, sendo permitida uma única reeleição. Os idiomas oficiais da Corte são os mesmos da OEA: espanhol, inglês, português e francês. Os seus julgamentos são sempre de competência do Plenário, cujo quorum para deliberação será de cinco juízes.

O juiz que seja nacional de algum Estado que seja parte em um caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer o caso, não havendo impedimento. A jurisdição da Corte é facultativa, sendo que o Brasil a reconheceu por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998.

Por outro lado, cumpre asseverar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, outro órgão do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (o qual faz parte da estrutura da OEA), foi criada antes mesmo da existência da Convenção Americana, tendo iniciado os seus trabalhos em 1960, quando o Conselho da OEA aprovou seu estatuto e elegeu seus primeiros membros.

A Comissão tem sede em Washington/EUA, sendo formada por sete membros que são eleitos (também em Assembleia Geral da OEA, indicação realizada pelos Estados) para mandato de quatro anos, sendo permitida uma única reeleição. A Comissão não poderá ser integrada por mais de um nacional de um mesmo Estado. Os seus idiomas oficiais são os mesmos da OEA e da Corte. As suas reuniões exigem quorum de presença da maioria absoluta de seus membros. Diferentemente da Corte, seus membros não podem participar de decisão, investigação ou deliberação referente ao Estado do qual sejam cidadãos. A sua principal função é promover a observância e a defesa dos Direitos Humanos.

Todo o Estado, ao ratificar a Convenção Americana, aceita, automática e obrigatoriamente, a competência da Comissão, para conhecer petições de indivíduos que contenham denúncias de violações de direitos assegurados pela Convenção. Entretanto, em relação às denúncias feitas por Estados, é necessário um reconhecimento expresso da competência da Comissão, quando da sua ratificação ou, até, posteriormente a esta.

Qualquer pessoa, inclusive entidades não governamentais, e, agora, as Defensorias Públicas, através do seu órgão de execução, os Defensores Públicos (vide Lei Complementar nº 132/09⁵), pode peticionar perante a Comissão, já que

5 Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XII - (VETADO);

XIII - (VETADO);

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XIX – atuar nos Juizados Especiais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

não o pode fazer perante a Corte diretamente, papel relegado à Comissão, a qual realizará este filtro, encaminhando determinados casos à Corte, acaso não solucionados em procedimento instalado nessa instância. Atualmente, os Defensores Públicos podem atuar na Corte e na Comissão, dado Acordo de Entendimento assinado entre o referido órgão e a AIDEF (Associação Interamericana de Defensorias Públicas), criando a figura do Defensor Público Interamericano.

A Convenção estabelece requisitos para que o pedido formulado perante a Comissão seja aceito, tais como, o esgotamento dos recursos internos (dado ser a jurisdição internacional de Direitos Humanos complementar e coadjuvante); a apresentação do pedido dentro do prazo de seis meses, a contar da intimação do trânsito em julgado da decisão sobre a violação, no processo movido perante a jurisdição interna; bem como que a matéria da petição não esteja pendente de outro processo em nível internacional.

As exigências de esgotamento dos recursos internos e do prazo de seis meses não se aplicam nos seguintes casos: quando o processo interno do país não se desenvolva segundo as regras do devido processo legal; quando não se permita ao pretense prejudicado o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou não lhe permita esgotá-los; e, quando haja um retardamento injustificado no julgamento de tais recursos, o que bem se viu no caso Ximenes Lopes, um dos quais restou condenado o Estado Brasileiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

§ 3º (VETADO).

§ 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 7º Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 8º Se o Defensor Público entender inexistir hipótese de atuação institucional, dará imediata ciência ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia, indicando, se for o caso, outro Defensor Público para atuar. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 9º O exercício do cargo de Defensor Público é comprovado mediante apresentação de carteira funcional expedida pela respectiva Defensoria Pública, conforme modelo previsto nesta Lei Complementar, a qual valerá como documento de identidade e terá fé pública em todo o território nacional. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 10. O exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 11. Os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII do caput reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

O procedimento perante a Comissão pode ser resumido nas seguintes etapas: juízo de admissibilidade, a instrução, a tentativa de solução consensual e o Informe ou Relatório. Os relatórios de admissibilidade ou de inadmissibilidade serão públicos e a Comissão os incluirá no seu Relatório Anual à Assembleia Geral da OEA. Admitida a petição, as partes terão prazo de 02 meses para apresentarem as suas observações, assim como na fase de admissibilidade, já que, aqui, ingressamos na instrução.

Antes de se pronunciar sobre o mérito, a Comissão fixa um prazo para que as partes se manifestem sobre o seu interesse em iniciar o procedimento de solução amistosa, no qual a Comissão atuará como mediadora de um acordo entre as partes. Se frutífera, a Comissão publica um Informe, do contrário, segue o procedimento. Cabe asseverar, a título de exemplo, que no caso Ximenes Lopes o Estado Brasileiro não se manifestou na fase de admissibilidade do pedido, sequer também quanto à possibilidade de realização de solução amistosa, o que veio a ser posteriormente considerado pela Corte, quando do julgamento da exceção preliminar interposta pelo próprio Estado, a qual não foi acolhida, afirmada a concordância tácita do Estado ao caso, na medida em que no tempo que lhe foi possível contestar, não o fez.

A Comissão pode realizar investigação *in loco* no Estado apontado como violador dos Direitos Humanos, além de, se considerar necessário, também designar audiência, convocando as partes a tanto. Neste último caso, as partes também poderão solicitar a realização de audiência, quando poderão apresentar qualquer elemento de prova, desde que requerida em tempo hábil. Somente participam das audiências os representantes das partes, os membros da Comissão, o pessoal da Secretaria Executiva e os Secretários das Atas. A presença de outras pessoas dependerá de decisão da Comissão.

O Regulamento da Comissão Interamericana estabelece no artigo 29 o mecanismo das medidas cautelares, empreendido pelas entidades na Representação ofertada no caso PCPA. Tal solicitação pode ser apresentada à Comissão nos casos em que haja perigo ou risco de vida para a vítima. A Comissão poderá, dessa forma, por iniciativa própria ou a requerimento de uma parte, tomar qualquer ação que considere necessária para o exercício das suas funções, ou, ainda, em casos urgentes, a Comissão pode solicitar que sejam adotadas medidas

cautelares ao Estado, para evitar que ocorram danos irreparáveis às vítimas de violações de Direitos Humanos. Caso a situação de perigo se agrave e o Estado se negue a adoção das medidas necessárias, a Comissão poderá requerer à Corte a adoção de medidas provisionais, que são igualmente medidas de proteção, porém, com caráter judicial.

No que diz com a prova, a parte que requerer a sua produção deverá arcar com todos os seus custos. Há uma presunção de veracidade dos fatos não contestados perante a Comissão. Esta, por sua vez, para a decisão de mérito do pedido, elabora um relatório. As suas deliberações serão secretas e todo o conteúdo dos debates será confidencial. Concluindo pela violação a Direitos Humanos, assim a Comissão se manifestará em seu relatório, além de formular outro com destino ao Estado envolvido na violação, a fim de que ele tome determinadas medidas reparatórias, após, decorridos 03 meses desta comunicação ao Estado, a Comissão decide se envia ou não o caso à Corte, decisão que lhe é completamente discricionária.

A legitimação ativa perante a Corte Interamericana é exclusiva dos Estados e da Comissão. Entretanto, não se encontra a Corte vinculada ao Relatório apresentado, por exemplo, pela Comissão, podendo decidir de modo diverso deste. Embora o indivíduo não possa postular diretamente à Corte, poderá indicar advogado ou obter a nomeação de um defensor público interamericano, receberá cópias do informe da Comissão, podendo produzir provas e formular alegações.

O procedimento perante a Corte é público, tanto na fase escrita quanto na oral, mas as deliberações se dão a portas fechadas, em caráter secreto, embora a sentença deva ser fundamentada, podendo cada juiz agregar à sentença seu voto motivado. Esta sentença é enviada a todas as partes. O procedimento, embora apresente uma fase inicial escrita, em sua essência, é oral, ordenado para se desenvolver em audiência una. A Corte não admite recurso de suas decisões. Seu procedimento se divide em três fases: apresentação da demanda, fase escrita e fase oral.

Recebida a demanda, o Estado é notificado e pode designar um agente perante a Corte, tendo o prazo de três meses para responder, por escrito, à demanda. A partir daí opera-se a fase escrita, com apresentação de memoriais.

Após, vem à fase oral, com a realização de audiência, com oitiva de testemunhas e peritos, e, ainda, realização de debates.

As provas deverão ser requeridas pelas partes em tempo hábil, sendo que a Corte pode determinar a produção de prova de ofício. Aqui, também, como na Comissão, a parte que requereu a prova deverá arcar com o seu custo. A sentença será proferida mediante votação secreta, mas devidamente motivada, comunicada em sessão pública, expedida cópia às partes e aos interessados. Cabe ressaltar que no sistema interamericano a sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução das sentenças contra o Estado. É título executivo judicial, portanto. Há previsão de demanda de interpretação, estendida a todas as partes, mas não há previsão de demanda de revisão, sendo que a decisão da Corte não poderá, de forma alguma, ser alterada.

Realizada esta pequena abordagem acerca dos órgãos componentes do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, bem como dos seus mecanismos e procedimentos, é bom ressaltar que os tratados internacionais, mormente a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos desempenharam um papel fundamental na afirmação dos Direitos Humanos e, atualmente, vêm assumindo um protagonismo ainda maior, em face da incorporação de seus conteúdos aos constitucionalismos dos países que as subscreveram.

Isso se infere mediante a previsão constitucional de cláusulas de recepção expressa (vide artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988); mediante a previsão constitucional e/ou o desenvolvimento dogmático do princípio da interpretação dos Direitos Fundamentais conforme os Direitos Humanos, ou, ainda, mediante a atividade da justiça constitucional, que as pode incorporar ao parâmetro de constitucionalidade.

E é por isso que nos valemos de Feldens⁶ e da sua expressão, quando afirma que a jurisprudência produzida pelos Tribunais Internacionais, no caso, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais precisamente, fornece, hoje, um lastro de interconstitucionalidade em sede de direitos fundamentais que progressivamente

6 FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 102.

vai se incorporando aos programas constitucionais de cada país, ou, ao menos, deveria se incorporar, dotando de maior densidade as normas e os princípios de direitos fundamentais, como forma de (re)afirmação destes direitos.

4 DA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE INTEGRIDADE PESSOAL E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Considerando ser a Corte o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, cumpre analisar a sua jurisprudência, mormente em matéria de integridade pessoal e privação de liberdade.

De uma maneira geral, a Corte vem afirmando que apesar se possa entender que com a privação da liberdade de uma pessoa lesiona-se também a sua integridade pessoal, o certo é que o artigo 5 da CADH refere essencialmente que toda a pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade humana e não deve ser submetida à tortura, nem a penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Para o Tribunal⁷:

(...) la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta outro tipo de vejámenes o trato crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados em cada situación concreta.

Ainda, segundo o órgão referido, cabe ressaltar que o direito de ser tratado com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano forma parte de um núcleo inderrogável que não é susceptível de suspensão, quiçá, em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças a independência ou segurança dos Estados parte⁸.

7 Loayza Tamayo Vs. Peru. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33; Igualmente, Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C No. 123 y Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149 in Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Análisis de La Jurisprudência de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**. San José: Corte IDH, 2010.

8 Cf. Caso *Montero Aranguren y otros* – Retén de Catia Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de Julio de 2006. Serie C No. 150; *Massacre de Pueblo Bello* Vs. Colômbia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; *Penal Miguel Castro Castro* Vs. Peru, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; *Ximenes Lopes* Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04 de Julio de 2006. Serie C No. 149 y *Servwillón García* Vs. Honduras. *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006*. Serie C No. 152).

Em razão disso, aos Estados recai uma obrigação específica de respeito às pessoas que permanecem sob a sua tutela. O artigo 5.2 da CADH aduz que toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com a sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir o seu direito à vida e à integridade pessoal, tendo por obrigação procurar assegurar às pessoas privadas de liberdade as condições mínimas compatíveis com a sua dignidade. Nesse sentido, o Caso Instituto de *Reeducación del Menor*⁹.

O Tribunal também considera que os Estados não podem alegar dificuldades econômicas para justificar condições de detenção que sejam tão pobres e que não respeitem à dignidade inerente ao ser humano. Embora a privação de liberdade tenha por consequência a limitação e a afetação de outros Direitos Humanos, essa restrição deve ser limitada rigorosamente, pois só se justifica a restrição de um Direito Humano quando for absolutamente necessário no contexto de uma sociedade democrática. E, mesmo assim, o Estado deve assegurar que a maneira e o método de execução da medida não submetam o detento a angústias ou dificuldades que excedam o nível inevitável de sofrimento intrínseco ao encarceramento, e, que dadas às exigências práticas deste, sua saúde e bem-estar estejam adequadamente assegurados. Também, aqui, se faz referência à decisão proferida no Caso Instituto Reeducación del Menor.

A Corte tem fixado em sua jurisprudência que certas condições sofridas e enfrentadas pelas pessoas privadas de liberdade constituem violações do direito consagrado no artigo 5 da CADH. Nesse sentido, decidiu a Corte no Caso García Asto:

(...) la detención em condiciones de hacinamiento, com falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene em aislamiento e incomunicación o com restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal.¹⁰

Em outro caso, contra *Trinidad y Tobago*¹¹, o Caso *Caeser*, a Corte concluiu igualmente que a vítima havia sofrido violação dos direitos consagrados nos artigos 5.1 e 5.2 da CADH, pelas condições que enfrentou durante o tempo em que passou

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Análisis de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**. San José: Corte IDH, 2010. p. 20. Caso Instituto de Reeducación del Menor *versus* Paraguai. Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 02 de setembro de 2004. Série C No. 112.

10 *Ibidem*. p. 20. Caso *García Asto y Ramírez Rojas versus* Peru. Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C No. 137.

na prisão. A vítima havia permanecido encarcerada junto com outros prisioneiros em celas pequenas, sem ventilação e equipadas com um balde ao invés de banheiros, vendo-se obrigada a dormir no chão. Ademais, padeceu de sérios problemas de saúde e, apesar de ter sido examinada por um médico em várias ocasiões, o tratamento médico da vítima foi inadequado e suas condições de saúde vieram a se deteriorar com o passar do tempo.

No já mencionado Caso Instituto de *Reeducación del Menor* versus Paraguai, constatou-se que o referido centro não contava com uma infraestrutura adequada para portar as pessoas detidas. Havia superlotação carcerária, as celas eram insalubres, com escassas instalações higiênicas, muitos não tinham cama, dormindo ao chão, eram mal alimentados, tinham pouca oportunidade de realizar atividades recreativas e não contavam com atenção médica, odontológica e psicológica adequada e oportuna. Não havia separação entre presos provisórios e definitivos, sendo todos os detentos submetidos ao mesmo tratamento, o que criou um clima de insegurança, tensão e violência, não existindo, ademais, oportunidades efetivas para que os detidos se reformassem e se reinserissem em sociedade.

Em sendo assim, a Corte concluiu que estas condições de detenção a que se viram expostos estes detentos eram desumanas e degradantes, implicando necessariamente uma afetação das suas saúdes mentais, repercutindo desfavoravelmente no desenvolvimento psíquico de suas vidas e integridade pessoal. Circunstâncias estas todas constitutivas de violação do direito consagrado no artigo 5 da CADH.

No caso *Fermín Ramírez* versus Guatemala¹², a Corte declarou igualmente violado o direito consagrado nos artigos 5.1 e 5.2 da CADH, pelas condições em que vivia a vítima durante todo o período do seu encarceramento em diferentes centros penitenciários, pois carecia permanentemente de água, existiam sérios problemas nas instalações sanitárias, não contava com serviço médico adequado, permanecia detida com mais duas pessoas em um quarto pequeno, contava com uma cama de cimento para dormir e a cela teria um único banheiro. Não se permitia sair da cela e nem realizar atividades ao ar livre, sendo limitadas as possibilidades

11 *Ibidem.* p. 20. Caso *Caesar* versus *Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 11 de março de 2005. Série C No. 123.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Análisis de La Jurisprudência de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**. San José: Corte IDH, 2010. p. 20. Caso *Fermín Ramírez* versus Guatemala. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C No. 126.

de desenvolver trabalho e estudo. O regime de visitas estava limitado a uma hora por semana, inexistente atendimento psicológico.

No caso *Montero Aranguren versus Venezuela*¹³, a Corte entendeu violado e infringido o disposto no artigo 5.4 da CADH. Na hipótese, tinham-se dormitórios com grande capacidade de alocação de detentos, entendendo a Corte que estes inevitavelmente implicavam em falta de privacidade para os presos em sua vida diária, bem como tais condições de alojamento seriam propícias a fomentar o desenvolvimento de facções criminosas, impedindo o controle devido pelos serviços penitenciários. Com tais alojamentos, ainda, revela-se impossível cumprir com a individualização da pena.

No que diz especificamente com as condições sanitárias, de higiene, vestuário e camas, a Corte tem estabelecido que:

(...) las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser em si mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el limite de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.¹⁴

Quanto à assistência médica mais especificamente, a Corte tem assinalado que os Estados têm o dever de proporcionar às pessoas privadas de liberdade consultas médicas regulares, dando atenção e tratamento adequado quando necessário. Ademais, devem permitir e facilitar que os detentos sejam atendidos por profissionais por eles ou por sua família selecionados. A falta de atenção médica adequada não satisfaz os requisitos mínimos de um tratamento digno conforme a condição de ser humano que emana do artigo 5 da CADH. Nesse sentido, o Caso *Tibi versus Equador*¹⁵.

A Corte tem protegido os direitos à liberdade e à integridade pessoal também em virtude de medidas provisionais, estas com caráter essencialmente preventivo, as quais têm por intuito amparar eficazmente os Direitos Humanos Fundamentais, evitando, com isso, danos irreparáveis às pessoas. Várias dessas medidas, por

13 *Ibidem*. Caso *Montero Aranguren e outros versus Venezuela*. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 05 de julho de 2006. Série C No. 150.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Análisis de La Jurisprudência de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**. San José: Corte IDH, 2010. p. 20. Caso *Montero Aranguren e outros versus Venezuela*. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 05 de julho de 2006. Série C No. 150.

15 *Ibidem*, p. 20. Caso *Tibi versus Equador*. Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 07 de setembro de 2004. Série C No. 114.

exemplo, foram deferidas com o intuito de preservação da assistência médica aos detentos, casos como: *Raxcacó Reyes*, *Cesti Hurtado*, *Millacura Llaipén* e *Lysias Fleury*¹⁶.

Em virtude da responsabilidade do Estado em adotar medidas de segurança a fim de proteger as pessoas sujeitas a sua jurisdição, a Corte tem estabelecido que este dever é mais evidente quando se trata de pessoas recolhidas em um estabelecimento prisional estatal. O Estado é o garante dos direitos das pessoas que se encontram sob a sua custódia. A critério do Tribunal, o Estado se encontra em uma posição especial de garante com respeito às pessoas privadas de liberdade, porque as autoridades penitenciárias exercem um controle total sobre estas. Nesse sentido, a Corte tem entendido que uma das obrigações que inegavelmente o Estado deve assumir em sua posição de garante, com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, é a de procurar dar a estas pessoas as condições mínimas necessárias e compatíveis com suas dignidades, enquanto encarceradas.

Em suas resoluções sobre medidas provisionais o Tribunal tem reiterado a sua jurisprudência sobre as obrigações que recaem sobre o Estado com base no artigo 1.1 da CADH. Assim, o direito à integridade pessoal e o direito à liberdade pessoal não só implicam ao Estado o dever de respeitá-los (obrigação negativa), senão, também, requerem que o Estado adote todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva).

Existe uma série de casos específicos em que a Corte, através da sua competência para emitir medidas provisionais, protegeu a integridade pessoal de vítimas que se encontravam recolhidas em centros penitenciários, em condições que violavam a CADH. Em relação a isto a Corte tem dito:

(...) en virtud de la relación existente entre las condiciones de detención y la garantía de los derechos a la vida e integridad personal, es posible la protección de las personas privadas de libertad en un centro de detención a través de una orden de adopción de medidas urgentes.¹⁷

Tal se verificou no caso Internado Judicial de Monagas “La Pica”¹⁸, onde havia superlotação carcerária, ausência de separação entre presos provisórios e

16 Ibidem, p. 20.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Análisis de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**. San José: Corte IDH, 2010. p. 20.

18 Ibidem, p. 20.

definitivos, deficientes condições sanitárias, físicas e de segurança, carência de pessoal devidamente qualificado a tanto, perda do controle interno, bem como no caso Complexo do Tatuapé de FEBEM *versus* Brasil¹⁹, no qual a própria Comissão requereu à Corte o deferimento das medidas, haja vista a situação de risco que enfrentavam os detentos devido à superlotação, ausência de separação, deficientes condições sanitárias, físicas e de segurança, ausência de pessoal qualificado, inexistência de plano para conter situações violentas e ausência de controle do ingresso e da posse de armas. Também no caso Urso Branco *versus* Brasil²⁰ a Corte ordenou a adoção de medidas provisionais, com o intuito de promover a proteção da vida e da integridade pessoal dos detentos.

Ao que tudo indica, apenas se tomando por base os poucos elementos elencados no presente, tem-se que o Caso Presídio Central de Porto Alegre/RS se enquadra em quase todas as violações enfrentadas pela Corte e, inclusive, objeto de medidas provisionais. Ao menos nesse contexto, tem-se da viabilidade do encaminhamento do Caso à Corte, acaso sem êxito o trâmite perante a Comissão, mas isso é assunto para o próximo tópico. Vejamos.

5 DA VIABILIDADE DO ENCAMINHAMENTO DA REPRESENTAÇÃO - CASO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE (PCPA) À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ao longo do presente, pôde-se perceber do fiel enquadramento da Representação formulada pelas entidades petionárias contra as violações de Direitos Humanos produzidas no interior do PCPA à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De todos os casos trazidos a lume se puderam extrair condições ou situações que se assemelham, ou, senão, são idênticas as relatadas pelas entidades na peça encaminhada à Comissão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde suas primeiras sentenças no ano de 1988, tem se pronunciado a respeito do tema integridade e liberdade pessoal. Tanto isso é verdade que a publicação utilizada no presente é de origem da Secretaria da própria Corte, a qual teve por intenção, com isto, expandir os seus

19 *Ibidem*, p. 20.

20 *Ibidem*, p. 20.

entendimentos, a fim de alcançar os Estados no plano internacional, e, conseqüentemente, no plano do seu direito interno.

Conforme podemos observar nas breves considerações esboçadas acerca da estruturação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Representação Caso PCPA ainda se encontra no limiar do seu trâmite, eis que chegada à Comissão verificar-se-á primeiro da sua admissibilidade, que, ao que parece, atenta a todos os requisitos do Sistema, para, após, passar-se a fase de tratativas, podendo, inclusive, dependendo aqui da posição a ser adotada pelo Estado Brasileiro e das medidas cautelares a ser deferidas, resultar encerrado o seu tramitar, acaso atendidas todas as solicitações requeridas pelos peticionários, ou, ainda, aquelas que podem ser determinadas pela Comissão ao Estado violador dos Direitos Humanos.

É importante fazer referência e deixar claro, também, que, desde o início da confecção do presente, tínhamos em mente a perfeita viabilidade do encaminhamento da Representação Caso PCPA à Corte Interamericana de Direitos Humanos, entretanto, espera-se que tal medida seja abreviada pela própria Comissão, tal como já ocorreu em outro caso brasileiro, diga-se, Maria da Penha, tudo tendo por norte a integral e imediata cessação, e, posterior, reparação dos Direitos Humanos até então violados.

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é complementar e coadjuvante da ordem constitucional e legal interna dos Estados, e, embora operada a internacionalização dos Direitos Humanos, a humanização do Direito Internacional e a Interconstitucionalidade, esta no que se diz com a aproximação, ratificação de textos internacionais, adoção expressa via Constituição de diversos Direitos Humanos Fundamentais, e, ainda, irradiação da jurisprudência produzida em âmbito internacional (o que, ao menos, deveria ocorrer), continua o Estado Brasileiro, nos termos da Constituição Federal de 1988, por primeiro, obrigado a atentar para a dignidade da pessoa humana, regendo-se em suas relações internacionais pela prevalência dos Direitos Humanos, o que se infere dos artigos 3º e 4º, da referida Carta Magna.

Veja-se que tanto o preâmbulo quanto o título dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 apontam para uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao seu pleno desenvolvimento da personalidade. Sinale-se que pela

primeira vez na história constitucional brasileira, a dignidade da pessoa humana foi guindada expressamente à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, inciso III, da CF/88).

E parece sensato fazer a ressalva de que o princípio da dignidade da pessoa humana concentra a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado, o que vem ao encontro do direito internacional dos Direitos Humanos, cujo centro também tem por referência, única e exclusivamente, a pessoa humana.

Pela primeira vez, a Constituição Federal assinala os objetivos do Estado Brasileiro, não todos, mas os fundamentais, diga-se de passagem. Alguns, é verdade, ali inseridos como prestações positivas a serem cumpridas pelo próprio Estado (aqui, ingressa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais), como forma de efetivação da democracia e da dignidade da pessoa humana.

Por tudo isso, é penoso reconhecer que diante a existência de diversos mecanismos de imposição Constitucional e legal, ainda tenhamos que apelar ao Sistema Interamericano para que o Estado Brasileiro cumpra efetivamente aquilo a que se obrigou. No Estado da Arte atual, parece evidente que não mais temos um problema de existência, mas, sim, antes, de eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais, cumprindo aos operadores jurídicos, quiçá, os Defensores Públicos, a luta constante pela promoção, afirmação, prevalência e concretude destes direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise até então procedida, restam algumas considerações, as quais, para nós, devem ser tomadas como premissas básicas e indissociáveis de um sistema que se funda na pessoa humana, na democracia e no direito.

Não se discute acerca da importância do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, ainda que complementar e coadjuvante do Sistema de Direito Interno dos Estados. O seu constante fortalecimento é medida impositiva, eis que criado com o intuito de promover a constante proteção dos mais mezinhos direitos do ser humano.

Entretanto, é fato também que os Estados se encontram atrelados a uma ordem constitucional e legal interna. Esta ordem constitucional, em muito inspirada pelos instrumentos internacionais, aponta para a centralidade do sistema em torno

da pessoa humana, objetivada a sua dignidade pela República Federativa do Brasil, formada sob o manto de um Estado que se diz Democrático de Direito.

O fenômeno da internacionalização dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, da adoção destes valores pelas ordens constitucionais dos Estados integrantes da comunidade internacional, pós-segunda guerra mundial, tem por escopo único a proteção integral da pessoa humana.

Desta feita, resulta o Estado, seja internamente, seja internacionalmente, vinculado a obrigações de duas ordens: negativas, o Estado deve se abster de intervir nas liberdades dos indivíduos e, positivas, o Estado deve atuar eficazmente na proteção dos Direitos Fundamentais das pessoas humanas, resultado da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais.

A Representação, encabeçada pelas entidades então nominadas, aponta para o absurdo constante de violações reiteradas de Direitos Humanos dentro do Presídio Central de Porto Alegre, Casa Prisional que se encontra administrada e mantida pelo Estado; sejam dos presos lá recolhidos, sejam dos seus familiares, visitantes e servidores.

Não se pode admitir que o Estado trate as pessoas dessa forma, e, é penoso reconhecer que se precisou ir tão longe para que se pudesse concretizar o mínimo à sobrevivência digna destas pessoas, ainda que todo o ordenamento constitucional e legal vigente assim apontasse para o dever estatal.

Espera-se que o intento renda frutos, ainda em sede da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, embora constatada a total viabilidade do encaminhamento do Caso à Corte, conforme farta jurisprudência sua comprovando isso.

Que o Estado assumas as rédeas das suas obrigações, atentando para o fato de que sua existência apenas se justifica se em nome da proteção da pessoa humana, do contrário, abre-se uma fresta para que se reproduza novamente parte da história que ninguém, e, tampouco, a comunidade internacional, pretende reviver (ao menos, assim se espera e confia), por isso a necessidade imperiosa de respeito aos Direitos Humanos Fundamentais, como medida de um Estado que se quer Democrático de Direito.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei de Execução Penal nº 7.210/84 (2013). **Lei de Execução Penal nº 7.210/84**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://corteidh.or.br>. Acesso em 15 de outubro de 2012.

_____. **Documentos básicos em matéria de *derechos humanos em el sistema interamericano***. San José: Corte IDH, 2011.

_____. **Análisis de La Jurisprudência de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad**. San José: Corte IDH, 2010.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade em Matéria Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. (VERIFICAR SE É COM LETRA MAIÚSCULA)

_____. Deveres de Proteção Penal na Perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 1, nº 1, Out./Dez. 2007, pág. 214/230.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEGISLAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: ADPERGS, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2012.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal.** Direito e Justiça, v. 37, n. 1, p. 5-11, jan./jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência.** Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI. Coimbra, 2005.

O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PRESOS NO BRASIL

Janaina Rodrigues Oliveira¹
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo²

RESUMO: O presente artigo descreve o processo de produção legislativa e as opções feitas nas leis recentemente aprovadas no Brasil, que tratam do monitoramento eletrônico de presos (Lei 12.258/10) e de acusados (Lei 11.403/11), para em seguida analisar alguns projetos-piloto de monitoramento eletrônico de apenados desenvolvidos por estados brasileiros. Tendo como base as abordagens criminológicas que apontam para a dispersão e extensão dos mecanismos de controle punitivo na sociedade contemporânea, são apresentados, ao final, alguns critérios que deveriam orientar a implementação de mecanismos eletrônicos de monitoramento no âmbito penal, objetivando a descarcerização e o respeito à dignidade humana de presos e acusados.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoramento eletrônico. Descarcerização. Reformas penais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Anamnese da lei 12.258/2010. 3. Experiências de monitoramento eletrônico em alguns estados brasileiros. 4. Observações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Para o criminólogo britânico Stanley Cohen, a história do controle social pode ser contada de várias formas. Uma delas seria descrevê-la como uma escolha entre exclusão e inclusão, ciclos, reações periódicas e contrarreações, mudanças de ênfase e abandono de direções.³

1 Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela PUC/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Ex-dirigente do antigo Núcleo Penal da Defensoria Pública do Estado. Subdirigente do Núcleo de Defesa em Execução Penal da Defensoria Pública do Estado (NUDEP). Professora da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (FESDEP).

2 Sociólogo. Especialista em Análise Social da Violência e da Segurança Pública pela UFRGS. Mestre em Sociologia pela UFRGS. Doutor em Sociologia pela UFRGS. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Sociais e em Ciências Criminais da PUC/RS.

3 COHEN, Stanley. **Visions of social control**. Cambridge: Polity Press, 1985. p. 266.

Para Cohen, as características originais dos primeiros sistemas de controle do século XIX, centralização estatal, classificação e segregação institucional, vinculavam-se a grandes projetos de exclusão. De outro lado, o período do pós-guerra, especialmente a década de 60 do século XX, foi um momento em que o impulso inclusivo pareceu dominar, com políticas como o movimento de integração na comunidade contra a segregação na instituição, descentralização, enfraquecimento ou diversificação dos vários sistemas de exclusão, classificação e controle. Segundo Cohen, excluir menos, incluir mais, poderia ter sido o slogan desse movimento.⁴

O período atual é caracterizado por uma expansão das penas de prisão e de serviços comunitários para certas categorias de desviantes, paralelamente à implementação de estratégias de controle social que não são genuinamente excludentes, pois não envolvem segregação ou expulsão, o que leva Roger Matthews a afirmar que as formas de intervenção tendem cada vez mais a focar o controle severo da conduta, objetivando dissuadir os desviantes em potencial através do uso crescente da vigilância, da implantação da segurança privada ou mesmo da prevenção do crime através do desenho ambiental.⁵

Trata-se de uma dupla via, de expansão da pena de prisão para os delitos considerados mais graves e penas não detentivas para os delitos tidos por leves, caracterizando uma dinâmica de dispersão das formas de intervenção, gerando um aumento das chamadas sanções intermediárias, com diversas formas de acompanhamento e supervisão.

Tratando da expansão da estrutura relacionada à prevenção do crime na sociedade contemporânea, David Garland aponta que, nas duas últimas décadas, os debates sobre o controle do crime, no cenário norte-americano e britânico, concentram-se, no âmbito nacional, nos temas prisão, punição e justiça criminal (prevenção terciária); já em âmbito local, buscam-se alternativas de outra ordem, voltadas para as causas estruturais do fenômeno, ou os fatores de risco para a sua incidência, mediante o envolvimento das comunidades, visando a disseminar práticas ligadas à prevenção do delito (prevenção primária e secundária).⁶

4 *Ibidem*, p. 267.

5 MATTHEWS, Roger. **Pagando tiempo**: una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra, 2003. p. 326.

6 GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 62.

Alternativas como policiamento comunitário, câmeras de vigilância nos bairros, capacitação de lideranças comunitárias para educação em direitos, exemplos desta tendência, passam a ser aplicadas em vários contextos, e não devem ser entendidas como mera extensão do sistema tradicional de justiça criminal. “A nova estrutura é fortemente orientada para um conjunto de objetivos e prioridades – prevenção, segurança, redução de danos, redução de perdas, redução de medos”⁷ – distintos dos objetivos classicamente buscados pela justiça criminal. Existe, portanto, concomitantemente à política criminal orientada para a segregação punitiva e a utilização do direito penal como instrumento simbólico, um novo compromisso no âmbito local com uma estratégia denominada de parcerias preventivas.

Nesse panorama aflora uma progressiva pressão para o desenvolvimento de respostas precisas, efetivas e consistentes ao delito e para a apropriação de novas tecnologias para incrementar o controle social e ao mesmo tempo reduzir custos, além de servir como resposta às demandas públicas por maior controle e punição. Para Roger Matthews, trata-se de uma das “fantasias coletivas dos administradores públicos”.⁸

Diante da disseminação do medo do crime na sociedade contemporânea, faz-se sedutora a ideia de monitorar aqueles que se encontram subjugados ao poder punitivo estatal, “em tempo real”, retomando-se a sensação de controle total por parte do Estado, uma vez que é cada vez mais difícil convencer a opinião pública, ou publicada, de que determinadas formas punitivas, tais como a prisão domiciliar ou a prestação de serviços comunitários, ou o próprio sistema progressivo de aplicação da pena, são eficazes, diante do perigo que representam aqueles para os quais se destinam.

O monitoramento eletrônico, criado no início da década de 60, apenas passou a ser utilizado na década de 80, quando se popularizou principalmente nos Estados Unidos.⁹ Surge dentro da lógica de disseminação de medidas adicionais direcionadas à fiscalização das decisões judiciais atinentes ao exercício do poder

7 *Ibidem*, p. 63.

8 MATTHEWS, Roger, *op. cit.*, p. 319.

9 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175.

punitivo estatal, com a intenção de evitar que o sujeito vigiado, e, assim, “neutralizado”, volte a ser fonte de “riscos” à comunidade.

O primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 60 pelo psicólogo americano Robert Schwitzgebel¹⁰. A ideia foi aperfeiçoada e, em agosto de 1979, foi idealizado um sistema pelo magistrado norte-americano Jack Love, do Novo México, em conjunto com um engenheiro eletrônico, Michael Goss. O sistema foi testado pelo próprio juiz que o idealizou, em 1983, e, em seguida, passou a ser utilizado para supervisionar cinco apenados de sua cidade, Albuquerque, no Novo México.¹¹ A partir daí, desenvolveram-se os projetos experimentais, notadamente em Washington, na Virgínia e na Flórida.¹²

As finalidades do sistema de monitoramento eletrônico podem ser a detenção, a restrição e a vigilância. A detenção assegura a permanência do indivíduo em determinado lugar. Em termos de restrição, utiliza-se o monitoramento eletrônico para garantir que o indivíduo não frequente certos locais ou para que não se aproxime de certas pessoas. A vigilância permite controle e acompanhamento de todos os atos praticados pelo monitorado de forma irrestrita.¹³

A seguir, apresenta-se uma análise sobre a utilização do monitoramento eletrônico de réus ou apenados no Brasil, tanto com base nas previsões legais que compõem o quadro normativo para a implementação destes mecanismos em nosso sistema penal, quanto a partir de informações coletadas sobre projetos-piloto desenvolvidos em alguns Estados brasileiros (Espírito Santo, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul), por meio de entrevistas realizadas em meio eletrônico com responsáveis pelos projetos.

2 ANAMNESE DA LEI 12.258/2010

No Brasil, a discussão a respeito da utilização do monitoramento eletrônico na justiça criminal é relativamente recente. Em 2007, começaram a surgir, no

10 MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**. Net, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/main.asp>. Acesso em: 02 abril 2009.

11 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano & MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico, in **Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 14.

12 *Idem*. p. 15.

13 MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**. Net, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/main.asp>. Acesso em 02.04. 2009.

Parlamento brasileiro, propostas no sentido da adoção do sistema de “alergas eletrônicas” no sistema de justiça criminal.

Em 11 de julho de 2007, o juiz Bruno Azevedo, da Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira, na Paraíba, divulgou a informação de que seria testado o sistema de monitoramento eletrônico em cinco presos do regime fechado da cidade, em parceria com a empresa INSIEL, denominando o projeto “Liberdade Viglada, Sociedade Protegida”.¹⁴

O plenário do Conselho Nacional de Justiça, em março de 2009, aprovou o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, após consulta pública realizada no período de sessenta dias. O documento de 154 páginas contempla propostas tanto de ordem administrativa, quanto legislativa. No campo normativo, aponta que o cumprimento de pena em regime aberto, com recolhimento noturno à casa de albergado, segundo entendimento consensual dos juízes com exercício em varas de execução penal, não se tem mostrado medida eficaz e, portanto, em tais hipóteses, o regime aberto deve ser cumprido mediante recolhimento domiciliar, com a fiscalização por meio de monitoramento eletrônico.¹⁵

No parlamento, o Projeto de Lei do Senado 175/2007 (1.288/07 na Câmara dos Deputados), proposto pelo Senador Magno Malta, alterando o Código Penal e a Lei de Execução Penal, condensando outros projetos tratando da matéria, trouxe a previsão da vigilância com o uso de equipamento de rastreamento eletrônico do condenado, nos casos de pena restritiva de liberdade, nos regimes aberto ou semiaberto ou progressão para tais regimes, saída temporária no regime semiaberto, pena restritiva de direitos com restrição de horários ou da frequência a determinados lugares, prisão domiciliar, livramento condicional ou suspensão condicional da pena.¹⁶

Em 1º de abril de 2009, foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, o parecer ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 175/2007 (1.288/07 na Câmara dos Deputados), tendo como relator o Senador Demóstenes Torres, que, ao relatar a proposição, destacou que o PLS 175/2007 previa inicialmente que a decisão judicial que autoriza a

14 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O monitoramento eletrônico e a viabilidade de sua utilização no ordenamento jurídico penal brasileiro, in **Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão?** Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 190.

15 Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>. Acesso em 22.02.2011.

16 Disponível em: Portal Agência Câmara - <http://www.camara.gov.br/homeagencia/materias.html>. Acesso em 22.02.2011.

progressão para o regime aberto ou que concede o livramento condicional poderia ser acompanhada pela determinação de o condenado utilizar equipamento de rastreamento eletrônico como condição para a obtenção de tais direitos.¹⁷

Destacou o relator que a proposição foi ampliada para incluir a possibilidade também no cumprimento de pena em regime semiaberto, nas saídas temporárias, ou mesmo no regime fechado, quando assim entender o juiz da execução penal, sendo esta ampliação de iniciativa do senador Aloizio Mercadante.¹⁸

Em outubro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça manifestou-se em sentido favorável à substituição do cumprimento das penas privativas de liberdade em regime semiaberto e aberto pelo monitoramento eletrônico, o que reacendeu o debate.

Em sessão deliberativa do Senado Federal, em turno único, foi aprovado o Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado n. 175/2007, em 19 de maio de 2010, com restabelecimento de dispositivos do projeto original, sendo encaminhado à sanção presidencial. Em 15 de junho de 2010 foi sancionada a Lei Ordinária n. 12.258/2010, com um conjunto de vetos da Presidência da República, assim justificados pelo Ministro da Justiça:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso. Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.¹⁹

Dessa forma, foi aprovada a permissão legal para a utilização do sistema de monitoramento eletrônico, pela Lei 12.258/2010, nas hipóteses de saída temporária no regime semiaberto e na prisão domiciliar.²⁰

Os vetos da Presidência da República trazem clara opção de política criminal, já que expressamente inviabilizam a possibilidade de uso do monitoramento

17 Disponível em: http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2009/P_S200900273_01.pdf. Acesso em 23 jun. 2010.

18 Disponível em: http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2009/P_S200900273_01.pdf. Acesso em 23 jun. 2010.

19 Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViw_Identificacao%2Flei%252012.258-2010%3FOpenDocument%26AutoFramed, acesso em 22.02.2010

20 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm. Acesso em 24 jun. 2010.

eletrônico nas demais hipóteses contidas no projeto de lei, tendo em vista o caráter restritivo de direitos da medida, que cria forma de fiscalização para os indivíduos que já se encontram em liberdade, sem enfrentar a questão de superpopulação prisional. Foi excluída a possibilidade de vigilância eletrônica no regime aberto, quando da realização de atividades ligadas a estudo, trabalho e outras atividades autorizadas.²¹

O outro objeto de veto da Presidência da República foi o artigo 2º do PLS 175/2007, que incluía a atribuição, dentre aquelas de competência do juiz da execução previstas no artigo 66 da Lei de Execução Penal, de determinar o uso da vigilância eletrônica, “quando entendesse necessário”, permissivo legal que, caso não vetado, abriria um amplo leque interpretativo e de caráter eminentemente subjetivo aos julgadores.²²

O artigo 2º do PLS 175/2007 também previa a possibilidade de o juiz da execução estabelecer o monitoramento eletrônico como condição especial para concessão do regime aberto, nos termos do artigo 115 da Lei de Execução Penal, no que também foi vetado.²³ Idêntica condição foi prevista ao livramento condicional, igualmente vetada.²⁴

21 Lei 12.258, de 15 de junho de 2010.

Art. 1º (VETADO) O § 1º do art. 36 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento **(no original: e sem vigilância)**, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”

22 Lei 12.258, de 15 de junho de 2010.

Art. 2º A Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 66. Compete ao juiz da execução:

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 na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.

i) **(VETADO) a utilização de equipamento de vigilância eletrônica pelo condenado, quando julgar necessário;**”

23 “Art. 115. (VETADO) O juiz poderá estabelecer condições especiais para concessão do regime aberto, **(entre as quais a monitoração eletrônica do condenado)**, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:”

24 “Art. 132 Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não frequentar determinados lugares;
- d) **(VETADO) utilizar equipamento de monitoração eletrônica.**”

A Lei 12.258/2010 criou uma seção na Lei de Execução Penal, prevendo a monitoração eletrônica. O artigo 146-B foi vetado parcialmente, retirando-se a autorização para uso do monitoramento eletrônico como fiscalização da pena privativa de liberdade em regime aberto ou semiaberto; da pena restritiva de direitos com limitação de horários ou frequência a certos lugares e do livramento condicional e suspensão condicional da pena.²⁵

Destaca-se, ainda, o veto dirigido ao inciso III do artigo 146-C, que atribuía ao condenado monitorado o dever de informar à entidade responsável pela vigilância eletrônica as falhas do equipamento.²⁶

Pela inviabilidade de monitoramento eletrônico do livramento condicional e da suspensão condicional da pena, também foram vetados os incisos III, IV e V do parágrafo único do art. 146-C, que previam como consequência da violação dos deveres impostos ao monitorado a revogação da suspensão condicional da pena, do livramento condicional e a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.²⁷

25 Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (VETADO) aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes;

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO) aplicar pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de horários ou de frequência a determinados lugares;

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO) conceder o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena;

Parágrafo único. (VETADO) Os usuários da monitoração eletrônica que estiverem cumprindo o regime aberto ficam dispensados do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga.

26 Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III - (VETADO) informar, de imediato, as falhas no equipamento ao órgão ou à entidade responsável pela monitoração eletrônica;

27 Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

III - (VETADO) a revogação da suspensão condicional da pena;

IV - (VETADO) a revogação do livramento condicional;

V - (VETADO) a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade;

VI - a revogação da prisão domiciliar;

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

3 EXPERIÊNCIAS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM ALGUNS ESTADOS BRASILEIROS

Diversos estados brasileiros legislaram nos últimos anos no sentido de acelerar a implantação da vigilância eletrônica para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisões judiciais.

No Espírito Santo, foi aprovada lei estadual sobre o tema, a Lei 9.217/2009. Em face do diploma legal, foi ajuizada ação civil pública pela Defensoria Pública Estadual, impugnando a validade do ato normativo em questão.²⁸ A constitucionalidade da lei estadual que disciplina o uso da vigilância eletrônica, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.258, de junho de 2010, foi questionada, diante do art. 24 da Constituição, que dispõe sobre as competências legislativas concorrentes, exercidas pela União, Estados-membros e Distrito Federal. Pelo dispositivo constitucional em questão, à União incumbe editar normas gerais e aos Estados e Distrito Federal, editar normas específicas, de natureza especial (competência supletiva). As normas gerais editadas pela União são de observância obrigatória, não podendo ser suplementadas pelos Estados com legislação complementar inovadora ou conflituosa, que supere suas peculiaridades locais.²⁹

Destaca-se que a competência legislativa concorrente cumulativa (ou plena), ocasionalmente conferida ao Estado-membro, apenas reserva a este, em caso de inexistência de lei federal sobre normas gerais, a atribuição de exercer competência legislativa plena para atender às suas específicas peculiaridades locais, no interesse próprio de sua população (Art. 24, § 3º, da CF/88).³⁰

Nesse contexto, ainda que o diploma legal estadual supostamente fosse destinado a estabelecer normas suplementares de direito penitenciário, sua constitucionalidade é discutível, uma vez que, até aquele momento, inexistia norma geral editada pela União autorizando a vigilância eletrônica de pessoas privadas de liberdade.

Em Minas Gerais, a lei estadual n. 19.478, de 12 de janeiro de 2011, alterou a Lei nº 11.404, de 25 de janeiro de 1994, que contém normas de execução penal. O diploma legal estadual estabeleceu a competência da Comissão Técnica de

28 Disponível em: <http://www.portalmaratimba.com/noticias/news2.php?codnot=248690>. Acesso em 04.05.2010.

29 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1433074/inconstitucionalidade-das-leis-estaduais-que-dispoem-sobre-tornezeleiras-eletronicas-em-presos>. Acesso em 04.05. 2010.

30 *Idem*.

Classificação para opinar a respeito da utilização do monitoramento eletrônico para fiscalização do cumprimento das condições fixadas em decisão judicial. A lei previu a possibilidade de determinação judicial de utilização do aparato eletrônico na autorização de saída temporária no regime semiaberto e na prisão domiciliar, “bem como quando se julgar necessário”.³¹

O art. 156-C da referida lei estabelece que o descumprimento dos deveres daquele submetido à vigilância eletrônica poderá acarretar a regressão do regime, a revogação da autorização de saída, da permissão de saída ou da saída temporária, a revogação da suspensão condicional da pena, a revogação do livramento condicional, a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, a revogação da prisão domiciliar, a advertência escrita.³²

Idêntica observação, quanto à validade constitucional de tais disposições, é cabível aqui. Basta a mera leitura dos dispositivos legais citados para se ter claro que a lei em questão traz ínsita larga margem ao julgador para impor o uso do equipamento de vigilância eletrônica em diversas outras hipóteses (suspensão condicional da pena, livramento condicional, penas restritivas de direitos, etc.) em ampla expansão à previsão contida na norma geral.

Sobre a experiência que foi realizada no estado de Minas Gerais, em 29 de abril de 2010, entrevistado por meio eletrônico, Marcus Vinícius Gonçalves Cruz, líder do Núcleo de Estudos em Segurança Pública da Fundação João Pinheiro, informou que, de acordo com dados constantes no site da Secretaria de Estado de Defesa Social³³, a implantação do monitoramento remoto de sentenciados em Minas Gerais começou a ser viabilizada a partir da visita do governador Aécio Neves e do secretário Maurício Campos Júnior a Israel, em novembro de 2007, quando conheceram o sistema.

31 Disponível em: http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&f=G&l=20&n=&p=1&r=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESE&SECT3=PLUOFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&co4=E&s1=Lei&s2=19478&s3=2011&s4=&s5=. Acesso em 28.01. 2011.

32 Art. 156-C. O descumprimento dos deveres de que trata o art. 156-B poderá acarretar, a critério do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:
I – a regressão do regime;
II – a revogação da autorização de saída, da permissão de saída ou da saída temporária;
III – a revogação da suspensão condicional da pena;
IV – a revogação do livramento condicional;
V – a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade;
VI – a revogação da prisão domiciliar;
VII – a advertência escrita.

33 Disponível em: http://www.defesasocial.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=801&Itemid=71. Acesso em 03.05. 2010.

Na ocasião, tanto o representante do Ministério Público, quanto do Judiciário destacaram que o uso das tornozeleiras eletrônicas seria “um marco no cumprimento de penas em Minas Gerais”, ressaltando o caráter benéfico do uso do aparato no que diz com a manutenção dos vínculos familiares do monitorado. Ainda, o juiz da Vara de Execuções Criminais de Belo Horizonte, Hebert Carneiro, afirmou que, na avaliação das instituições envolvidas, o uso do equipamento não fere os direitos humanos dos sentenciados. “Pelo contrário, em função da mobilidade que permite ao preso, pode até contribuir para sua ressocialização”, afirmou.³⁴

A partir de 23 de dezembro de 2008, com o anúncio da consulta pública, as discussões visando ao aprimoramento do edital foram intensificadas no estado mineiro. Em 21 de agosto de 2009, foi firmado Termo de Cooperação e Normatização Conjunta, tratando da monitoração eletrônica a partir de tornozeleiras, entre a Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), prevendo a utilização de tornozeleiras eletrônicas pelos condenados da Justiça. O uso começaria por Belo Horizonte e gradativamente seria expandido para os demais municípios da Região Metropolitana da capital e, posteriormente, para o interior do Estado.³⁵ O projeto experimental vinha sendo aplicado para apenados do regime semiaberto desde abril de 2008.³⁶

Aberto processo licitatório para a contratação da empresa destinada à prestação dos serviços de implantação e administração do denominado Sistema de Observação Eletrônica de Sentenciados no Sistema Prisional, houve impugnação ao procedimento seletivo, por uma das empresas concorrentes.³⁷ A sessão de abertura da Concorrência 402/2009, prevista para o dia 11 de fevereiro de 2010, foi suspensa por determinação judicial. Em virtude do impasse no processo licitatório, houve suspensão do trâmite para a contratação, que foi retomado em 2011. A partir de dezembro de 2012, teve início a primeira fase de implantação dos equipamentos,

34 Disponível em: http://www.defesasocial.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=801&Itemid=71. Acesso em 03.05. 2010.

35 *Idem*.

36 Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL413564-5598,00.html>. Acesso em 03.05. 2010.

37 Disponível em: http://www.defesasocial.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=801&Itemid=71. Acesso em 03.05. 2010.

destinados à monitoração dos apenados em regime aberto ou em prisão domiciliar.³⁸

No Rio Grande do Sul, foi publicada, em 1º de outubro de 2008, a lei estadual 13.044, regulando a vigilância eletrônica, com o declarado propósito de suplementar normas de direito penitenciário. O diploma legal estadual prevê a utilização da vigilância eletrônica para fiscalização do cumprimento das condições fixadas em decisão judicial que determine a prisão em residência particular, aplique a proibição de frequência a certos lugares, “conceda o livramento condicional, progressão para os regimes semiaberto e aberto e autorize a saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, a prestação de trabalho externo.”³⁹

A lei estadual n. 13.044/2008 estabeleceu as hipóteses da aplicação da vigilância eletrônica, apontando que será determinada quando se tratar de condenado por tráfico ilícito de drogas, terrorismo, crimes hediondos ou outra condenação cujo crime recomende tal cautela⁴⁰.

As mesmas observações quanto à constitucionalidade feitas no contexto capixaba e mineiro cabem quanto à lei estadual gaúcha. Enfatiza-se que a previsão da lei estadual é mais ampla e confronta com a previsão contida na lei federal e, partindo-se do pressuposto de que a última é a norma geral a ser observada, inválida do ponto de vista material a expansão do uso pela lei estadual.

No Rio Grande do Sul, passou a ser desenvolvido projeto experimental, por meio do qual uma das empresas interessadas em participar do processo licitatório, em junho de 2010, tão logo houve a aprovação da Lei Federal n. 12.258/2010, começou a realizar testes com quinze apenados do regime semiaberto e aberto, com autorização da Superintendência dos Serviços Penitenciários – SUSEPE. Conforme informação divulgada em 25 de junho de 2010⁴¹, dos quinze presos do regime aberto que seriam voluntários naqueles testes com as tornozeleiras no Rio Grande do Sul, 11 desistiram de participar do projeto, quando apenas quatro deles aceitaram colocar o equipamento na sede da Superintendência dos Serviços Penitenciários, em Porto Alegre. A maioria dos voluntários frustrou-se ao saber que continuaria dormindo no albergue, em vez de ir do trabalho para casa.

38 Disponível em: https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2026&Itemid=71. Acesso em 15.01. 2013.

39 Disponível em: <http://www.corag.rs.gov.br/diario/index.php> . Acesso em 05.12.2010.

40 *Idem*.

Os critérios para o uso da vigilância eletrônica foram estabelecidos pelos juízes atuantes nas Varas de Execuções Penais de Porto Alegre e Novo Hamburgo, em 13 de agosto de 2010. Na ocasião, os magistrados destacaram a realidade prisional do Rio Grande do Sul, de carência de vagas e de interdição de todos os albergues da região metropolitana, mediante decisões judiciais com trânsito em julgado, com o conseqüente não recolhimento de novos presos e reserva das vagas existentes aos já encarcerados. Conforme deliberaram os juízes das Varas de Execução Penal de Porto Alegre e Novo Hamburgo:

Desse modo, suspensa a interdição (fl. 880), admitida em face da emergência a utilização dos equipamentos eletrônicos, urge que sejam fixados critérios claros e transparentes definindo quais apenados poderão ser beneficiados com a medida, devendo ser levado em conta o menor dano social da providência adotada. Assim, poderão ser beneficiados com a utilização de tornozeleiras eletrônicas, em substituição ao pernoite nos albergues, de forma a gerar a abertura das vagas necessárias, os presos da região metropolitana que satisfaçam as seguintes condições: a) estejam no regime aberto; b) não possuam condenação por crime hediondo ou equiparado; c) não possuam mais de uma condenação por crime violento; d) que consentam com a utilização do equipamento; e) tenham bom comportamento carcerário; f) não tenham praticado crime doloso durante o regime aberto.⁴²

Por essa mesma deliberação dos juízes das Varas de Execução Criminal de Porto Alegre e Novo Hamburgo, à Superintendência dos Serviços Penitenciários coube o compromisso de elaborar lista com todos os apenados do regime aberto da região metropolitana, em ordem cronológica, por data de progressão ou tempo no regime aberto, efetuando a colocação das tornozeleiras eletrônicas nos presos, obedecendo ao critério da antiguidade. Referida lista deveria ser encaminhada ao Juizado da Fiscalização, disponibilizada para conferência e controle das instituições e população em geral, atualizada a cada sessenta dias.

Os presos submetidos ao monitoramento eletrônico foram dispensados quanto ao pernoite diário, situação diversa da anterior, quando recebiam dispensa apenas nos finais de semana, devendo comparecer mensalmente em local definido pela SUSEPE, para a verificação da correta fixação do equipamento, assinando livro de comparecimento. O preso beneficiado que, propositadamente, danificasse ou removesse o equipamento sem autorização, seria considerado foragido. Quando

41 Disponível em: http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4521099-EI5030_00-Onze+presos+desistem+de+teste+com+tornozeleiras+no+RS.html. Acesso em 25.06. 2010.

42 Documento fornecido pela SUSEPE.

capturado, retornaria ao encarceramento tradicional e não mais poderia receber o monitoramento eletrônico.

Chama a atenção que os critérios estabelecidos pelos juízes da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre e Novo Hamburgo para a monitoração são diversos das disposições contidas na Lei n. 12.258 de 2010, norma geral cabível à espécie, e na lei estadual n. 13.044 de 2008. A decisão dos magistrados estabelece que se utilizem as tornozeleiras eletrônicas para apenados do regime aberto, o que não está contemplado em quaisquer dos diplomas legais em referência. Estabelece também que o uso se dê para os que não possuam condenação por crime hediondo ou equiparado ou mais de uma condenação por crime violento, exatamente o contrário do disposto na lei estadual (inconstitucional nesse ponto). Destaca-se, ainda, que a exigência de bom comportamento carcerário e de não terem praticado crime doloso durante o regime aberto também são critérios que não estão previstos em lei.

Portanto, as exigências fixadas pelos magistrados da execução penal apontam para uma opção utilitária, que busca resolver pontualmente o problema de descumprimento das decisões judiciais quanto à concessão de progressão de regime, diante da ausência de vagas para o cumprimento de pena nos regimes aberto e semiaberto, em face da negligência do Poder Executivo estadual quanto à questão prisional.

Em maio de 2013, encerrado o processo licitatório, o governo estadual lançou o projeto para o monitoramento eletrônico de presos⁴³. Em meio às discussões travadas no Supremo Tribunal Federal, na audiência pública em que se discutiu a possibilidade de concessão de prisão domiciliar aos presos do regime semiaberto, diante da ausência de vagas, as tornozeleiras eletrônicas têm sido utilizadas, justamente, para monitorar o cumprimento da pena em prisão domiciliar dos apenados desse regime no RS.

4 OBSERVAÇÕES FINAIS

O que do cenário descrito sobressai, inclusive considerando as experiências de monitoramento eletrônico em alguns estados brasileiros, é uma fragmentação e falta

43 Disponível em: <http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2013/05/governo-lanca-projeto-de-monitoramento-eletronico-de-presos-em-meio-a-debate-4138870.html>. Acesso em 10.08.2013.

de parâmetros quanto à utilização do mecanismo, que não se resolveu com a edição da Lei Federal nº 12.258/2010.

A tendência, tanto nos parlamentos estaduais, quanto no Congresso Nacional, era no sentido da utilização do monitoramento eletrônico como ferramenta para a fiscalização do cumprimento das medidas restritivas de liberdade em meio aberto, autorizando a vigilância no livramento condicional, na suspensão condicional da pena e nas penas restritivas de direito, amplamente, com evidente enfoque de controle. Além disso, São Paulo e Rio Grande do Sul, quase de forma idêntica, acabaram prevendo em suas legislações a imposição de uso para determinados tipos de condenações, elencando crimes hediondos e equiparados, considerados graves. A vigilância eletrônica aparece como mais um recurso simbólico de endurecimento penal, incentivado pela demanda punitiva, sem que sejam realizados estudos e análises sobre sua real efetividade e utilidade.

Não se pode negar, porém, que há também um direcionamento do debate para uma perspectiva, com claro caráter amparado no utilitarismo, de limitação do encarceramento e desafogamento do sistema carcerário por meio do monitoramento eletrônico, como se percebe na experiência do Rio Grande do Sul, voltada a uma *recriação* do sistema progressivo de cumprimento de pena, mesmo que contrariando a lei, na tentativa de minimizar os danos do sistema prisional mediante a utilização do aparato eletrônico, liberando vagas no regime semiaberto e viabilizando a prisão domiciliar.

Da mesma forma, a intervenção do governo federal na normatização do tema, com o veto da Presidência da República a grande parte da Lei 12.258/2010, autorizando a utilização do monitoramento apenas nas saídas temporárias no regime semiaberto e na prisão domiciliar, restringiu a possibilidade de utilização do monitoramento eletrônico como mero aparato de controle penal, estabelecendo para seu uso vinculação à redução da massa carcerária.

Não se viabilizou ainda, no entanto, medida que, ao menos em tese, teria grande impacto descarcerizante: a utilização da monitoração eletrônica como medida cautelar alternativa à prisão preventiva, nos termos do art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 12.403/11.

No Distrito Federal, que não dispõe de lei distrital disciplinando a questão do monitoramento eletrônico, foi realizada análise pelo Grupo de Pesquisa de Política

Criminal do Centro Universitário de Brasília, no intuito de avaliar a possibilidade de utilização do controle eletrônico nas saídas de final de ano dos apenados, com base nos argumentos divulgados pela mídia, direcionados à necessidade de controle dos beneficiados com a saída temporária.⁴⁴

A autora da pesquisa, Cristina Zackseski, aponta como objetivo do estudo o levantamento de dados que pudessem sustentar ou não as decisões políticas tomadas sobre o tema. Foi realizado um levantamento sobre os custos deste tipo de controle e também um levantamento estatístico sobre as ocorrências criminais no período que vai de 2005 a 2008. A pesquisa partiu da constatação de que o uso do monitoramento eletrônico é amplamente defendido, mas não são discutidos os custos financeiros e sociais da medida. Da mesma forma, dificilmente surgem questionamentos sobre as condições éticas, sociais e jurídicas envolvidas na ideia de monitoramento de seres humanos.⁴⁵

A pesquisa aponta que as saídas temporárias, que ocorrem em feriados especiais, em 2005 tiveram em média 494 presos beneficiados, passando para 1.734 em 2006. A partir de então houve redução. Com relação ao total da população carcerária do Distrito Federal, atualmente 16% dos presos são beneficiados, sendo que esta proporção também está em queda desde 2006.⁴⁶

Conforme Zackseski, .⁴⁷

Em que pese o número de presos que não retornam do saidão, esse é um percentual muito baixo, em torno de 2%, com uma leve tendência de queda. Em 2008, o percentual de não retorno já reduziu para 1,5%. Porém, o que mais chama atenção é o percentual ínfimo de presos beneficiados envolvidos com ocorrências criminais, em média apenas 0,14 %, ou seja, praticamente a décima parte de 1% envolvem-se como suspeitos de ocorrências criminais.

Realizada análise comparativa, visando verificar se existe aumento na incidência de ocorrências criminais em feriados com as saídas temporárias de presos, verificou-se que não há diferença significativa entre o número de ocorrências dentro e fora do saidão.

As evidências apresentadas pela pesquisa realizada no Distrito Federal servem para indicar que, para além da adoção do monitoramento eletrônico de apenados

44 ZACKSESKI, Cristina. **O uso da tecnologia na segurança pública: um estudo sobre monitoramento eletrônico de liberdade nos saidões de presos no Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1334185950.pdf>. Acesso em 15.01.2013.

45 *Ibidem*, p. 07.

46 *Idem*. p. 21-22.

47 *Ibidem*.

como medida de controle vinculada à demanda punitiva e ao crescente medo social, é preciso avaliar se há de fato justificativa e legitimidade para a adoção de uma medida que se coloca como um acréscimo ao cumprimento da pena, como no caso das saídas temporárias. Por outro lado, é preciso também ampliar o debate sobre a possibilidade de adoção deste mecanismo como medida descarcerizadora, redimensionando o cumprimento da pena nos regimes aberto e semiaberto e viabilizando a sua utilização como medida alternativa à prisão preventiva, quando pertinente. Fora dessas hipóteses, o monitoramento eletrônico apenas reforça e expande o controle punitivo estatal e os custos do sistema penal, sem oferecer em contrapartida qualquer garantia para a redução da criminalidade e a reinserção social de egressos do sistema penitenciário.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara Federal. Portal Agência Câmara. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/homeagencia/materias.html>.

_____. Legislação. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViw_Identificacao%2Flei%2F52012.258-2010%3FOpenDocument%26AutoFramed

_____. Casa Civil. **Lei n. 12258 de 15 de junho de 2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm. Acesso em 24 jun. 2010.

COHEN, Stanley. **Visions of social control**. Cambridge: Polity Press, 1985.

CORAG. Disponível em: <http://www.corag.rs.gov.br/diario/index.php>. Acesso em 05 dez. 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

G1. **Após 2 anos presos voltarão a usar tornozeleiras eletrônicas no RS**. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/01/apos-2-anos-presos-voltarao-usar-tornozeleiras-eletronicas-no-rs.html>. Acesso em 15 jan. 2013.

GARLAND, David. **A Cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano & MACEDO, Celina Maria. **O Brasil e o monitoramento eletrônico**, in Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão?

experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008.

JUS BRASIL. **Lei 12.906, de 14 de abril de 2008, de São Paulo.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1433074/inconstitucionalidade-das-leis-estaduais-que-dispoem-sobre-tornozeleiras-eletronicas-em-presos>. Acesso em 04 mai. 2010.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O monitoramento eletrônico e a viabilidade de sua utilização no ordenamento jurídico penal brasileiro**, in Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada.** Net, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/main.asp>. Acesso em: 02 abril 2009.

MATTHEWS, Roger. **Pagando tiempo: una introducción a la sociología del encarcelamiento.** Barcelona: Bellaterra, 2003.

MINAS GERAIS. Disponível em: http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&f=G&l=20&n=&p=1&r=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&co4=E&s1=Lei&s2=19478&s3=2011&s4=&s5=. Acesso em 28 jan. 2011.

_____. Disponível em: http://www.defesasocial.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=801&Itemid=71. Acesso em 03 mai. 2010.

SENADO FEDERAL. Disponível em: http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2009/P_S200900273_01.pdf. Acesso em 23 jun. 2010.

_____. Disponível em: http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2009/P_S200900273_01.pdf. Acesso em 23 jun. 2010.

ZACKSESKI, Cristina. **O uso da tecnologia na segurança pública: um estudo sobre monitoramento eletrônico de liberdade nos saídões de presos no Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1334185950.pdf>. Acesso em 15 jan. 13.

O TRABALHO DO PRESO E SUA REMUNERAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES, INCLUSIVE NO PERTINENTE À REALIDADE PRISIONAL GAÚCHA

Lucinara Oltramari⁴⁸
Naira Sanches⁴⁹

Se, para todo homem, o trabalho é um instrumento de auto-realização e aperfeiçoamento, para o condenado será um instrumento de humanização e liberação⁵⁰.

RESUMO: O trabalho no interior ou fora do cárcere (a modalidade vai depender do regime prisional) possui caráter reeducativo e humanitário, colaborando na (re)formação (re) da personalidade do apripionado, ao lhe criar hábitos de autodomínio e disciplina social e lhe preparar para a reinserção social, muitas vezes oportunizando uma profissão que poderá ser exercida quando do retorno à sociedade livre. Além disso, o exercício da atividade laboral, seguindo normativas internacionais das quais o Brasil é signatário, bem como o regramento interno, desde a Constituição Federal, terá, como contraprestações diretas, a remição (art. 126 da Lei n. 7.210/84) e a remuneração em pecúnia (art. 29, da mesma Lei). E esta remuneração, por expressa disposição legal, deve corresponder a, no mínimo, $\frac{3}{4}$ do salário mínimo, montante que, todavia, não vem sendo, como regra, disponibilizado aos presos que desempenham atividade laboral, implicando danos materiais a reclamar reparação, nem que seja via judicial, mediante demanda de responsabilidade civil a ser manejada contra o Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Execução penal – trabalho do preso – efeitos legais – remuneração – parâmetros legais – realidade prisional gaúcha.

48 Defensora Pública

49 Defensora Pública. Especialista em Direitos do Consumidor e Direitos Fundamentais – UFRGS. Especialista em Direito Sanitário – Escola Superior de Saúde Pública do Rio Grande do Sul. Conselheira do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

50 ALBERGARIA, Jason. **Direito penitenciário e direito do menor**. Belo Horizonte, Mandamentos, 1999. p. 166.

SUMÁRIO: 1. O marco regulatório nacional e internacional do trabalho do preso. 2. A indispensabilidade da remuneração do trabalho do preso. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1 O MARCO REGULATÓRIO NACIONAL E INTERNACIONAL DO TRABALHO DO PRESO

Historicamente, a concepção do trabalho do preso seguiu a evolução experimentada na conceituação da própria pena privativa de liberdade, quando esteve vinculada à ideia de vingança e de castigo, como forma mais gravosa e aflitiva de cumprimento da reprimenda estatal.

Nos dias atuais, predomina o caráter reeducativo e humanitário do trabalho do preso, representando atividade que colabora na formação da personalidade do condenado, ao criar-lhe hábitos de autodomínio e disciplina social, e na preparação da reinserção social, pois oportuniza ao indivíduo recluso uma profissão que, muitas vezes não possuía antes do encarceramento, e que poderá ser exercida quando do retorno à sociedade livre.

Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra 'Execução Penal'⁵¹, anotou que:

(...) 'Mesmo depois, encontrando-se na atividade laborativa do preso uma fonte de produção para o Estado, o trabalho foi utilizado nesse sentido, dentro das tendências utilitárias dos sistemas penais e penitenciários', mas que, nos dias atuais, '... estão totalmente superadas as fases em que se utilizava a pena das galés, dos trabalhos forçados, como o shot-drill (transporte de bolas de ferro, pedras e areia), o tread-mill (moinho de roda), o crank (voltas de manivela) etc. Na moderna concepção penitenciária, o momento da execução da pena contém uma finalidade reabilitadora ou de reinserção social, assinalando-se o sentido pedagógico do trabalho. Entende-se hoje por trabalho penitenciário a atividade dos presos e internados, no estabelecimento penal ou fora dele, com remuneração equitativa e equiparado ao das pessoas livres no concernente à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais'.

As Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos, adotadas em 30 de agosto de 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – às quais o Brasil aderiu –, a respeito do trabalho na prisão, estabeleceram que não deve ser penoso (n. 71.1); que todos os reclusos condenados devem trabalhar, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com determinação do médico (n. 71.2); que deve ser

51 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2007. p. 89-90.

dado atividade suficiente de natureza útil, de modo a conservá-los ativos durante o dia normal de trabalho (n. 71.3); que tanto quanto possível, o trabalho proporcionado deverá contribuir, por sua natureza, para manter ou aumentar a capacidade do preso para ganhar honestamente sua vida depois da libertação (n. 71.4); que o Estado deve disponibilizar formação profissional para os presos em condições de exercer atividade laboral lucrativa, especialmente os jovens (n. 71.5); que dentro dos limites compatíveis com uma seleção profissional apropriada e com as exigências da administração e disciplina penitenciárias, os reclusos devem poder escolher o tipo de trabalho que pretendem fazer (n. 71.6); que a organização e os métodos devem ser o mais possível similares à dos que realizam um trabalho assemelhado fora do estabelecimento prisional, a fim de preparar o preso para as condições normais do trabalho livre (n. 72.1)

Decorrentes daquelas, a Resolução n. 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), de 11 de novembro de 1994 (publicada no D. O. U. de 02/12/1994), ao prescrever as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, tratou o tema da seguinte forma: o trabalho penitenciário não deve ter caráter aflitivo (art. 56, I), e nos estabelecimentos prisionais, devem ser tomadas as mesmas precauções prescritas para proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores livres (art. 56, V).

Francisco Bueno Arús, citado por Mirabete⁵², preleciona que:

(...) o trabalho do preso é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício tem mais possibilidades de fazer vida honrada ao sair em liberdade⁵³.

Aliás, a própria Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, que tem como princípio-fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e o respeito aos direitos humanos como meta, dispõe na letra c do inciso XLVII, do artigo 5º, que não haverá penas de trabalhos forçados.

Ao tratar do tema, Marco Antonio Bandeira Scapini leciona que:

52 MIRABETE, op. cit.

53 ARÚS, Francisco Bueno. **Panorama comparativo dos modernos sistemas penitenciários**. RT 441/297-315, in MIRABETE, op. cit.

(...) o trabalho do condenado é conceituado pela LEP como “dever social e condição de dignidade humana”, tendo “finalidade educativa e produtiva” (art. 28, caput). O art. 39, V, dispõe que se trata de dever do condenado e o art. 41, II, que constitui direito do preso. De tais dispositivos, retira-se que o trabalho pode ser definido como direito-dever do condenado e, apenas, direito do preso provisório, na medida em que para este não é obrigatório (art. 31, parágrafo único). Ao dever social sobrepuja-se, no entanto, a condição de dignidade humana. A finalidade precípua da LEP, de propiciar harmônica integração social do condenado, já paradoxal, restaria mesmo completamente esvaziada não fosse a importância formal dada ao trabalho. Importância apenas formal, porque a imensa maioria dos presos não exerce qualquer tipo de atividade educativa e produtiva, o que é extremamente prejudicial não só à pessoa submetida ao ócio, como também a seus familiares, à administração prisional e à sociedade como um todo. Além de implicar exacerbação da pena, a ociosidade imposta gera revolta, impede que o preso auxilie no sustento de sua família, indenize os danos que possa ter causado e proceda ao ressarcimento do Estado pelas despesas com a sua manutenção. Mas o mais grave é que frustra qualquer intenção de oferecer uma perspectiva de vida digna ao condenado, transformando a pena privativa de liberdade em ato de mera retribuição⁵⁴.

E, mesmo antes da promulgação da Carta Cidadã de 1988, seguindo a concepção humanista da pena, a legislação pátria, em especial o Decreto-Lei n. 2.848, de 07/12/1940 (Código Penal) – no artigo 39 -, e a Lei n. 7.210, de 11/7/1984 (Lei de Execução Penal) – nos artigos 28 a 37 -, estabeleceram que o trabalho do recluso (que poderá ser, consoante a situação jurídica individual, no interior ou fora do cárcere) representa um relevante fator no processo de reeducação e ressocialização, antes do que meramente retributivo, *ex vi*:

- Código Penal

Art. 39. O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

- Lei de Execução Penal

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

54 SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de execução das penas privativas de liberdade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Art. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1o. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada.

§ 2o Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.

Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal.

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

Assim, pelo que se deflui das disposições legais supra, o trabalho do preso que, reitera-se, tem dupla finalidade: a educativa e a produtiva, será sempre remunerado e, a despeito de não ser regulado pela Consolidação das Leis

Trabalhistas – art. 29, § 2º, da Lei de Execução Penal -, Ihe são garantidos os benefícios da Previdência Social – art. 39, do Código Penal.

Renato Marcão, em seu magistério, destaca que:

(...) a remuneração obrigatória do trabalho prisional foi introduzida na Lei n. 6.416/77, que estabeleceu também a forma de sua aplicação. A Lei de Execução Penal mantém o texto, ficando assim reproduzido o elenco das exigências pertinentes ao emprego da remuneração obtida pelo preso: na indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; na assistência à própria família, segundo a lei civil; em pequenas despesas pessoais; e na constituição de pecúlio, em caderneta de poupança, que Ihe será entregue à saída do estabelecimento penal (item 50 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal). Acrescentou-se a essas obrigações a previsão de ressarcimento do Estado quanto às despesas de manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores (art. 29, §§ 1º e 2º) (item 51 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal)⁵⁵.

Também as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos previram que o trabalho dos reclusos deve ser remunerado de modo equitativo, sendo que o seu regramento deve permitir aos reclusos a utilização de pelo menos uma parte da sua remuneração para adquirir objetos autorizados destinados ao seu uso pessoal e para enviar outra parte à sua família, assim como prescrever que uma parte da remuneração seja reservada pela administração de modo a constituir uma poupança que será entregue ao recluso no momento da sua colocação em liberdade.

E as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, preveem que, quanto ao trabalho, a remuneração aos condenados deverá possibilitar a indenização pelos danos causados pelo crime, aquisição de objetos de uso pessoal, ajuda à sua família, constituição de pecúlio que Ihe será entregue quando colocado em liberdade – inciso VIII do art. 56.

Então, a legislação de regência, inclusive normativas de âmbito internacional, prescreve e estimula o exercício do trabalho pelo recluso – seja no interior do cárcere ou fora deste (mediante proposta escrita do empregador – ‘carta de emprego’ – ou convênios com entidades públicas ou privadas – PAC: Protocolo de Ação Conjunta) –, como fator de reeducação e ressocialização, estabelecendo que tenha como contraprestação, além da remição – que consiste no resgate de parte do tempo de cumprimento da pena, à razão de um dia por três de atividade laboral⁵⁶

55 MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada**. 2ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 70-71.

56 Art. 126, da Lei de Execução Penal.

– uma remuneração que deverá atender, segundo o art. 29, da LEP, à indenização dos danos causados pelo crime (desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios), ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, à assistência à família e ainda, a constituir um pecúlio (depositado em caderneta de poupança) que lhe será entregue quando do retorno à sociedade, em socorro às suas primeiras necessidades até que possa se reintegrar no mercado de trabalho e prover seu sustento.

E o próprio dispositivo legal supramencionado prescreve que esta remuneração, que deve estar prevista em prévia tabela, não pode ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo, pois não mais se reconhece o:

(...) ‘regime de “gorjetas” ou “regalias” ou remuneração simbólica. Este é um imperativo não só ético, como também jurídico e prático, reconhecido pelas Regras Mínimas da ONU ao referirem-se à remuneração “equitativa” (n. 76.1). Expõe lucidamente Manoel Pedro Pimentel: “Para o preso institucionalizado o trabalho é um valor negativo. Mas o dinheiro é um valor positivo. Conjuguar esses dois valores para que o interno, objetivando o fim (dinheiro), habitue-se com o meio (trabalho), é uma estratégia necessária⁵⁷’.

2 A INDISPENSABILIDADE DA REMUNERAÇÃO DO TRABALHO DO PRESO

No entanto, a despeito de o Estado Brasileiro contraprestar o trabalho desenvolvido pelo preso submetido à sua tutela, de modo a evitar que se traduza em exploração gratuita da atividade laboral alheia, não remunera na forma prevista na LEP. Ao tratar do tema, Mirabete, com autoridade, leciona que “resta do preceito legal apenas o intuito de animar o condenado a procurar e desenvolver a atividade laborativa prisional e reconhecer que, apesar dos pesares, a remuneração não é tão elevada diante da realidade salarial de nosso país. Mesmo assim a lei não é cumprida⁵⁸”.

E, pelo que se apurou perante a Divisão do Trabalho Prisional, órgão da administração indireta, integrante do Departamento de Tratamento Penal da Superintendência dos Serviços Penitenciários - SUSEPE, a realidade do sistema prisional do Rio Grande do Sul demonstra que aqui não é diferente, existindo apenas portarias que regulamentam a forma de divisão de verba orçamentária

57 MIRABETE, op. cit., p. 93.

58 MIRABETE, op. cit., p. 93.

direcionada ao pagamento dos trabalhadores reclusos e orientam a formatação de cláusulas contratuais dos protocolos de ação conjunta com base na LEP.

Com efeito, em nosso Estado, aproximadamente 11.025 apenados exercem algum tipo de atividade laboral⁵⁹, distribuídos da seguinte forma:

- a) 3.140 presos trabalham nas atividades internas das casas prisionais, tais como cozinha, limpeza e conservação, dentre outros, recebendo como remuneração uma quantia destinada pelo Estado, denominada de verba orçamentária, que possui valores variáveis, podendo ser paga mensal ou trimestralmente;
- b) 3.068 apenados exercem atividade nas denominadas 'ligas laborais internas', tendo como contraprestação tão-somente a remição de pena, pois a escassez da verba orçamentária não suporta qualquer contraprestação pecuniária;
- c) 1.539 apenados desenvolvem atividade laborativa em empresas privadas, ou até mesmo na sua própria empresa ou de sua família, não possuindo, todavia, vínculo formal;
- d) 666 reclusos trabalham em empresas privadas com vínculo contratual formal – com carteira de trabalho (CTPS) assinada – mediante autorização judicial e se valendo das cartas de emprego;
- e) 2.612 apenados exercem atividade remunerada por meio do Protocolo de Ação Conjunta – PAC firmado com empresas privadas ou mediante convênios com órgãos públicos.

E, segundo o próprio Departamento de Tratamento Penal, este órgão administra apenas a última forma de trabalho, ou seja, os Protocolos de Ação Conjunta, sendo as demais gerenciadas pelos estabelecimentos prisionais.

Vale registrar que a carta de emprego é uma forma de contratação de mão de obra prisional na qual a empresa preenche um documento padrão assim denominado, declarando os dados do emprego oferecido quanto a endereço, atividades a serem desenvolvidas, horários, dentre outros, que é entregue na casa prisional. A partir deste instrumento, a equipe técnica – formada por psicólogo e

assistente social – do próprio estabelecimento prisional elabora um relatório, informando ao empregador da visita para averiguação e entrevistando o apenado/prestado ao emprego a respeito das atividades que irá desenvolver, encaminhando ao juízo competente – Vara de Execuções Criminais (VEC).

Na sequência, o magistrado da VEC autoriza, ou não, a atividade laboral pretendida pelo apenado mediante a carta de emprego.

Verifica-se, no ponto, que a carta de emprego é uma modalidade de emprego diversa daquela oriunda dos Protocolos de Ação Conjunta e, por inexistir vínculo da empresa proponente do emprego com a Superintendência dos Serviços Penitenciários, reclama prévia autorização da respectiva Vara Judicial competente.

Por seu turno, a modalidade denominada Protocolo de Ação Conjunta – PAC60 ou convênio é uma espécie de contrato formalizado entre a Superintendência de Serviços Penitenciários (no Rio Grande do Sul RS reconhecida por SUSEPE) e a empresa pública ou privada, sendo que, nesta hipótese, o valor mínimo da remuneração a ser paga ao apenado corresponde a 75% (ou seja, $\frac{3}{4}$) do salário mínimo, na forma do art. 29, caput, da LEP.

Interessante é que este PAC ou convênio pode ser firmado até mesmo com apenados do regime fechado, quando as empresas (pública ou privada) constituem, dentro do próprio estabelecimento penal, uma espécie de filial, sendo que os reclusos que se agregarem a este modelo deixam suas celas e se dirigem aos pavilhões de trabalho para exercerem a atividade laboral.

Entretanto, quando o PAC é celebrado com o objetivo de os apenados exercerem o labor na sede das empresas privadas ou públicas, tendo, portanto, que se afastar da casa prisional, tal somente ocorre naquelas destinadas ao cumprimento de penas em regimes aberto e semiaberto.

No contexto acima delineado, segundo informações prestadas pela Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do RS, pelo trabalho realizado dentro dos estabelecimentos prisionais o apenado, além de resgatar dias de pena pelo instituto da remição, dependendo da disponibilidade da verba orçamentária, recebe, na periodicidade mensal ou trimestral, importância que é tida pela autoridade administrativa prisional como ‘gratificação’, fixado, o montante

individual, pela autoridade administrativa, considerando a disponibilidade financeira comunicada pela Secretaria da Fazenda, por meio de portaria, a qual estabelece o valor máximo a ser disponibilizado a cada casa prisional. E este valor máximo da verba é rateado pela direção da casa prisional – que avalia a responsabilidade, o empenho, a determinação e a habilidade de cada apenado no desempenho da atividade laborativa – entre os apenados trabalhadores em dois níveis: no primeiro, a quantia corresponde, a cada trimestre, a R\$ 28,69 (vinte e oito Reais e sessenta e nove centavos) – equivalendo a R\$ 9,53 (nove Reais e cinquenta e três centavos) ao mês – e, no segundo, a R\$ 18,12 (dezoito Reais e doze centavos) – ou seja, R\$ 6,04 (seis Reais e quatro centavos) ao mês⁶¹.

Ora, já por aí se verifica o equívoco no tratamento da remuneração oriunda do trabalho realizado pelo recluso, seja no interior do cárcere, seja em serviço externo, que, sem sombra de dúvidas, não se trata de ‘gratificação’ ou ‘bonificação’ a ser concedida a critérios de oportunidade e conveniência pela direção da casa prisional ou do próprio Estado, mas de efetiva contraprestação financeira pelos serviços prestados.

E não bastasse, constata-se que na realidade prisional gaúcha (lamentavelmente, a repetir o que ocorre no resto do país), como acima registrado, apenas a remuneração decorrente das cartas de emprego e do PAC – Protocolo de Ação Conjunta segue o disposto no caput do art. 29 da Lei de Execução Penal, sendo que o descumprimento do dispositivo legal tem, como em outras situações de desconformidade à LEP, justificativa na escassez de recursos financeiros.

Novamente neste tema, inferimos que, a despeito de a legislação atinente à execução penal ser moderna e objetivar a recuperação e a reintegração social paulatina do indivíduo condenado, mostrando-se o trabalho (seja no interior do cárcere ou fora dele) robusto fator de preservação da dignidade da pessoa humana e de ressocialização, o Estado negligencia sua atribuição constitucional e não oferece ocupação laboral àqueles que se propõe a exercê-lo e, muitas vezes, exatamente pela ausência da atividade laborativa impede a consecução de

60 Não se obteve dados com exatidão a respeito da data de surgimento do Protocolo de Ação Conjunta, mas sabe-se que em 1992 este instrumento já era utilizado para contratação de mão de obra prisional para exercer atividades tanto em empresas privadas como em órgãos e empresas públicas.

61 Consoante Portaria n. 04/11 da SUSEPE, que regula os níveis atuais das ‘folhas de gratificações de apenados por estabelecimento’.

benefícios ao longo da execução do apenamento, como na hipótese de progressão para o regime aberto – inciso I do art. 114, da Lei de Execução Penal⁶².

André Eduardo de Carvalho Zacarias, ao analisar a Lei n. 7.210/84 registra que:

‘Apesar de moderna, procurando racionalizar, desburocratizar e flexibilizar o funcionamento do sistema prisional, a Lei de Execuções Penais não tem produzido os resultados concretos almejados por seus autores e esperados pela sociedade. Tal ineficácia está na omissão do Poder Executivo que, procurando de todas as formas dirimir e eximir-se de suas obrigações básicas no plano social, até a presente data não houve investimentos necessários em escolas, em fábricas e fazendas-modelo, ou mesmo comércio; em pessoal especializado e em organizações encarregadas de encontrar postos de trabalho para os presos em regime semiaberto e aberto, principalmente para os egressos dos estabelecimentos penais⁶³.

E, especificamente no que tange ao trabalho do preso, a rigor, o que se sustenta, com base no princípio da legalidade é que, seja o trabalho do preso/apenado prestado no interior ou fora do cárcere, a sua remuneração deve corresponder a, no mínimo, $\frac{3}{4}$ do salário mínimo nacional, afinal, esta é a única interpretação a ser dada ao disposto no *caput* do art. 29, da LEP, mormente porque, dada a supremacia da lei, uma portaria não pode a ela se opor e, muito menos, se sobrepor.

Outrossim, calha assentar que, muitas vezes, o trabalho do preso substitui nas empresas privadas parcerias profissionais que reclamariam encargos sociais e trabalhistas decorrentes da Consolidação das Leis Trabalhistas (como já se disse, inaplicável ao apenado, por força de expressa disposição legal – § 2º do art. 28, da Lei n. 7.270/84⁶⁴) e, no caso do Estado, demandaria concurso público, não havendo discussão judicial sobre eventual exploração do trabalho do preso, que se tem demonstrado realizado regularmente, mas com efeito financeiro àquele em flagrante dissonância aos ditames legais.

Não se pode, na mesma linha de raciocínio, olvidar que o preso, provisório ou definitivo, quando vinculado ao trabalho, seja no interno do cárcere ou fora deste

62 Invoca-se, a respeito, o seguinte julgado: AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CARTA DE EMPREGO IMEDIATO. No caso em tela, o art. 114, I, da LEP é claro ao exigir que o condenado para ingressar no regime aberto deverá estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Não há que se falar em flexibilização do dispositivo legal, pois o trabalho é uma ‘conditio sine qua non’ para o ingresso no regime aberto. Portanto, a decisão recorrida deve ser mantida. AGRAVO DEFENSIVO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70048933618, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Ivan Leomar Bruxel, julgado em 12/07/2012).

63 ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. , 2ª ed. São Paulo, Tend Ler, 2006.

64 No entanto, estabelecem as Regras Mínimas da ONU a necessidade de providências para indenizar os presos pelo acidente do trabalho ou em enfermidades profissionais em condições similares àquelas que a lei dispõe para o trabalhador

ambiente, tem interesse direto na preservação do vínculo, porquanto repercute em redução de pena (pelo instituto da *remição* a cada três dias trabalhados é *computado como um dia de pena*, repete-se), no mais das vezes estando desinformado sobre a conseqüente remuneração advinda, o que, certamente, não justifica o descumprimento reiterado da norma.

Importa consignar a seguinte lição de Fernando Capez:

O trabalho do preso e do internado deve ser remunerado adequadamente, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo. Assim, evita-se que o Poder Público se valha das aptidões dos condenados em trabalhos gratuitos.

Fica sujeito [o preso] ao trabalho interno durante o dia, de acordo com suas aptidões ou ocupações anteriores à pena. O trabalho é um direito social de todos (art. 6º da CF); o trabalho do condenado tem finalidade educativa e produtiva (art. 28 da LEP); é remunerado, não podendo tal remuneração ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo (arts. 39 do CP e 29 da LEP)⁶⁵.

Sobre a vedação de o trabalho ser gratuito (ou seja, não remunerado), ainda que imposto pelo Estado e mesmo em se tratando de preso em cumprimento de pena corporal, sob pena de configurar trabalho escravo, anotou o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro que:

Extinta a escravatura, não faz sentido o trabalho gratuito, ainda que imposto pelo Estado, mesmo na execução da sentença criminal. A remuneração do trabalho está definitivamente assentada. O Direito Penal virou também a página da história. O Código Criminal do Império estatuiu no art. 46: 'A pena de prisão com trabalho obrigará os réus a ocuparem-se diariamente no trabalho que lhes for designado dentro dos recintos das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiais das mesmas prisões'. A superação do trabalho gratuito caminha paralelamente à rejeição do confisco de bens⁶⁶.

Por seu turno, também a jurisprudência garante a remuneração do trabalho do recluso, nos termos da Lei de Execução Penal, destacando-se, dentre tantos, os seguintes julgados:

Indenizatória. Fazenda Pública. Trabalho do preso. Remição. **Remuneração.** Lei de Execução Penal - LEP.: A Lei 7.210/84 estabelece a obrigatoriedade do trabalho prisional como instrumento para uma harmônica integração social do condenado. (art. 1º) – O trabalho prisional é dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva. (art. 28 da LEP) – **Em contrapartida, o Estado oferece** a possibilidade da remição penal, podendo o condenado remir um dia da pena privativa de liberdade a cada três dias trabalhados (art. 126 da LEP) e **a**

livre (n. 74.2). Da mesma forma, a legislação interna protege essa orientação ao incluir, dentre os direitos do preso, os da "Previdência Social" (arts. 39 do CP e 41, III, da LEP).

65 CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo, Ed. Paloma, 2003. p. 36 e 77-78.

66 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 4ª ed., rev. atual. ampl. São Paulo, Revista do Tribunais, 2008. p. 399-400.

percepção equivalente a, pelo menos, três quartos do salário mínimo. (art. 29 da LEP). [...].⁶⁷ – grifos nossos.

Ação de cobrança. **Remuneração pelo labor prisional.** Lei de Execução Penal. Dever do Estado. Preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do art. 29 da Lei nº. 7.210/84. Correção Monetária e juros da mora. Cobrança contra a Fazenda Pública de serviço prestado por presidiário no período em que esteve recluso. **Conforme dispõe o artigo 29 da Lei nº. 7210, de 1984 (Lei de Execução Penal), o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário-mínimo, [...]. Preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do art. 29 da Lei nº. 7.210/84, caracterizando locupletamento pelo Estado dos serviços gratuitos do preso.** [...].⁶⁸ – grifei.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, a despeito de sua relevância, deve-se considerar que, como antes mencionado, parcela dos rendimentos do trabalho do recluso, por força da natureza jurídica do instituto do trabalho, se destina à constituição de um pecúlio (que ficaria depositado em conta-poupança), que deve lhe ser alcançado quando da sua liberdade (definitiva ou condicional), como meio de prover o sustento próprio e da sua família, durante a busca por realocação no mercado de trabalho, razão por que o não pagamento da remuneração, na forma em que prevista no art. 29, da LEP, implica, por consectário lógico, o total desamparo financeiro do egresso, novamente falhando o Estado com seu dever legal, a contribuir diretamente no fenômeno da recidiva criminal. E esta responsabilidade pode, sustenta-se, ser perseguida perante o juízo comum cível (em demanda indenizatória ou de cobrança, v.g.) ou, considerando a nova redação do art. 114, da Constituição Federal, trazida pela Emenda Constitucional n. 45, de 30/12/2004, tratando-se de efetiva relação de trabalho⁶⁹, ensejar ajuizamento de reclamação perante a Justiça do Trabalho.

4 REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Direito penitenciário e direito do menor.** Belo Horizonte, Mandamentos, 1999. p. 166.

67 TJ/RS. Apelação nº. 25042/2008. Rel. Des. Claudio Dell Orto, julgada em 08/07/2008, pela Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

68 TJ/RS. Apelação nº. 06171/2008. Rel. Des. Paulo Gustavo Horta, julgada em 04/03/2008, pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

69 Certamente que, no ponto, a circunstância de a LEP afastar a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho deverá ser sopesada e ponderada, sob um viés constitucional, não podendo, contudo, afastar, de plano, a competência da justiça do trabalho (absoluta, porque material) na espécie.

ARÚS, Francisco Bueno. **Panorama comparativo dos modernos sistemas penitenciários**. RT 441/297-315, in Mirabete, op. cit.

BRASIL, Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo, Ed. Paloma, 2003. p. 36 e 77-78.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada**. 2ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 70-71.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2007. p. 89-90.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 4ª ed., rev. atual. ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 399-400.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de execução das penas privativas de liberdade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2ª ed. São Paulo, Tend Ler, 2006.

PERDA DA REMIÇÃO: NOVA LEI, VELHAS PRÁTICAS

Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Machado¹

RESUMO: Da perda total da remição ante a prática de falta grave, passando-se pelo entendimento da inconstitucionalidade do art. 127 da LEP (redação original) e, após, pelo enunciado sumular vinculante do Supremo Tribunal Federal, chegou-se, hoje, ao estabelecido pela Lei n.º 12.433/2011. No entanto, aplica-se o comando legal da perda da remição no limite máximo legal (1/3), sem o necessário enfrentamento da proporcionalidade: necessidade da medida e, nesse caso, do quantitativo da perda. Ou seja, replica-se o “velho” entendimento, sem o devido enfrentamento da questão, em total dissonância com os princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Remição. Falta grave. Proporcionalidade. Senso comum teórico.

SUMÁRIO: 1. Introduzindo a temática. 2. Remição da pena: da inconstitucionalidade da perda da remição ao contexto atual. 3. A perda dos dias remidos: a possível compatibilização com os princípios constitucionais 4. A perda da remição e a “resistência ao novo”: na tentativa de encontrar resposta(s). 5. Concluindo. 6. Referências.

1 INTRODUZINDO A TEMÁTICA

Sintomática a relação que tem o apenado com a remição da pena. Aqueles que militam na execução penal (e que mantêm contato direto com os encarcerados) têm noção exata do que representa a remição ao condenado: possibilidade de encurtar o doloroso tempo de cárcere, para além (muito além) de qualquer juízo axiológico.

Da perda total da remição ante a prática de falta grave, passando-se pelo entendimento da inconstitucionalidade de tal dispositivo legal e pelo enunciado

1 Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

sumular vinculante do Supremo Tribunal Federal, chegou-se, hoje, ao estabelecido pela Lei n.º 12.433/2011.

Contudo, os entendimentos (jurisprudenciais, em especial) replicam velhas práticas, sem qualquer juízo crítico acerca da mudança legal. O fato é que a alteração legal, no que diz com a perda da remição ante a prática de falta grave, não tornou a primeira decorrência necessária da segunda. Não obstante, aplica-se irrestritamente o comando legal, sem a necessária fundamentação das decisões (lembre-se, princípio constitucional), com a perda integral (1/3) dos dias remidos. Faz-se tábula rasa: perda máxima da remição, sem qualquer ponderação acerca de sua necessidade/possibilidade.

É a velha prática, que não vê (ou não quer ver) o novo.

2 REMIÇÃO DA PENA: DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA DA REMIÇÃO AO CONTEXTO ATUAL

A Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP), em seu art. 126, estabeleceu o direito do encarcerado à redução de sua pena na medida do seu trabalho, na proporcionalidade de um dia a menos de pena para cada três dias trabalhado.

Estabeleceu, ainda, a perda dos dias remidos como decorrência da falta grave (art. 127). Diversas foram as vozes contrárias², sustentando a (inequívoca!) inconstitucionalidade do dispositivo, ao invocar diversos fundamentos: agressão ao direito adquirido, ao direito fundamental ao trabalho, à dignidade da pessoa humana, entre outros.

Não há(via) como refutar, no bojo do Estado Democrático de Direito, os fundamentos esgrimidos. No que diz com o direito adquirido, fica estampado que a perda da remição, em especial quando já declarada em juízo, por decorrência de fato disciplinar superveniente, agride o direito adquirido do cidadão-apenado. Nesse aspecto, não se pode descuidar que a decisão que reconhece a remição da pena tem natureza meramente declaratória (e não constitutiva), o que torna ainda mais pernicioso o comando legal. Nessa direção, Scapini (2009) assevera que “considerando que a remição declarada tem a natureza de tempo cumprido de

² Remete-se, em especial, ao precedente da Quinta Câmara Criminal do TJRS, de relatoria do Des. Amilton Bueno de Carvalho: agravo em execução n.º 70001880079, j. 07/02/2001.

privação de liberdade, decretar a perda implica restabelecer pena parcialmente extinta pelo cumprimento, o que é inconcebível”³.

Bogo Chies⁴, ao abordar a temática há mais de uma década, sedimentou os vícios (de índole constitucional) do art. 127 da LEP:

Quebra a segurança do direito adquirido (artigo 5º, XXXVI); afronta o princípio da proporcionalidade da pena, gerando inclusive o risco de, em concreto, consolidarem situações análogas a 'trabalhos forçados' (artigo 5º, XLVII); afronta o princípios da humanização e da individualização das penas (artigo 5º, III e XLVI); além de afetar a base constitucional do trabalho como um direito social e individual.

Outras vezes, embora não tenham reconhecido a inconstitucionalidade do dispositivo, acabaram por estabelecer uma proporcionalidade, ao aplicar o instituto da prescrição em relação ao tempo de perda da remição. Para tanto, o prazo mínimo da prescrição penal era empregado para estabelecer o máximo de perda da remição⁵.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 9 e, assim, arredou toda a discussão existente acerca da (in)constitucionalidade do art. 127 da LEP. Então, restaram suplantadas as discussões existentes, impondo a perda da remição ante a prática de falta grave.

Ocorre que a Lei n.º 12.433/2011 andou na contramão da própria súmula, ao dar nova redação ao art. 127 da LEP. Agora, a falta grave autoriza a perda de até 1/3 da pena, como se vê do comando legal: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Entre “idas e vindas” fica o apenado, vítima do “ranço” que parece não permitir a interpretação do novo comando legal de forma compatível com os ditames da Lei Maior.

3 SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51-52.

4 CHIES, Luiz Antonio Bogo. **Prisão: Tempo, Trabalho e Remição: Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do Artigo 127 da LEP**. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 667.

5 A título ilustrativo, tem-se o precedente que segue: “EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. PERDIMENTO. LIMITES TEMPORAIS. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. O sistema jurídico pátrio não se conforma com situações de indefinição ou insegurança permanentes. Vários são os instrumentos de pacificação social encartados na própria Constituição Federal, tais quais o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Aí também se inscreve a prescrição, como regra geral, que se vem aplicando, mesmo na execução penal, para hipóteses em que ausente previsão na LEP, nada justificando, assim, não se observe comportamento semelhante aos efeitos de definir consolidação de certos benefícios, que não podem, anos a fio, até a expiação completa da pena (e isto mais avulta em penas largas), ficar sujeitos à desconstituição. Hipótese, assim, que encontraria semelhança com prescrição aquisitiva, da usucapião, sendo esse o caso da remição. Perda dos dias remidos, fruto de falta grave ou novo crime, que não pode atingir dias trabalhados distantes mais de 2 anos desse novo acontecimento. Prazo que se elege, outrossim, por ser o mínimo da prescrição penal, adotado pelo Colendo STJ para prescrição de imposição de consequências na área da execução penal. Agravo não provido.” (Agravo em Execução Nº 70013636592, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 26/01/2006)

3 A PERDA DOS DIAS REMIDOS: A POSSÍVEL COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Lei n.º 12.433/11, ao dar nova redação ao art. 127 da LEP, limitou a perda dos dias remidos a 1/3 do total. Não significa, contudo, que este será o parâmetro, mas sim que tal quantitativo é o limite máximo.

Tem-se como paradigma o precedente da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado⁶:

Execução penal. Falta disciplinar de natureza grave. Perda dos dias remidos. Lei n.º 12.433/11: aplicação imperativa ante a garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 127 da LEP: estabelece o dispositivo legal que, praticada a falta grave, poderá (e não deverá) o juiz decretar a perda dos dias remidos até o limite máximo de 1/3. Assim, deve o magistrado: um - motivar a necessidade da perda dos dias remidos, ou seja, dizer se e o porquê decreta a medida; dois - entendendo necessária, deve apontar o quantum de perda, assim como quais foram os fundamentos para alcançar tal quantitativo. Nulidade. Fundamentação das decisões judiciais: é nula a decisão que limita a perda dos dias remidos a 1/3 sem explicitar os motivos para assim proceder. De ofício, decretaram a nulidade da decisão, prejudicado o mérito do recurso (por maioria).

6 Agravo Nº 70045472578, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 09/11/2011. Transcrevo trecho do precedente:

“ Por outro lado, a LEP (art. 127) limita a perda ao quantitativo máximo de 1/3, devendo o juiz, para tanto, observar o art. 57 da LEP, o qual prescreve: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Então, a fim de estabelecer o quantum de perda da remição, impõe-se seja observada basicamente a proporcionalidade entre a falta disciplinar praticada e a sanção.

Aliás, numa interpretação restritiva da lei, na direção mais favorável ao débil, o novo art. 127 da LEP autoriza, desde meu ponto de vista, que o juiz sequer decreta a perda dos dias remidos ou o faça até o limite máximo de 1/3.

A redação é elucidativa no sentido de que o juiz poderá decretar a perda de até 1/3 – repito: “(...) o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido” –, não sendo, pois, decorrência automática da prática da falta grave a sanção respectiva. Dito de outro modo, é dado ao magistrado, à luz da situação fática, deixar de decretar a perda da remição.

No direito penal, sempre que se encontra a locução “pode” na previsão de direito ao réu/condenado, entende-se que a hipótese configura autêntico direito subjetivo público. Veja-se, por exemplo, o art. 77 do Código Penal (sursis) ao prescrever que a pena “poderá ser suspensa”; ainda, o art. 89 da Lei n.º 9.099/95 (suspensão condicional da pena) ao estabelecer que “ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo”. Inequivoco que, em tais casos, a lei estabelece efetivamente um direito subjetivo público.

Contudo, na direção oposta – restrição de direitos –, a locução “pode” ou “poderá” tem de ser vista como impositiva de fundamentação judicial acerca da subsunção do fato às hipóteses legais e, em especial, da necessidade da medida.

Ademais, parece-me, inclusive, ante a fração máxima ter sido estabelecida em valor baixo (1/3), que o viés interpretativo deve ser o da proteção da garantia do direito adquirido aos dias remidos do cidadão apenado.

Então, ante a prática de falta grave, o magistrado, ao aplicar o art. 127 da LEP, deve necessariamente percorrer o seguinte caminho:

um – motivar a necessidade da perda dos dias remidos, isto é, dizer se e o porquê decreta a medida;

dois – entendendo necessária, deve apontar o quantum de perda, assim como quais foram os fundamentos para alcançar tal quantitativo, inclusive com base na proporcionalidade entre fato e sanção.

Portanto, a eventual perda dos dias remidos e seu quantitativo demandam decisão judicial devidamente fundamentada. E tal não pode(ria) ser diferente ante o mandamento constitucional de motivação das decisões judiciais, que fulmina de nulidade a decisão que não é fundamentada (art. 93, IX, da Constituição da República).

Ora, a fundamentação – dar as razões do decidir – é instante sublime da atividade judicante, momento em que o juiz sela seu compromisso com a sociedade. Aliás, as razões recursais sinalam na direção de que devem(riam) ser restabelecidos no mínimo 2/3 dos dias remidos.

Neste contexto, nula a decisão que decretou em 1/3 a perda da remição. É que o decisum não aponta as razões para assim proceder, nem mesmo o motivo para alcançar o quantitativo máximo – “(...) Retrato-me da decisão no que se refere à perda da remição de pena, decretando a perda de somente 1/3 dos dias remidos anteriormente à prática da falta grave, nos termos da Lei 12.433/11.” –, daí porque, renovada vênica, eivado de nulidade.”

Com efeito, o art. 127 da LEP estabelece que a prática de falta grave pode ensejar a perda de até 1/3 dos dias remidos. E, para tanto, tem o magistrado de fundamentar a necessidade da medida e, nesse caso, apontar, também motivadamente, o *quantum*, até o limite de 1/3, será perdido pelo apenado.

Isso decorre, num primeiro plano, do princípio da proporcionalidade, uma vez que toda a sanção penal deve ser proporcional ao fato praticado. É decorrência, ainda, do próprio princípio constitucional da individualização da pena.

O enunciado legal não dá margem para outro entendimento, na medida em que prevê a locução “poderá”. Trata-se de comando que impõe ao magistrado, quando em desfavor do acusado, o dever de fundamentação acerca de sua aplicação, isto é, não se trata de comando imperativo. O contrário, como se sabe, ocorre naquelas hipóteses em que a lei emprega a mesma locução, mas reconhece um direito ao cidadão. Nessa situação, é imperativa sua aplicação, configurando, tal hipótese, inequívoco direito subjetivo público.

Portanto, afirmada a necessidade de imposição da sanção, deve o magistrado motivar o quantitativo da perda. Ao contrário do que possa parecer, a lei prevê que o máximo será de 1/3 dos dias remidos, de forma que o parâmetro aplicável deve encontrar também proporcionalidade com a falta disciplinar praticada. A aplicação irrestrita do percentual máximo, além de agredir a proporcionalidade, viola o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Em suma, o preceito legal impõe ao magistrado a observância da proporcionalidade. Não é isso, todavia, o que se verifica nos processos de execução criminal. Vigem, ainda, a lógica da perda de 1/3 da remição, sem qualquer ponderação acerca de suas consequências.

4 A PERDA DA REMIÇÃO E A “RESISTÊNCIA AO NOVO”: NA TENTATIVA DE ENCONTRAR RESPOSTA(S)

A nova redação do art. 127 da LEP, embora não arrede as críticas cabíveis à possibilidade da perda da remição, tal qual na redação originária⁷, revela-se mais compatível com os ditames constitucionais ao estabelecer a proporcionalidade entre fato e sanção respectiva. Nesse particular, calha referir que, quando das discussões acerca da Súmula Vinculante n.º 09 do Supremo Tribunal Federal, os Ministros já

tenham expressamente reconhecido a necessidade de observância da proporcionalidade⁸. Todavia, já sob a égide de tal verbete vinculante, não se perquiriria, como regra, de eventual proporcionalidade.

Então, superado o debate acerca da inconstitucionalidade da perda da remição, sobeja a necessidade de enfrentamento da proporcionalidade, que, além de ser princípio constitucional implícito, veio consagrada no texto legal. Todavia, o que vige é o (velho) entendimento, com a decretação da perda de 1/3 dos dias remidos. Ou seja, a lógica permanece inalterada...

Diante desse quadro, a dúvida que emerge é acerca do que motivaria a leitura do dispositivo legal a partir da lógica não mais vigente, ou, dito de outra forma, o porquê da “resistência ao novo”. A resposta está, provavelmente, no reinante “senso comum teórico”, que remonta aos bancos acadêmicos.

Ocorre que a interpretação exige dos juristas um pensamento abstrato, longe da simples exegese da lei, na medida em que demanda a aplicação de princípios. Entretanto,

a constatação é terrível: não logramos aplicar princípios porque exigem grau de abstração maior (não estando no plano do “tudo” ou “nada” como as leis), gerando, em consequência, sensação de insegurança, daí porque precisamos de ordens diretas, concretas, como se o labor do jurista fosse orientado por uma hierarquia militarizada.⁹

A redução do pensamento dos juristas às leis é decorrência da adoção pelas ciências jurídicas e sociais do paradigma positivista que “considera o Estado como fonte central de todo o direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja ‘completude’ despreza – como ‘metajurídicas’ – todas as indagações de natureza social, política e econômica”¹⁰. Desta forma, a ciência jurídica passa a ser concebida como

um simples repertório fixo e imóvel de dogmas, propiciando a concepção da “dogmática jurídica” como um mero conjunto de normas. No âmbito da dogmática, em síntese, a preocupação central é a subsunção do fato à

7 Remete-se o leitor ao tópico 2.

8 “O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta. Então, com essas duas ponderações, eu acompanho. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - De qualquer forma, submetida a controle judicial devido, claro. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito. Não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação de falta grave. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Só está-se dizendo da previsão da perda dos dias. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Apenas isso, que a previsão da perda dos dias remidos é constitucional. É o que nós estamos afirmando. Então, está certo. (In: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf, acesso em 14/01/2013)

9 CARVALHO, Amilton Bueno de. O interrogatório do acusado e a Lei 10.792/03. In: CARVALHO, Amilton Bueno & CARVALHO, Salo. Reformas Penais em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03.

10 FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 43.

previsão legal (tipicidade), valorizando-se os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando-se as questões da legalidade, da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas, da eliminação das antinomias, etc.¹¹

A adoção do paradigma positivista e o conseqüente consenso em torno do monopólio da força pelo Estado, constituem o que “Kuhn chama de ‘ciência madura’: o momento em que um único paradigma atinge sua plenitude e seu apogeu”¹², impedindo qualquer discussão a respeito do mesmo. Esta ciência encontra resposta a tudo e auferir caráter de cientificidade a estas respostas na medida em que seus resultados foram atingidos em consonância com o paradigma. Com isso, os princípios e regras das “ciências maduras” jamais são postos em dúvida e há uma adesão de todos os cientistas a este paradigma:

Por isso, como a crença é a de que os problemas fundamentais foram definitivamente resolvidos pelo paradigma, as “ciências maduras” inexoravelmente tendem a cristalizar-se sobre si mesmas, privilegiando a investigação rotineira e burocratizada e entreabrindo uma situação tanto de resistência às mudanças ou às críticas quanto de isolamento disciplinar. No limite, pois, a “maturidade” da ciência se converte em sinônimo de recusa ao avanço, às inovações, à criatividade e mesmo às críticas.¹³

Assim, o ensino do direito se resume à transmissão de premissas básicas do sistema e em soluções definitivas de acordo com as leis vigentes. “Trata-se, em suma, de transmitir uma informação de caráter meramente instrumental – o conjunto de dogmas do direito, que abrirá as portas de todas as câmaras do ‘kafikiano’ castelo legal”¹⁴. Não há espaço, então, para um raciocínio crítico e problematizante, o que “termina por cristalizar, congelar, burocratizar, enrijecer e esclerosar um conhecimento jurídico crescentemente setorializado em múltiplas áreas de especialização, impedindo por completo sua adaptação às novas situações sociais”¹⁵.

As faculdades de direito tornaram-se em “escolas de legalidade”, desvinculadas de um pensamento crítico, baseadas em “juízos científicos”, com a

11 *Ibidem*, p. 43. Na lição de Luigi Ferrajoli, “um Estado Constitucional de Direito é, pela sua própria natureza, um ordenamento imperfeito, sendo impensável, por causa do fundamento nomodinâmico da vigência das normas, uma perfeita coerência e plenitude no sistema e nos seus diversos níveis. Mais: a sua possível imperfeição é paradoxalmente o seu maior mérito. Uma perfeita coerência e plenitude e uma total ausência de antinomias e de lacunas só seriam efetivamente possíveis se não fosse incorporado as normas sobre a produção nenhum vínculo substancial: que é o que acontece no estado absoluto – pouco importando se politicamente democrático – onde qualquer norma existente, desde que produzida segundo as formas estabelecidas pelo ordenamento, é, por isso, válida”. (FERRAJOLI, O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 99).

12 FÁRIA, **A Reforma do Ensino Jurídico**, p. 44.

13 *Ibidem*, p. 44.

14 *Ibidem*, p. 45.

15 *Ibidem*, p. 45.

falsa concepção de um conhecimento sistemático e coerente e que transmite os sustentáculos de uma dogmática jurídica¹⁶. Surge, assim, o “senso comum teórico dos juristas de ofício”, que

traduz um complexo mas contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, pontos de vista hegemônicos, justificações e saberes acumulados, expresso por meio de disciplinas específicas legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais e cristalizadas pelas práticas jurídicas inerentes a esses órgãos.¹⁷

O senso comum teórico afasta qualquer espécie de juízo crítico dos estudantes de direito e dos juristas já que não tem “a pretensão de construir um objeto de conhecimento sobre a realidade social; ele visa, apenas, a normatizá-la e justificá-la por meio de um conhecimento padronizado”¹⁸.

Assim, este conhecimento desvinculado da realidade social, conduz os “juristas de ofício, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado”, a conceber “que o advogado é um manipulador das leis, descompromissado politicamente, um técnico neutro das normas”¹⁹. Continua Warat, asseverando que “é o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais” e que “o sentido conceitual da identidade kelseniana, entre Direito e Estado, é convertido em uma fórmula estereotipada que conota o caráter ético do Estado, impedindo, aparentemente, de agir fora da imaculada gaiola das normas positivas”²⁰.

Resta claro, portanto, que a formação do jurista não condiz, como regra, com um pensamento que exija um grau maior de abstração, como é o caso dos princípios. O direito fica resumido a um emaranhado de leis, completo e hermético, e o jurista é o técnico especialista nas mesmas. O trabalho interpretativo se resume a uma simples exegese do texto legal, desvinculado da realidade e dos fatos. Com isso, as leis passam a ter o caráter de dogma no sentido de que são inquestionáveis e de aplicação obrigatória.

A ausência de juízo crítico, aliado à condição de dogma da legislação, engessam o jurista que não é capaz de questionar o conteúdo das leis a serem

16 *Ibidem*, p. 46.

17 *Ibidem*, p. 47.

18 FARIA, A **Reforma do Ensino Jurídico**, p. 47.

19 WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 30.

20 *Ibidem*, p. 32.

aplicadas. Há uma mera vinculação a forma de elaboração das normas, sem a necessária vinculação dos seus conteúdos. Assim, a lei é aplicada sem que haja qualquer questionamento acerca de seu conteúdo.

Esta a situação posta: a dogmática engessa o jurista e o “senso comum teórico” domina a realidade do ensino do direito. Os estudantes, embebidos do “senso comum teórico”, são os futuros advogados, juízes, promotores, defensores, que acabam(rão) por reproduzir esta lógica.

Assim, o estudante que se torna um juiz, por exemplo, leva o “senso comum teórico” para o interior da instituição da qual faz parte, reproduzindo-o e institucionalizando-o – certo é que este processo de reprodução e de institucionalização se dá, num primeiro momento, no interior das próprias instituições de ensino superior. Ora, se o estudante é ensinado a ser um “mero técnico dos textos legais”, o futuro profissional tende a agir desta forma.

Este é o quadro que se verifica na vivência diária dos fóruns, com a repetição do revogado comando legal do art. 127 (apenas, é verdade, com a limitação a 1/3). Uma vez reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave, decreta-se diretamente a perda de 1/3 da remição, sem qualquer análise e aplicação proporcional, como, aliás, exige a própria lei.

A sensação é de que o “senso comum” engessa o operador do direito, que apenas aplica a nova lei a partir do “velho” entendimento. Enfim, não há uma leitura minimamente crítica do dispositivo legal, mas apenas sua aplicação irrestrita, desvinculada de qualquer conformação constitucional. Com isso, viola-se, também, o princípio da motivação das decisões judiciais²¹.

Talvez a resposta esteja fundamentalmente na formação dos juristas, que não permite pensar de forma diversa, mas simplesmente reproduzir a lógica anterior, como se procurou demonstrar.

Outras vozes dirão que tudo passa pelo excesso de trabalho, em que o volume de processos acarreta uma análise mais apressada dos autos. Noutra perspectiva, um tanto mais pessimista (?), tudo pode decorrer da “reinante ânsia persecutória”, que embriaga o jurista mais desavisado daqueles conceitos (rasteiros e ilusórios), de acabar com as mazelas da sociedade por meio do Direito Penal.

21 “Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundamente de um processo penal democrático” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1060.)

Somadas as probabilidades, o fato é que os encarcerados ficam à mercê dos entendimentos²², sem a devido enfrentamento da questão à luz dos (cogentes) princípios constitucionais. Enfim, velhas práticas, novas (ou velhas?) arbitrariedades.

5 CONCLUINDO...

É evidente que a mudança da lei, por si só, não muda a mentalidade das pessoas. Doce ilusão. Diria melhor, amarga ilusão.

Enquanto permanece estabelecido “o senso comum teórico”, pessoas são penalizadas (e “repenalizadas”) por conta, como dizia um poeta, daquela “velha opinião formada sobre tudo”...

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70045472578, Quinta Câmara Criminal, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 09.11.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução nº 70013636592, Sétima Câmara Criminal, julgado em 26.01.2006.

CARVALHO, Amilton Bueno. Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais. *In: Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHIES, Luiz Antonio Bogo. Prisão: Tempo, Trabalho e Remição: Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do Artigo 127 da LEP. *In: CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

FERRAJOLI, O Direito como sistema de garantias. *In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 89/109.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

22 Amilton Bueno de Carvalho é categórico: “(...) para nós, juristas, tudo é um simples debate, mas para os condenados representa o 'tudo', a 'vida' – o continente 'moral' da nossa interpretação é violento: alcança a vida do outro” (CARVALHO, Amilton Bueno. Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais. *In: Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 06.)

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *In:* WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

A DATA-BASE NA EXECUÇÃO CRIMINAL

Laura de Ferreira Veitenheimer¹
Mauro Kaufmann Pereira²

RESUMO: O presente artigo procura tratar do instituto da data-base em execução penal, muito corriqueiro no cotidiano forense, porém, pouco abordado e estudado cientificamente. Através de exame da legislação e julgados atinentes à matéria, busca-se demonstrar que a data-base somente pode ser alterada nas estritas hipóteses legais, em obediência ao princípio constitucional da legalidade - verdadeira pedra basilar de todo o ordenamento penal e processual penal pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Data-Base. Alteração. Falta Grave. Implantação de Condenação. Legalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Origem da expressão data-base; 3. Conceito; 4. A alteração da data-base e suas consequências; 5. Modificação da data-base por cometimento de falta grave; 6. Modificação da data-base por implantação de condenação; 7. Considerações Finais; 8. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O tema da data-base na execução penal, embora seja recorrente na prática do processo de execução criminal, não é muito difundido teoricamente, e, portanto, merece ser disseminado no mundo acadêmico para que todos tenham uma maior compreensão da matéria.

No presente artigo, conquanto não tenhamos a intenção de esgotar o assunto, buscamos, de forma simples e concisa, trazer à baila alguns ensinamentos sobre o tema, orientação dos Tribunais Superiores sobre as questões controvertidas, colacionando jurisprudência atualizada, e divulgar argumentos a fim de colaborar com operadores do direito que labutam nesta área.

1 Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Núcleo de Defesa em Execução Penal da Defensoria Pública (NUDEP).

2 Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Núcleo de Defesa em Execução Penal da Defensoria Pública (NUDEP).

2 ORIGEM DA EXPRESSÃO DATA-BASE

O termo data-base tem origem no direito do trabalho, sendo utilizado para definir o momento em que os sindicatos que representam as categorias podem rever, requerer, modificar ou extinguir as normas contidas nos instrumentos normativos de sua categoria, através de negociação ou ajuizamento de ação coletiva.

Segundo a doutrina:

(...) data-base de uma categoria profissional é o dia do calendário destinado à correção salarial e à revisão das condições de trabalho fixadas em normas coletivas. Tais normas, quer sejam convenções, acordos ou sentenças normativas, têm prazo definido de vigência. As convenções e acordos podem ter vigência de no máximo dois anos (CLT, art. 614, §3º) e as sentenças normativas podem fixar o prazo de até quatro anos para a sua vigência (CLT, art. 868, parágrafo único), ficando sujeitas à revisão mediante certas circunstâncias, após um ano de vigência (CLT, art. 873). A revisão do valor dos salários, entretanto, qualquer que seja a natureza da norma coletiva em vigor, deve ser feita anualmente, a teor do disposto no art. 13, §1º, da Lei n.º 10.191/2001. O início de vigência da norma coletiva determina a data-base da categoria profissional³.

A expressão foi encampada para a execução criminal a fim de definir o marco pelo qual contam-se os lapsos temporais previstos na Lei de Execução Criminal para que o sentenciado faça jus aos benefícios previstos nesta legislação.

O Desembargador João Batista Marques Tovo, quando do julgamento do Agravo nº 70027804061 pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Sessão de j. 15 de janeiro de 2009 explicou que “as normas sobre execução penal não contemplam o termo “*data-base*”. Dita locução é tomada por empréstimo ao direito trabalhista e previdenciário para significar o contido na consagrada expressão latina “*dies a quo*”. Prossegue o desembargador:

Como regra, os avanços e benefícios a que faz jus o reeducando têm como requisito objetivo implemento de determinado prazo do cumprimento da pena. Os prazos, a forma de contagem e o ***dies a quo***, porém, não são universais. Veja-se, por exemplo, que é exigido o cumprimento de 1/6 da pena *no regime anterior* para a progressão de regime (art. 112, Lei 7.210/1984), de sorte que o ***dies a quo*** do prazo para a primeira progressão será o do *início da execução*, mas para as demais será o da *progressão anterior*. Em relação ao livramento condicional, o ***dies a quo*** é sempre o do *início da execução*, variando o prazo. E, assim por diante.

³ **Dicionário de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário aplicado ao direito de trabalho** / Rodrigo Garcia Schwarz organizado – São Paulo : LTr, 2012. Vários autores. p 326-327. autor do verbete. Edson Gramuglia Araujo.

3 CONCEITO

A data-base na execução penal é o marco fixado para a contagem dos lapsos temporais para que o reeducando implemente o direito aos benefícios previstos na Lei de Execução Penal – LEP.

Segundo o Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini⁴, “denomina-se ‘data-base’ o dia que assinala o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Essa data serve de base para cálculo dos lapsos temporais exigidos para a concessão de benefícios.”

Em outras palavras, a data-base é a data em que o apenado iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que a partir desta contam-se os lapsos previstos na LEP para que o reeducando usufrua da progressão de regime, livramento condicional, saídas temporárias etc.

4 A ALTERAÇÃO DA DATA-BASE E SUAS CONSEQUENCIAS

A data-base, como acima já referido, é a data que serve de base para a contagem dos lapsos temporais, previstos em lei, necessários para a obtenção dos benefícios na execução penal.

Todavia, durante o cumprimento da pena, poderão ocorrer fatos que modificam a data-base para obtenção de benefícios. Nesse caso, em havendo alteração, deverá o sentenciado implementar novos lapsos relativos ao saldo de pena remanescente para fazer jus às benesses previstas na legislação. Como exemplo podemos citar a pessoa condenada a pena de 12 anos de reclusão (crime comum), em regime fechado; implementado 1/6 do cumprimento da pena terá direito ao regime semiaberto; uma vez deferido o regime semiaberto, deverá cumprir novamente um sexto da pena remanescente para fazer jus ao regime aberto. A data em que foi implementado o direito ao regime semiaberto constitui a data-base para a contagem do lapso temporal para a nova progressão de regime.

Portanto, os novos lapsos para obtenção dos benefícios, em caso de alteração da data-base, são calculados a partir do novo marco levando em consideração a pena remanescente.

4 SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. *Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59

5 MODIFICAÇÃO DA DATA-BASE PELO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE

A prática de falta grave, durante o cumprimento da execução da pena, poderá implicar, além das consequências administrativas, nas sanções previstas no art. 53 da LEP⁵, bem como na regressão de regime (art.118, I da LEP)⁶, perda de até um terço dos dias remidos (art.127 da LEP)⁷ e na alteração da data-base para fins de benefícios.

No que tange a modificação da data-base para fins de benefícios, objeto do estudo em tela, cabe ressaltar que se trata de ponto polêmico, tendo em vista que esta consequência não está prevista na Lei de Execução Criminal e, portanto, fomenta ingente celeuma na doutrina e jurisprudência pátrias.

A corrente capitaneada pela Defensoria Pública, com fundamento no princípio da legalidade, sustenta a impossibilidade de alteração da data-base quando do cometimento de falta grave, tendo em vista a ausência de previsão legal.

De acordo com este entendimento, a alteração da data-base, para fins de benefícios, somente é possível nos casos do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais⁸, e art. 75, §2º, do Código Penal⁹, ou seja, quando o apenado sofrer nova condenação durante o curso da pena.

Destarte, como a única situação capaz de alterar a data-base é a superveniência de condenação por crime cometido no curso do cumprimento da pena (art. 111, parágrafo único, da LEP e art. 75, §2º, do CP), não se pode modificá-la quando do cometimento de falta grave por afronta ao princípio constitucional da legalidade.

O sempre festejado Hungria já lecionava que:

5 Art. 53. Constituem sanções disciplinares:
I - advertência verbal;
II - repreensão;
III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);
IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.
V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

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

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

8 Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

9 Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos

(...) a lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais do direito, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo se dizer que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal, só uma lei penal pode preenchê-las.¹⁰

No julgamento do agravo em execução n.º 70047063045, o Desembargador Nereu Giacomolli, em seu voto, de forma muito perspicaz, fundamentou a impossibilidade de alteração da data-base nos seguintes termos:

Os princípios de proteção dos bens jurídicos fundamentais, da culpabilidade e o de legalidade, constituem os três pilares básicos do sistema criminal contemporâneo.

O princípio da legalidade aplica-se, também, no âmbito da execução criminal, na medida em que foi forjado para limitar a intervenção do Estado, coibir os abusos e proteger os direitos individuais.

Segundo a concepção formalista do princípio da legalidade, um fato constituirá uma infração criminal quando assim estiver previsto em uma norma legal, no momento em que foi praticado e, ainda, ao sujeito condenado se aplicará a espécie e a quantidade de pena prevista no tipo penal (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP).

Assim, ninguém pode ser castigado por um fato que, no momento da conduta, não esteja previsto num preceito normativo como infração criminal, por mais nocivo, cruel ou hediondo que seja. Também, ao fato praticado aplica-se a espécie de pena e a possível quantia já prevista no tipo penal transgredido, por mais ínfima que pareça. Desse modo, mesmo em sua concepção formal, o princípio da legalidade “limita a intervenção estatal” (Hassemer) e “serve para evitar uma punição arbitrária e incalculável, ou baseada numa lei imprecisa ou retroativa” (Roxin), ou seja, como uma garantia ao indivíduo.

Todavia, a adoção do princípio da legalidade não induz unicamente à incorporação a um sistema jurídico de normas legais escritas, claras, precisas (concepção formal), pois o Estado também pode atuar legalmente, implantando uma política criminal do terror e vingativa, com suporte em disposições legais. Além da intrínseca “debilidade política” (Ferrajoli), a concepção formal da reserva legal permite que se considere infração criminal uma norma penal ilegítima, porque originária do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

Por isso, o conceito de legalidade é mais abrangente: sai da esfera estritamente formal do *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (art. 5º, XXXIX, da CF) propiciador da aplicação do *ius puniendi*, para atingir, proteger e garantir os direitos fundamentais (arts. 1º, III, 5º, XLI, XXXV e LXVIII, da CF).

A essência, ou seu significado material está na própria evolução histórica do princípio, isto é, vincula-se à limitação do exercício do poder (inclusive o poder de punir), à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular, legitimadora das normas penais.

O princípio da legalidade, além de dar segurança a um ordenamento jurídico, constitui-se em uma garantia protetiva dos jurisdicionados frente à potestade punitiva. Dessa forma, os cidadãos podem saber de antemão, não só qual a conduta que está proibida, qual a sanção e quais são seus limites, mas principalmente que o acusador e o julgador não poderão, *sponte sua*, determinar os tipos criminais, as penas ou as espécies de medidas de segurança (art. 5º, XLVI e XLVII, da CF).

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

10 HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**: Vol. I, tomo I: arts. 1º ao 10º. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 21.

Esse critério material é fundamental para garantir que os limites da liberdade dos indivíduos sejam os mesmos, e se apliquem a todos, sem exceção, e que, ao mesmo tempo, se determinem com precisão, tanto aos cidadãos, quanto às instituições. Ainda, neste critério essencial concentram-se as esperanças de que tanto o sistema como a aplicação da justiça penal sejam transparentes, controláveis e sinceros (Hassemer).

As garantias advindas do princípio da legalidade interferem na descrição típica (garantia criminal), na delimitação da sanção (garantia penal) e em seu cumprimento (garantia de execução).

Dessa forma, a legalidade penal é um princípio constitucional, limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a Constituição, limitativo do poder jurídico do órgão acusador, que não poderá transpor as barreiras legais autorizadas do exercício da pretensão acusatória, e limitador do poder jurídico dos Juízes e dos Tribunais, os quais estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais inexistentes no momento da conduta, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais. Portanto, é de ser aplicado o princípio da legalidade no âmbito da execução criminal, alterando-se a data-base para futuros benefícios nas hipóteses previstas em lei. Novo período de cumprimento de pena somente é possível quando houver previsão legal.

Dos artigos 75, § 2º, do Código Penal e 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a condenação por crime praticado após o início do curso da execução autoriza a alteração da data-base. Quando praticado anteriormente, mesmo sendo a condenação no cumprimento da pena, não produz os efeitos de alteração da data-base.

Ocorre que no conceito de data-base foram sendo incluídos outros institutos, não previstos em lei. Penso, para facilitar o controle da execução e o cálculo dos benefícios

Nas hipóteses de progressão de regime, o artigo 112 da LEP exige o cumprimento de período no regime anterior. Então, em tais hipóteses, não pode ser dispensado o período de cumprimento da pena. Há previsão legal para tanto. Havendo regressão, inicia-se a contagem de novo período. É de 1/6 este período, salvo nas hipóteses dos crimes hediondos, onde o prazo é de 2/5 para o primário e de 3/5 para o reincidente.

Nas hipóteses de falta grave, a perda da remição é proporcional, mas iniciará novo período a partir da falta disciplinar (art. 127 da LEP).

Porém, as saídas temporárias são automaticamente revogadas na prática de falta grave. Porém, a recuperação desse direito não depende de cumprimento de mais pena, mas de outros fatores, elencados no artigo 125, parágrafo único, da LEP (absolvição no processo criminal, cancelamento da punição ou demonstração de mérito).

A Súmula 441 do STJ veda, expressamente a alteração da data-base para fins de livramento condicional: “ a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Nas hipóteses de indulto e comutação da pena, não há previsão legal de alteração de data-base ou de novo período para ser concedido novo benefício.

Nas situações do trabalho externo, a lei exige o cumprimento de 1/6 da pena e mais aptidão. Praticada falta grave, o trabalho externo é revogado automaticamente. A lei não exige o cumprimento de mais um sexto da pena, após a revogação do trabalho externo, mas a satisfação de outros requisitos (art. 37, parágrafo único, da LEP)

Portanto, não pode ser alterada a data-base para todos os benefícios, mas somente nas hipóteses em que houver previsão legal.

Altera-se a data-base nas hipóteses da condenação por crime ocorrido durante o cumprimento da pena (arts. 75, § 2º do CP e 111, parágrafo único da LEP). Inicia-se a contagem de novo período para progressão de regime (art. 112 da LEP e art. 2º, § 2º, da lei 8.072/90) e remição (art. 127 da LEP).

Nas saídas temporárias e no trabalho externo aplicam-se, respectivamente, os artigos (125, parágrafo único e 37, parágrafo único da LEP), com

exigência somente do elemento subjetivo merecimento. A estes dois benefícios se aplica, ademais, a Súmula 40 do STJ: para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

No livramento condicional e no indulto, também, não há previsão legal de alteração de data-base e nem em de alteração de período. Ademais, o STJ já sumulou que a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Nesse sentido também é o entendimento da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando a prática da falta grave não ensejar em regressão de regime. Vejamos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDULTO. APENADO FORAGIDO À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO. FALTA GRAVE. FUGA. REGRESSÃO DE REGIME PARA MAIS GRAVOSO DO QUE O FIXADO NA SENTENÇA PENAL. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. PERDA DOS DIAS EVENTUALMENTE TRABALHADOS E AINDA NÃO REMIDOS JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Os benefícios do indulto e da comutação são dirigidos aos apenados que tenham cumprido determinado período de pena até a data da publicação do Decreto concessivo dos benefícios e que não tenham incorrido em falta grave nos últimos 12 meses de cumprimento da pena, nos termos do caput do artigo 4º, do Decreto nº 7648/2011. Assim, o primeiro requisito à concessão destes benefícios é que o apenado tenha efetivamente cumprido sua pena nos últimos 12 meses anteriores à publicação do decreto. O apenado que foragiu antes da publicação do decreto e que nesta condição permaneceu nove meses, vindo a ser capturado somente no corrente ano, não cumpriu sua pena nos últimos 12 meses anteriores à publicação do decreto, motivo pelo qual inviável o deferimento de qualquer dos benefícios, porque impossível aferir se ele se manteve de forma disciplinada cumprindo pena neste período 2 - Regressão significa o ato ou efeito de regressar, de voltar. Regressar, por sua vez, significa retornar (ao lugar donde se partiu), voltar ao ponto de partida. Portanto, o apenado que iniciou o cumprimento da pena em regime semiaberto não pode ser transferido para o fechado, pois este não foi o ponto de partida da execução de sua pena (interpretação literal do artigo 118, da LEP). Dispõe o artigo 5º, inciso XLVIII, da CF que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Reza, por sua vez, o inciso XLVI, do mesmo dispositivo constitucional, que a lei regulará a individualização da pena. Assim, considerando que a falta grave não é delito, inconcebível que seja determinado regime mais rigoroso do que o fixado na sentença condenatória pelo simples cometimento de mera infração disciplinar. Interpretação dos artigos 33, do CP e 118 da LEP à luz do artigo 5º, inciso XLVIII e XLVI, da Carta Magna. 3 - Afastada a regressão de regime, não há falar em alteração da data-base para concessão de qualquer benefício que dependa de cumprimento do lapso temporal, inclusive o da progressão de regime. 4 - Não há interesse recursal quando o agravante pretende afastar a decretação da perda de parte dos dias remidos, quando o apenado nunca foi beneficiado com o instituto da remição de pena. Recurso não conhecido, no ponto. 5 - A perda de eventuais dias trabalhados e ainda não judicialmente remidos se mostra incabível, porque inadmissível imposição de sanção condicionada a evento futuro e incerto, motivo pelo qual de rigor a desconstituição desta parte do *decisum*. POR MAIORIA, PEDIDO

INTEGRALMENTE CONHECIDO E AGRAVO DEFENSIVO
 DESPROVIDO.¹¹ – **GRIFAMOS**

Por outro lado, a corrente que sustenta a alteração da data-base em virtude do cometimento de falta grave argumenta que, em não sendo determinada a modificação desta ao custodiado em regime fechado, não se aplicaria nenhuma sanção, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução. Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, entender de forma diversa, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. Deste modo, segundo o jurista, não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6, conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento.

Atualmente, predomina, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a prática de falta grave, no curso da execução da pena privativa de liberdade, enseja em alteração da data-base para fins de progressão de regime. Vejamos:

Falta grave. Regressão. Contagem de novo período. Alcance. A regressão ao regime mais gravoso implica termo inicial para voltar-se a progredir no regime de cumprimento da pena. Ante o princípio da legalidade, essa óptica não pode ser estendida a benefícios diversos, em relação aos quais a Lei de Execuções Penais mostra-se silente.¹²

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA PRÁTICA DE FALTA GRAVE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME. ERESP 1.176.486/SP. NÃO APLICAÇÃO PARA OS BENEFÍCIOS DO LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO.

1. O entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, firmado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 1.176.486/SP, de que a prática de falta disciplinar de natureza grave deve determinar a interrupção do prazo para a concessão de progressão de regime não se aplica para a aquisição de livramento condicional, indulto ou comutação, haja vista a falta de previsão legal.

2. Agravo regimental improvido.¹³

Súmula 441 do STJ - A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento

11 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo Nº 70050777143, Quinta Câmara Criminal. Relator: Francesco Conti, Julgado em 14/11/2012.

12 HC 109.389, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 6-11-2012, Primeira Turma, DJE de 10-12-2012

13 AgRg no REsp 1285861/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 17/09/2012

Com a devida vênia do entendimento exposto pelo eminente Ministro já aposentado, e que atualmente encontra guarida nos julgados dos Tribunais Superiores, o reconhecimento da prática de falta grave somente pode trazer as consequências legais. Não cabe ao aplicador da lei, a despeito de entender ou não haver isonomia, agregar sanção diversa daquelas estatuídas na Lei de Execução Penal.

Ademais, não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia. Isto porque o cometimento de falta grave traz diversas consequências previstas em lei, o que retira do sentenciado a mesma situação daquele que não cometeu falta grave, ainda que se trate de condenado em regime fechado.

Vejamos.

Sanções previstas na Lei de Execução Penal: (a) revogação do trabalho externo - artigo 37, parágrafo único¹⁴; (b) revogação das saídas temporárias – artigo 125¹⁵; (c) perda de até 1/3 da remição auferida – artigo 127; (d) revogação da monitoração eletrônica – artigo 146-D, II¹⁶; (e) regressão de regime de cumprimento de pena – artigo 118, I; (f) conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade - artigo 181 §1º, alínea “d”¹⁷; (g) possibilidade de inclusão em regime disciplinar diferenciado – RDD – artigo 52¹⁸; (h) suspensão ou restrição dos direitos – artigo 53, III c/c artigo 41, parágrafo único¹⁹.

Na hipótese prevista na letra (h), há possibilidade de suspensão dos direitos do sentenciado, incluindo o serviço interno, que é aplicado também ao regime fechado.

Sanções previstas no Regimento Disciplinar Penitenciário do Rio Grande do Sul (Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009): (a) regressão da conduta para

14 Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

15 Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.

16 Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

17 Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

d) praticar falta grave;

18 Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

19 Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

péssima - artigo 14, §5º²⁰, sendo que para a reclassificação deverão ser observados os prazos do §6º²¹; (b) isolamento preventivo - artigo 19, §4º e 6º²².

Destaca-se, ainda, que há, costumeiramente, nos decretos presidenciais anuais, a vedação à concessão de indulto e comutação em relação a apenados que praticaram falta grave nos últimos doze meses.

Por todos os motivos acima elencados, verifica-se que, mesmo que o detento esteja no regime fechado, existem diversas sanções para a prática de falta grave, não violando o princípio da isonomia o fato de o condenado estar em regime fechado e não ser alterada a data-base para fins de benefícios.

Finalmente, observa-se que o reconhecimento de falta grave e a regressão de regime, eventualmente operada, não têm o condão de implicar necessariamente em automática progressão de regime como sustentou o insigne Ministro, na medida em que se faz necessária a reclassificação da conduta carcerária para satisfatória, a fim de ser obtida a progressão de regime, o que deve obedecer, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, os prazos previstos no Regimento Disciplinar Penitenciário²³.

Desta forma, infere-se que o sentenciado já sofre sanções pelo cometimento de falta grave, as quais devem se ater ao que está previsto em lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

6 MODIFICAÇÃO DA DATA-BASE POR IMPLANTAÇÃO DE CONDENAÇÃO

No curso do processo de execução criminal é muito comum que novas condenações, por fatos anteriores ou posteriores ao início do cumprimento de pena,

20 Art. 14 - A conduta do preso será avaliada tendo em vista o seu grau de adaptação às normas que regulam sua permanência na instituição.

§ 5º - Considerar-se-á PÉSSIMA a conduta do preso que tenha cometido falta grave, enquanto não atender ao disposto no parágrafo sexto deste artigo.

21 § 6º - A reclassificação progressiva de uma conduta para a conduta imediatamente superior, será automática a contar da data do cometimento da falta disciplinar e em razão da quantidade da pena aplicada, observando-se os seguintes prazos: (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

- a) penas até 05 (cinco) anos: 30 (trinta) dias;
- b) penas acima de 05 (cinco) anos, até 10 (dez) anos: 60 (sessenta) dias;
- c) penas acima de 10 (dez) anos, até 20 (vinte) anos: 90 (noventa) dias;
- d) penas acima de 20 (vinte) anos: 120 (cento e vinte) dias.

22 Art. 19 - Na aplicação da sanção disciplinar deverão ser considerados o comportamento e a conduta do preso durante o período de recolhimento, a causa determinante da infração, as circunstâncias atenuantes e agravantes e a relevância do resultado produzido.

§ 4º - Em caso de falta grave, a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo máximo de 10 (dez) dias no interesse da disciplina visando à averiguação do fato e, este tempo de isolamento será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

§ 6º - Quando o cumprimento do isolamento preventivo ou da sanção disciplinar ocorrer em outro estabelecimento prisional, o estabelecimento de origem do apenado será responsável pela recondução do preso após o término do prazo e, caso não ocorra a recondução, o estabelecimento de cumprimento da restrição deverá comunicar a Divisão de Controle Legal da SUSEPE.

sejam implantadas e, conseqüentemente, somadas à condenação na qual o reeducando cumpre pena.

A própria Lei de Execução Criminal, no art. 111, dispõe sobre a questão da seguinte forma:

Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento de pena será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal acima citado reza ainda que “sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

Sobre a matéria leciona Scapini²⁴ que:

(...) na execução, as penas privativas de liberdade impostas no mesmo processo ou em processos distintos, para estabelecimento do regime e do tempo de cumprimento, devem ser somadas sempre que a hipótese não ensejar unificação (art. 111 da LEP). A unificação ocorre quando for ultrapassado o limite de 30 (trinta) anos (art. 75, *caput*, do CP) ou quando for reconhecida a continuidade delitiva pelo juízo da execução (art. 71 e parágrafo único do CP).

Diante deste cenário, e considerando a data da prática do fato delituoso referente à condenação a ser implantada, várias situações se apresentam, visto que além da quantidade de pena, poderão ocorrer a modificação do regime de cumprimento de pena e da data-base para fins de benefícios.

Passamos abaixo a verificar as conseqüências da implantação de condenação no processo de execução criminal por fato praticado anteriormente ao início do cumprimento de pena e por fato praticado na constância do cumprimento da pena privativa de liberdade.

6.1 POR FATO ANTERIOR AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA

Em caso de implantação de condenação por fato anterior ao início de cumprimento de pena, inviável a alteração da data-base por inexistência de previsão legal, tendo em vista que somente a superveniência de condenação por delito cometido no curso do cumprimento da pena, conforme dispõem os arts. 111,

23 Entendemos, com base no princípio da legalidade, de que o requisito subjetivo para a progressão de regime é aferido através do Atestado de Conduta Carcerária, emitido pelo Diretor do Estabelecimento Prisional.

24 SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59

parágrafo único, da LEP e 75, §2º, do CP, é capaz de alterar a data-base para fins de benefícios.

Chagas²⁵, ao comentar o art. 2º da LEP e tratar do princípio da legalidade na execução criminal, explica que o princípio da legalidade encontra quatro subdivisões bastante pontuais e definidas, sendo uma delas “o Princípio da legalidade da execução, dispositivo legal em tela – *nula executio sine lege*”

Destarte, em decorrência do princípio da legalidade, que também se aplica na execução criminal (art. 2º da LEP), não pode haver alteração da data-base no processo de execução criminal quando da implantação de condenação por fato praticado anteriormente ao início do cumprimento da pena.

Por outro lado, o apenado não pode ser prejudicado pela demora do Estado em julgar um processo criminal. Explicamos. O normal seria que o julgamento dos processos seguissem a ordem cronológica dos delitos. Todavia, como a realidade que encontramos no Poder Judiciário é muito diversa do ideal que se busca, alguns processos, inobstante tratem de delitos praticados em data anterior a de outros, se arrastam por anos e terminam bem mais tarde que os processos que se iniciaram preteritamente. Assim, a demora no julgamento de um delito não pode ensejar em prejuízo para o detento, uma vez que na maioria das vezes não deu causa para a procrastinação do feito.

Kuehne²⁶ coaduna com o entendimento acima exposto, referindo que:

É necessário separar-se convenientemente as situações, vale dizer, quando a superveniência de condenação resulta de fato novo ou fato pretérito. Quando por fato novo, sem dúvida que o tempo anterior será desprezado para fins de cálculo à futura e eventual progressão; todavia, quando a assim denominada nova condenação resulta de fato pretérito à execução em curso, a situação é distinta e o lapso temporal já cumprido não pode ser desprezado.

No mesmo sentido vêm decidindo algumas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EXECUÇÃO. DATA-BASE. CONDENÇÃO POR FATO ANTERIOR. SOMA QUE NÃO ALTEROU O REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. Como vem decidindo esta Corte, apenas a condenação por fato posterior ao início da execução da pena, autoriza a alteração da data-base para a concessão de benefícios. Aqui, por isso não se a altera, o crime antecede o início da execução da punição. A única hipótese de alteração da data-base por condenação por crime precedente é aquela prevista no

25 CHAGAS, José Ricardo. **Direito da Execução Penal: nova interpretação e novos comentários à Lei 7.210**. Bahia: Jus Literarum, 2012. p.20

26 KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. 12. ed. - Curitiba: Juruá, 2012. p.351.

parágrafo único do artigo 111 da Lei de Execução Penal. Contudo, no caso, o agravante já começou a cumprir a punição no regime fechado, o mais rigoroso previsto em lei e, deste modo, não poderia haver a alteração da data-base. Restabelecida a original. DECISÃO: Embargos infringentes acolhidos. Por maioria.²⁷

Objetivando ilustrar a situação em tela, cita-se o exemplo elaborado por Scapini²⁸:

Imagine-se a hipótese do condenado a uma pena de 25 anos de reclusão, que ao cumprir 20 anos alcança progressão para o regime semiaberto. Aportando nova condenação a uma pena, digamos, de 5 anos de reclusão, por fato cometido antes do início do cumprimento, fosse alterada a data-base, o apenado teria que sofrer 'regressão de regime' para o fechado (o saldo da pena seria de 10 anos) e nova progressão só seria possível com o cumprimento de 1/6 de 10 anos.

Por fim, cabe ressaltar que, embora os argumentos acima sejam categóricos, os Tribunais Superiores vêm entendendo que a superveniência de condenação no curso da execução criminal, seja por fato anterior ou posterior, altera a data-base. Vejamos.

Habeas Corpus. 2. Execução Penal. 3. Condenação superveniente, decorrente de fato cometido antes do início da execução da pena. 4. Fixação de nova data-base para obtenção de benefícios executórios. Possibilidade. Precedentes. 5. Constrangimento não configurado. 6. Ordem denegada.²⁹

6.2 POR FATO POSTERIOR AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA

No que tange a superveniência de condenação por delito cometido no curso da execução da pena privativa de liberdade, a regra é de que, neste caso, ocorra a alteração da data-base, pois assim determina o art. 111, parágrafo único, da LEP e art. 75, §2º, do CP.

Entretanto, há hipótese em que, mesmo com a implantação no processo de execução criminal de condenação por fato praticado no curso da execução da pena, não haverá modificação da data-base. Tal situação ocorre quando a soma das penas não altera o regime de cumprimento da pena.

A afirmação supra tem como fundamento a própria interpretação do art.111, parágrafo único, da LEP. O dispositivo legal citado apenas determina que

27 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70046766820, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 23/03/2012

28 SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59

sobrevindo condenação no curso da execução o regime de cumprimento de pena dar-se-á com a soma da pena ao restante da que está sendo cumprida. Malgrado, não havendo modificação do regime de cumprimento de pena, não há que se falar em alteração da data-base para fins de benefícios. Nota-se que, com a nova condenação, a situação carcerária do apenado já é alterada, pois, após a soma desta, modificam-se todos os prazos para concessão dos benefícios, conforme determina o parágrafo único do art. 676 do CPP³⁰.

Explica Kuehne³¹ que:

Quando a somatória das penas não ultrapasse os limites temporais do §2º do art. 33 do Código Penal, outro entendimento não resta senão a manutenção do regime no qual se encontra o condenado. Estamos falando de condenação superveniente, mas por fato pretérito à execução em curso. O tempo da pena cumprido não pode ser desprezado.

Algumas Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul coadunam com o entendimento acima:

EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS AO APENADO. DESCABIMENTO. A alteração da data-base para a concessão de novos benefícios ao apenado decorre da regressão de regime prisional, nos termos do art. 118 da LEP. Assim se unificada a pena após a superveniência de nova condenação criminal, não implica regressão de regime, descabida a alteração da data-base. Por sua vez, se a unificação decorre a regressão para regime mais rigoroso, a nova data-base deverá ser a data do trânsito em julgado da nova condenação e não a da implantação da condenação no sistema, pois o apenado não pode ficar sujeito à morosidade cartorária. AGRAVO PROVIDO.³²

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados no presente artigo, observa-se que a data-base é tema de extrema relevância na execução criminal, pois está presente na grande maioria dos eventos que ocorrem durante o cumprimento da pena

29 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102492, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-207 DIVULG 27-10-2010 PUBLIC 28-10-2010 EMENT VOL-02422-01, PP-00057, LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 410-414

30 Art. 676. A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo juiz, que a rubricará em todas as folhas, será remetida ao diretor do estabelecimento em que tenha de ser cumprida a sentença condenatória, e conterà:

(...)

Parágrafo único. Expedida carta de guia para cumprimento de uma pena, se o réu estiver cumprindo outra, só depois de terminada a execução desta será aquela executada. Retificar-se-á a carta de guia sempre que sobrevenha modificação quanto ao início da execução ou ao tempo de duração da pena.

31 KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. 12. ed. - Curitiba: Juruá, 2012. p.353.

32 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo Nº 70037111887, Oitava Câmara Criminal, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 28/07/2010.

privativa de liberdade, tais como progressão de regime, regressão de regime, prática de falta grave, implantação de condenação etc.

O princípio da legalidade, previsto constitucionalmente como garantia fundamental do indivíduo, no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, assegura que somente por lei é possível criar tipos penais e também normas que impliquem na restrição ou retardamento da liberdade de um indivíduo. Tal princípio é corolário do iluminismo, sendo garantia fundamental das liberdades individuais frente ao arbítrio do Estado. Trata-se de verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito.

Segundo os ensinamentos do Defensor Público Ximenes³³:

Atualmente, para quase todas as nações, em matéria penal vigora o princípio da legalidade. O fundamento é que nenhuma pena pode ser aplicada ou executada de forma não prevista em lei. Justifica-se o preceito pela constatação de que a reação a uma conduta tida como delituosa traz consequências extremamente danosas e muitas vezes irreversíveis, devendo, portanto, afastar-se ao máximo da discricionariedade.

Todavia, no desenvolvimento do assunto constatou-se que, embora a execução penal, assim como os demais ramos do direito, esteja vinculada ao princípio da legalidade, muitos juízes e tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, vêm admitindo a modificação da data-base em hipóteses não previstas na Lei de Execução Penal.

A data-base, segundo a Lei de Execução Penal e o Código Penal, somente poderia ser modificada com a superveniência de condenação por crime praticado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade (inteligência dos artigos 111, parágrafo único, da LEP e 75, §2º, do CP), no entanto, vem prevalecendo o entendimento de que esta poderá ser alterada com a prática de falta grave e com a implantação, no processo de execução criminal, de condenação por delito cometido anteriormente ao início do cumprimento de pena.

Inobstante o entendimento dos Tribunais Superiores, devemos, como operadores do direito, rotineiramente aprofundar o estudo e a reflexão sobre todos os institutos da execução penal, inclusive a data-base, a fim de alcançar contínuo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial com objetivo de evitar que decisões judiciais continuem violando os mais basilares princípios do direito.

33 XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do; coordenadores, MIRANDA, Andréa Tourinho Pacheco de; [et al.] autores. **Redesenhando a execução penal**: a superação lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, p.32

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAGAS, Ricardo José. Direito da Execução Penal: nova interpretação e novos comentários à Lei 7.210. Bahia: Jus Literarum, 2012;

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Vol.I, tomo I: arts. 1º ao 10º. Rio de Janeiro: Forense, 1976;

JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Verbatim, 2011;

KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal anotada. 12. ed. - Curitiba: Juruá, 2012;

MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal anotada e interpretada. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

NUNES, Adeildo. Da Execução Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

SCHWARZ, Rodrigo Garcia; organizador, ARAUJO, Edson Gramuglia; autor do verbete. Dicionário de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário aplicado ao direito de trabalho. São Paulo: Ltr, 2012.

SILVA, José Adaumir Arruda da; NETO, Arthur Corrêa da Silva. Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Aufiero, 2012;

XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do; coordenadores, MIRANDA, Andréa Tourinho Pacheco de; [et al.] autores. Redesenhando a execução penal: a superação lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

SOBRE A VEDAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL À APLICAÇÃO JUDICIAL DO INDULTO E DA COMUTAÇÃO EM BENEFÍCIO DE CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

**Arion Escorsin de Godoy¹
Domingos Barroso da Costa²**

RESUMO: Pelo presente artigo examinam-se as hipóteses de vedação infraconstitucional à aplicação judicial do indulto e da comutação, em benefício de condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados. Para tanto, introdutoriamente, apresentam-se reflexões sobre a ideia de proporcionalidade e sua estreita vinculação com o ideal de Justiça, especialmente no que tange à previsão, aplicação e execução de sanções penais. Adiante, em breve resumo, busca-se expor os avanços da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na efetivação do princípio da individualização da pena, a partir de hermenêutica mais condizente com os ditames constitucionais. Em seguida, questiona-se a constitucionalidade do dispositivo que veda a concessão de indulto e comutação a condenados por crimes hediondos ou equiparados, atualmente expresso no art. 8º do Decreto de regência. Nesse ponto, confere-se destaque às peculiaridades que envolvem o óbice à aplicação judicial da comutação aos referidos apenados, concluindo-se o estudo a partir de abordagem acerca dos limites em que deve ser compreendida a discricionariedade do Presidente da República ao definir as hipóteses de indulto e comutação.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição – indulto – comutação – lei – discricionariedade.

SUMÁRIO: 1. Introdução: sobre proporção e Justiça. 2. A individualização da pena e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Quanto ao indulto e sua aplicação aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. 4. Quanto à

1 Defensor Público no Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Urbanístico pela PUC-Minas e Mestrando em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul..

2 Defensor Público no Rio Grande do Sul. Mestre em Psicologia pela PUC-Minas. Especialista em Criminologia e Direito Público.

comutação e sua aplicação aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. 5. Um pouco mais sobre os limites da discricionariedade na definição das hipóteses de concessão de indulto e comutação. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO: SOBRE PROPORÇÃO E JUSTIÇA

A ideia de proporção é inseparável de um conceito de Justiça que tome por referência primeira a noção de distribuição igualitária, fundada no equilíbrio das diferenças. E, se o que se pretende Direito deve ter por ideal máximo a Justiça³, há de se concluir que a legitimidade de um ordenamento jurídico depende de normas que viabilizem – ao menos idealmente – que a cada sujeito seja garantido o que é seu, nem mais, nem menos.

É a esse horizonte de proporção e Justiça que se abre a Constituição brasileira, como explicitam diversos de seus dispositivos, princípios e regras que se harmonizam na fundação de marcos orientadores para o estabelecimento de uma sociedade livre, igualitária, que se movimenta no sentido de reduzir as desigualdades sociais, promovendo-se, assim, o bem de todos, independentemente das diferenças que são características de uma democracia.

Pode-se afirmar, portanto, que a ideia de proporção – e, logo, de Justiça – permeia o ordenamento jurídico brasileiro, balizando a elaboração, interpretação e aplicação do Direito. Assim, a proporção há de ser observada no que concerne à distribuição e gozo de direitos, mas com ainda mais rigor no que tange a medidas que impliquem limitação a esses direitos – e a seu gozo –, especialmente as de natureza penal, por incidirem, ao menos potencialmente, sobre a liberdade, direito fundamental que é pressuposto máximo do Estado de Direito. Afinal, pela afirmação da liberdade do indivíduo frente ao Estado superou-se o Absolutismo, emergindo a lei como expressão de uma racionalidade que a partir de então deveria limitar todo exercício de poder. Essas, portanto, as bases do que se estabeleceu como Estado Liberal de Direito, estrutura que permanece viva e renovada nas constituições ocidentais contemporâneas, enquanto sistemas que têm por alicerce garantias

³ Como bem assinala Radbruch: “O direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor. O conceito do direito não pode ser determinado de modo diferente do que o dado, cujo sentido é o de tornar real a ideia do direito. O direito pode ser injusto (summa ius – summa

individuais e princípios os quais determinam que todo exercício de *poder* seja intermediado pelo *saber*⁴.

Especificamente no que diz respeito ao poder punitivo estatal, conclui-se que, pela racionalidade que se expressa na lei, se tem por objetivo a contenção dos abusos que marcam a história das penas e sua aplicação sobre o corpo e, mais recentemente, sobre a liberdade dos indivíduos. E, se visa à contenção de abusos, pode-se afirmar que a *lei* – abrangidos, aqui, princípios e regras – deve assegurar penas *proporcionais* (*necessárias e suficientes* à retribuição pelo dano causado e prevenção quanto a novas práticas criminosas), o que implica sejam cominadas as sanções nos limites da gravidade abstratamente considerada do delito⁵; aplicadas as penas segundo as circunstâncias do caso concreto e condições pessoais do agente; e, por fim, executadas de forma individualizada, com a necessária consideração das características pessoais dos apenados, a cada um deles devendo ser garantida a possibilidade de uma harmônica reintegração à sociedade (LEP, art. 1º) e o acesso gradativo à liberdade, segundo seu mérito.

Penas excessivas, abusivas convertem-se em injustiça, em constrangimento ilegal pelo qual o Estado se iguala ao criminoso cujo(s) ato(s) visa retribuir, no que se esvazia de legitimidade a pena que aplica, na medida em que, por ela, o *poder* termina por superar o *saber*, em negação aos próprios fundamentos do Estado de Direito. Daí não se admitir a legitimidade de dispositivos legais ou quaisquer atos normativos – como decretos presidenciais – que, extrapolando autorizações constitucionais, imponham vedações genéricas ao acesso a direitos como progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação.

2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por oportuno, necessário destacar que vedações genéricas como as acima referidas têm sido a marca de nossa legislação penal nos últimos vinte anos, em

iniúria), mas só é direito por ter o sentido de ser justo.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 11.)

4 Como o devido processo legal e todo o arcabouço principiológico que dele deriva.

5 “O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004 [1764]. p. 69-69.

fenômeno impulsionado pelos meios de comunicação de massa, que, avocando para si a condição de veículo da *opinião pública*⁶, encontra eco pronto em políticos que fazem de um vazio discurso punitivista seu palanque eleitoral. Lucram as empresas que existem por trás dos *mass media*, a partir dos altos índices de audiência garantidos pela ininterrupta e banalizada exploração de temáticas relacionadas à violência e criminalidade, e os políticos, que se (re)elegem a partir de um discurso *prêt-à-porter*, repetido à exaustão, mas que garante aos eleitores a sensação de segurança, eis que propalado na mídia como solução para todos os males que afligem o país. Enfim, um círculo vicioso que se retroalimenta pela reinvenção de soluções fáceis para problemas complexos, como o são violência e criminalidade.

Apesar de todo esse empuxo, devem ser louvados os corajosos posicionamentos que o Supremo Tribunal Federal vem adotando há cerca de seis anos no que diz respeito à efetiva tutela do princípio da individualização da pena.

Primeiro, assistiu-se à modificação do entendimento acerca da constitucionalidade da vedação – genérica – à possibilidade de progressão de regimes a condenados por crimes hediondos ou equiparados. A partir de interpretação que permanece rara nos tribunais brasileiros, em seu voto de relatoria, o Min. Marco Aurélio vivificou a norma que se expressa pelo art. 1º da LEP, enquanto princípio máximo de orientação da execução penal, nele se calcando para reconhecer a inconstitucionalidade do texto então vigente do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por contrariar o art. 5º, XLVI, da CF. Segundo o Ministro, a vedação genérica a que se refere não poderia prevalecer, uma vez que a “progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.”⁷ Posteriormente, o STF considerou incompatível com a Constituição da República a vedação – também genérica – à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, no que concerne ao delito de tráfico de drogas⁸. Da ementa do julgado que teve por relator o Min. Ayres Britto destacam-se as

6 Em verdade, opinião publicada, a troco de consideráveis lucros.

7 Supremo Tribunal Federal. HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006.

8 Entendimento que deve ser estendido aos demais crimes hediondos ou equiparados. Afinal, se a substituição da pena privativa de liberdade é admissível para o tráfico, que tem repressão recrudescida especificamente assegurada pela Constituição (arts. 144, §1º, II e 243), muito maiores razões há para que seja assegurada a outras práticas, quanto às quais não seja reconhecida idêntica gravidade – desde que preenchidos os requisitos para a substituição (art. 1º, VII-B, da Lei nº 8.072/90).

seguintes considerações, que refletem importante crítica ao sistema prisional brasileiro e seu potencial criminógeno:

[...] 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. toca aos delitos hediondos e equiparados. [...]9

Finalmente, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da regra que impedia que se iniciasse o cumprimento da pena em regime diverso do fechado – novamente quanto aos delitos hediondos ou equiparados –, invocando que tal decisão inclusive seria consectário lógico da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.¹⁰

Inegável que se cuida de considerável evolução, em resgate à prevalência hierárquica da Constituição e dos valores que por ela se afirmam enquanto pilares do Estado Democrático de Direito que sustenta a República Federativa do Brasil. No que diz das relações entre os poderes, é de se frisar que o progresso hermenêutico em promoção da efetividade do princípio da individualização das penas – logo, da proporcionalidade e justiça das sanções – representa, antes de mais nada, importante intervenção do Judiciário na contenção de uma voracidade legislativa em produzir leis penais simbólicas¹¹, violadoras dos preceitos constitucionais e

9 Supremo Tribunal Federal. HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333.

10 Supremo Tribunal Federal. HC 111.840/ES – Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/06/2012 [ainda sem publicação oficial do acórdão]

11 Porque ineficazes em cumprir as funções do Direito Penal, na efetiva retribuição e prevenção a práticas criminosas, nos limites do necessário e suficiente.

indiferentes à precária realidade do sistema carcerário brasileiro, fruto de históricas omissões especialmente do Poder Executivo.

Contudo, apesar de toda a evolução que se sedimentou sob a chancela do Supremo Tribunal Federal, insistem em nossa realidade jurídica interpretações que desconsideram a Constituição, ressuscitando antigos fantasmas positivistas e sua obsessão pela aplicação cega de leis e decretos. É o que se verifica no que tange ao indulto e à comutação de penas, de que se cuidará especificamente a seguir.

3 QUANTO AO INDULTO E SUA APLICAÇÃO AOS CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS

Primeiramente, necessário pontuar que o indulto é causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, II, do Código Penal – autonomamente e ao lado de graça e anistia, em situação topográfica da qual já se infere o descabimento de qualquer tese que defenda tratar-se o indulto de uma *espécie de graça*, razão pela qual estaria ele abarcado pela vedação constitucional constante do art. 5º, XLIII¹².

Trata-se, afinal, de ato administrativo discricionário, privativo do Presidente da República, consoante disposto no art. 84, XII, da CF. Segundo Brito¹³:

A exemplo da graça, o indulto mantém a norma penal principal (o tipo) intacta e subtrai o autor da incidência da norma secundária (a pena). Mas neste caso, o indulto presta-se a corrigir os efeitos de uma sentença penal proferida entendida como injusta ou desnecessária, e não a lei penal em abstrato, o que faz a anistia. O fundamento do indulto é – ou deveria ser como ressalta Zagrebelsky – um juízo de oportunidade sobre a pena infligida, e não sobre as leis penais das quais foram infligidas (Op. cit. p. 76).

Ocorre que, embora decorram de ato normativo do Executivo, as disposições relativas ao indulto extrapolam até mesmo o que a Constituição autoriza à lei, no que concerne aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Nesse sentido, vale observar o que prevê o artigo 8º do Decreto nº 7.873/12:

Art. 8º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas por:
I - crime de tortura ou terrorismo;
II - crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;
III - crime hediondo, praticado após a publicação das Leis no 8.072, de 25 de julho de 1990; no 8.930, de 6 de setembro de 1994; no 9.695, de 20 de agosto de 1998; no 11.464, de 28 de março de 2007; e no 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores; ou

¹² Raciocínio que visa legitimar a conclusão no sentido de que os crimes hediondos e equiparados também são insuscetíveis de indulto – e até mesmo de comutação, que, por sua vez, seria uma espécie de indulto.

¹³ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 371.

IV - crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar.

Parágrafo único. As restrições deste artigo e dos incisos I e II do caput do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos IX, X, XI e XII do caput do art. 1º.

Apesar do exposto no dispositivo acima transcrito, certo é que seus termos não podem prevalecer frente aos limites restritivos impostos à lei pela Constituição, também não se podendo desprezar a linha hermenêutica que se expõe pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos últimos anos, acerca das vedações genéricas impostas pela legislação ordinária relativamente aos crimes hediondos e equiparados.

Em sintonia com a evolução hermenêutica do Pretório Excelso – já trabalhada –, destaca-se a decisão proferida pela Desembargadora gaúcha, Dr^a. Lizete Andreis Sebben, concernente ao indulto humanitário, assim ementada:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE INDULTO HUMANITÁRIO. ART. 1º, INCISO IX, LETRA "C" DO DECRETO Nº 7.420/10. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CASO CONCRETO. Ainda que o agravante tenha sido condenado por tráfico de drogas, crime equiparado ao hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, sendo, por isso, em tese, insuscetível de indulto, entendo que, diante das peculiaridades do caso, é de ser concedido o indulto humanitário. Primeiro, porque os requisitos da lei de concessão do indulto restaram preenchidos, com base no laudo pericial juntado aos autos; segundo, pelo fato de que a aplicação da regras referentes ao tráfico de drogas vem sendo amenizada pela Jurisprudência e pela Lei, tanto que o próprio Colendo STF vem reconhecendo a inconstitucionalidade de dispositivos ali inseridos, sendo possível, atualmente, a concessão de liberdade provisória ao acusado por esse crime, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sem falar, também, que atualmente o acusado não precisa cumprir integralmente a pena no regime fechado; e terceiro, a meu ver o mais relevante, é o fato da Constituição Federal pregar a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais (art. 1º, inciso III, da CF), razão pela qual a simples hediondez, reconhecida em lei infraconstitucional, não pode se sobrepor a esse princípio, ainda mais, quando preenchidos os requisitos legais que autorizam a concessão da benesse, contando o autor com 50 anos de idade, condenado a uma pena de 07 anos, 05 meses e 20 dias, restando, ainda, um saldo de mais de cinco anos para cumprimento da pena, o que demonstra a impossibilidade, pela gravidade da doença, em cumpri-la no estabelecimento prisional. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO.¹⁴

E, há de se ressaltar, não se trata de entendimento isolado, como se pode extrair de algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, dentre as quais se indicam, a título de ilustração, aquelas veiculadas nos

¹⁴ Tribunal de Justiça do RS. Agravo Nº 70048095673, Segunda Câmara Criminal, Relatora: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 09/08/2012.

acórdãos nº 279749 (20070020081752HBC, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/08/2007, DJ 12/09/2007, p. 92) e nº 277141 (20070020056203HBC, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 91).

Ademais, fundamental destacar que o que a Constituição admite e veda é a concessão de graça ou anistia – mas não indulto ou comutação –, no que toca aos crimes hediondos ou equiparados, conforme previsão do artigo 5º, inciso XLIII, a seguir transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (*destaque nosso*)

Dessa forma, o disposto no artigo 8º do Decreto Presidencial nº 7.648/2011 revela-se destoante e, logo, inconstitucional, eis que, por via imprópria – no caso, um mero Decreto, ato normativo do Executivo –, impõe restrição excessiva e não justificada ao direito fundamental à liberdade, no que exacerba os permissivos constitucionais.

Em síntese, salienta-se que, muito embora o art. 8º do Decreto nº 7.873/12 estabeleça que os direitos por ele concedidos não alcançam pessoas condenadas pela prática de condutas que se amoldem à definição de crimes hediondos, tortura, terrorismo ou tráfico de drogas (esta, nos termos dos arts. 33, *caput* e §1º, 34 a 37 da Lei nº 11.343/06), observa-se que o óbice ali firmado, pela via imprópria – decreto presidencial –, termina por ampliar indevidamente a restrição prevista na CF. Ou seja, mais precisamente o seu art. 5º, XLIII, segundo o qual a tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e aqueles definidos como crimes hediondos seriam insuscetíveis, por lei, à graça ou anistia. Verifica-se, ainda, que o óbice que se expressa pelo art. 8º do Decreto em questão repete-se no art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, bem como no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, que preveem serem insuscetíveis de graça, anistia ou indulto as espécies de conduta acima referidas, no que também extrapolam os claros limites constitucionais estabelecidos à lei que viesse fazer da tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos delitos insuscetíveis de graça ou anistia, nada estabelecendo de impedimento ao indulto.

4 QUANTO À COMUTAÇÃO E SUA APLICAÇÃO AOS CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS

E se, no que tange ao indulto, as Leis nºs 8.072/90 e 11.343/06 e, mais ainda, o Decreto nº 7.873/12 violam a Constituição ao extrapolarem os limites por esta estabelecidos à restrição que incide diretamente sobre o direito fundamental à liberdade – e que só poderia dizer respeito à anistia ou graça –, nenhuma razão há para que se admita a extensão desse óbice à comutação, considerando-se que nem a Constituição, nem as Leis nº 8.072/90 e 11.343/06 expressam impedimentos ao seu reconhecimento em benefício dos apenados pela prática de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos. Noutros termos, se pelo que preveem os arts. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 ainda se faça possível vislumbrar alguma plausibilidade do impedimento ao reconhecimento especificamente do indulto em benefício dos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados¹⁵, uma vez que nada dizem em relação à comutação, torna-se ainda mais evidente a inconstitucionalidade do previsto no art. 8º do Decreto nº 7.873/12, que estende a vedação a esse instituto – comutação¹⁶.

Posto isso, não hão de ser acolhidas posturas injustificadamente discriminatórias que visem legitimar a vedação de que se trata a partir de uma abertura ilimitada à discricionariedade com que atua o Presidente da República ao definir as hipóteses em que aplicáveis indulto e comutação. Discricionariedade não se confunde com arbítrio e não justifica violação à isonomia, especialmente quando, para tanto, não se identifique qualquer amparo constitucional. Noutros termos, se desigualada condenados pela prática de crimes ditos comuns em relação àqueles que o foram pela por delitos hediondos ou equiparados no que tange à possibilidade de benefício pela anistia ou graça, a Constituição não o faz para fins de indulto ou comutação. Assim, uma vez que se analisam institutos que incidem negativamente sobre a liberdade (implicando maior tempo de privação ao gozo desse direito fundamental), não é de se admitir que a discricionariedade do Chefe do Executivo Nacional extrapole os limites de restrição estabelecidos pela Constituição,

15 Considerando-se que o art. 5º, XLIII, da CF prevê que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” a prática de crimes hediondos ou equiparados.

16 Se nem mesmo seria admissível a restrição por lei – que, no caso da comutação, sequer existe –, impossível que se repute legítimo o impedimento veiculado por decreto presidencial, eis que representa drástica limitação ao direito fundamental à liberdade em franca violação ao princípio da legalidade, orientador primeiro de um Direito Penal inserido no contexto de um Estado de Direito.

discriminando injustificadamente pessoas que se encontram na mesma situação – não diferenciadas pela Constituição, repita-se –, especialmente se noutro sentido indica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Mais: as condições – precárias – de encarceramento são as mesmas para condenados por crimes comuns e apenados por delitos hediondos ou equiparados, havendo de se destacar que a diferenciação constitucionalmente admissível entre uns e outros já se dá pelo elastecimento dos prazos para acesso à progressão de regime e livramento condicional que a lei estabelece em detrimento destes, suficiente para agravar sua pena na medida da lesividade que se atribui às práticas que lhes são imputadas. Ou seja, não há o que justifique a discriminação, que, por exemplo, em casos como o dos crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, nos quais seja observada a reparação do dano, se legitimaria pela inexistência de consequência lesiva decorrente da conduta, a converter a manutenção do encarceramento ou a imposição da pena original em pura injustiça.

Posto isso, ao se defender a possibilidade de aplicação irrestrita da comutação aos condenados pelas práticas de crimes hediondos e equiparados – nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.873/12 –, cumpre ressaltar a importância desse entendimento na tutela dos interesses dos apenados pelas referidas práticas. Afinal, consoante se infere do próprio significado do vocábulo *comutação*¹⁷, as frações subtraídas da pena a partir da aplicação judicial do instituto são definitivamente extintas¹⁸, razão pela qual as penas originais terminam substituídas por aquelas alcançadas depois de sua redução na fração aplicável à hipótese. Sobre a pena resultante da subtração indicada incidirão os novos cálculos para acesso a direitos como progressão ou livramento condicional, restando assim evidenciados os benefícios que podem advir da comutação.

5 UM POUCO MAIS SOBRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NA DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DE INDULTO E COMUTAÇÃO

Por todo exposto, cabe agora frisar que não se questiona a natureza discricionária do ato do Presidente da República pelo qual concede indulto ou

¹⁷ “Derivado de *commutatio*, de *commutare* (trocar, mudar de todo), tem a significação de troca ou permuta, ou substituição. [...]” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 191).

comutação a condenados de todo o Brasil, em competência expressamente definida na Constituição. Isso é certo, mas de forma alguma autoriza que se conclua pela plena liberdade do Chefe do Executivo Nacional para estabelecer discriminações imotivadas, que extrapolem as restrições previamente definidas na Constituição – valendo aqui consignar que é a própria Constituição que confere a competência para concessão de indulto e comutação, dela também devendo ser extraídos, portanto, os limites ao exercício dessa competência.

Daí se poder concluir que a vedação à aplicação judicial do indulto e comutação a condenados por crimes hediondos e equiparados extrapola a margem legítima de atuação do Presidente da República ao exercer a competência definida no art. 84, XII, da CF.

Sobre *discricionariedade*, ensina Mello¹⁹ que consiste na

[...] margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Em outros termos: a discricionariedade pressupõe a existência de diversas soluções admissíveis juridicamente, cabendo ao Administrador optar por aquela que mais atende, segundo o juízo de razoabilidade ou de conveniência e oportunidade, o interesse público, nos limites da finalidade da lei.

Porém, na hipótese, não há duas soluções igualmente adequadas em termos jurídicos. Há tão somente uma, especialmente porque o Supremo Tribunal Federal vem *insistentemente* decidindo, como visto, que não é possível haver limitações genéricas que conduzam à negação de benefícios legais exclusivamente pela natureza do crime – seja hedionda ou equiparada.

Ademais, é de se destacar que indulto e comutação requerem aplicação judicial, em atividade que, diversamente da administrativa, não se guia, exatamente, por razões de *conveniência e oportunidade* – ou se supõe que o Magistrado a condenar alguém o faz por tais motivos – *segundo sua consciência* – e não porque há prova para tanto? Ou seja, a atividade judicial, notadamente no âmbito criminal,

18 “O indulto não se confunde com a comutação da pena. No primeiro caso a punibilidade é extinta por inteiro, enquanto que no segundo somente uma parcela do cumprimento da pena é extinta ou a sanção é substituída por outra mais favorável. [...]” DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 679.

orienta-se a partir de garantias e direitos fundamentais que não podem estar à mercê da pura e simples vontade de quem quer que seja – nem mesmo do Presidente da República. Enfim, ainda que se concorde que sempre haverá determinada margem de atuação para o Juiz, não há como se conceber que exista a discricionariedade na forma propugnada no meio administrativo.

Vale dizer: o conceito de discricionariedade na seara criminal deve ser compreendido em harmonia com os postulados garantistas, aos quais deve alinhar-se a discricionariedade administrativa que se observa na definição, pelo Presidente da República, das hipóteses de concessão do indulto e comutação, que, por produzir reflexos diretos sobre direitos fundamentais – especialmente a liberdade – não comporta qualquer tipo de excesso ou arbítrio.

Outrossim, há de se observar que a atividade legislativa, de certo modo, também é discricionária, eis que o legislador pode, em tese, elaborar a norma que repute adequada, tendo por óbice material apenas o texto constitucional. Contudo, como referido, mesmo na atividade legislativa – que certamente apresenta contornos mais abrangentes e democráticos, dada sua natureza colegiada – não se admite, segundo o Pretório Excelso, como salientado, restrições genéricas a benefícios.

Diante disso, é de se concluir que expressa verdadeiro contrassenso o argumento que, a partir de sua natureza discricionária, procura atribuir validade ao ato Presidencial que estabelece vedação de acesso ao indulto e comutação por parte dos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Afinal, incoerente – portanto, ilógico – que se repute inconstitucional a implementação de tais restrições a partir da atividade legislativa – também discricionária, nesse ponto de vista – e, ao mesmo tempo, se afirme válida a imposição de tais limitações pelo Presidente da República – em ato menos democrático, eis que monocrático. Enfim, o Parlamento encontraria um óbice material que inexistiria para o Presidente da República, o que, certamente, malferiria a tripartição de Poderes, notadamente, porque o ato do Executivo – mesmo em função atípica de legislador –, seria mais amplo do que o exercício puramente típico pela Casa de Leis, o que não deve ser admitido.

Ademais, deve ser observado que talvez não houvesse óbice, segundo os precedentes invocados, a que o Presidente da República estabelecesse gradação diversa para condenados por delitos da espécie, como já o faz no livramento condicional ou na progressão de regimes. O que não se concebe, frise-se, é a vedação absoluta, amparada tão-somente na natureza que a lei atribui ao delito perpetrado, sem qualquer consideração às especificidades do caso concreto ou, noutras palavras, à individualização da hipótese.

Nesse contexto, ainda, compreendemos que a discricionariedade – em seus devidos termos – só iria até a possibilidade de o Presidente da República conceder ou não o indulto e a comutação (aí a disponibilidade ou o juízo de oportunidade e conveniência). Se concede, não pode fazer as distinções que faz, através das quais termina por violar o princípio da isonomia – como já exposto –, além de afrontar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, há de se concluir que não existe razão idônea para impedir a aplicação das *razões de decidir* de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, no que toca à vedação genérica – legal ou mesmo infralegal – de benefícios processuais ou executórios a condenados por crimes hediondos ou equiparados.

Em resgate à legitimidade do sistema penal brasileiro, impõe-se o respeito a hierarquias e o desenvolvimento de uma hermenêutica que atualize nosso ordenamento, a partir do que dispõem os princípios que o estruturam. Nesse norte, já não se podem conceber interpretações que priorizem disposições de decretos ou de leis em detrimento do que dispõe a Constituição, vezo que se espera já superado.

Portanto, imperativo que se reconheça que, tanto os limites constitucionais, quanto mesmo os limites legais – no caso da comutação – são extrapolados pela Presidenta da República quando, pelo art. 8º do Decreto nº 7.873/12, impede que tenham acesso ao indulto e à comutação os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Consoante demonstrado, está-se diante de flagrante excesso, que não encontra justificação jurídica na discricionariedade que caracteriza o ato, marcadamente porque se busca defini-la exclusivamente a partir de contexto

e fonte significativa diversa – Direito Administrativo –, em que os direitos e garantias fundamentais não assumem contornos tão destacados como na seara criminal.

7 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

UMA EXPERIÊNCIA POSITIVA NO SISTEMA PRISIONAL: O MÉTODO APAC

Elizana Prodorutti Muhle¹

RESUMO: O presente artigo busca apresentar em seus contornos gerais o tema APAC (Associação de Proteção e Auxílio ao Condenado). Trata-se de experiência na execução criminal, nascida há mais de 40 anos no Estado de Minas Gerais. O referido modelo de execução da pena privativa de liberdade conta com o apoio da sociedade local e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e tem se mostrado um grande sucesso. Ademais esse modelo de casa prisional tem forte influência religiosa e pouco ou nenhum policiamento fazendo a segurança da prisão; são os próprios presos que fazem a segurança da casa prisional. O essencial neste artigo é a relevância da discussão, tanto em âmbito acadêmico quanto na sociedade em geral, sobre como a execução criminal é feita hoje pelo Estado, seus resultados desastrosos (altos índices de reincidência, falta de condições mínimas para manutenção de pessoas nas atuais casas prisionais, superlotação e tortura) e essa possibilidade que se apresenta nova para o Rio Grande do Sul.

PALAVRAS-CHAVE: Associação de Proteção e Auxílio ao Condenado - Direito Penal - Direito Processual - Execução Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Experiência Mineira. 3. Os 12 Elementos do Método. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os temas criminalidade, presídios e presos estão no centro de uma série de discussões que vêm ocupando não somente o espaço acadêmico, mas também espaços de interesse da sociedade e de seus governantes.

Vários países da América Latina, entre eles o Brasil, vêm apresentando um crescente número de encarcerados, e dentre estes, um percentual cada vez maior de reincidência criminal. O Brasil é o quarto país que mais encarcera no mundo e o primeiro em velocidade de crescimento de encarceramento; ou seja, apesar de ser o

¹ Advogada Criminalista. Especialista em Ciências Criminais pelo Centro Universitário Metodista IPA. Mestre em Ciências Criminais, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora do curso de pós-graduação da FADERGS e membro da diretoria executiva da APAC-Canoas/RS.

quarto país com mais encarcerados no mundo, faz isso com velocidade muito superior aos três primeiros.

O senso comum, o senso midiático e o sistema penitenciário caminham juntos acreditando que a solução para o problema da criminalidade está na construção de mais presídios e penas mais severas. E, além disso, paira sobre nós um sentimento coletivo de que o preso merece e deve viver em condições subumanas, e, se possível, jamais seja devolvido à sociedade.

Diante desse cenário, surge uma nova alternativa, a APAC (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado), uma modalidade diferente de sistema prisional. Ela nasceu através da parceria dos Poderes Judiciário e Executivo com a sociedade civil organizada. A experiência de mais de 40 anos em Minas Gerais tem se mostrado um dos mais promissores avanços no âmbito do Direito Prisional. A primeira APAC gaúcha será implantada no bairro Guajuviras na cidade de Canoas, o terreno foi doado pela prefeitura da cidade e neste momento aguarda a liberação de verbas estaduais para a construção da casa prisional.

A sociedade civil organizada, com auxílio e incentivo da Igreja Católica, constrói e administra casas prisionais, praticamente sem nenhum recurso financeiro do Estado, baseando seu trabalho na busca pela verdadeira recuperação do preso, proporcionando-lhes o cumprimento da pena privativa de liberdade com respeito e dignidade.

2 A EXPERIÊNCIA MINEIRA

Para a construção deste estudo foi necessário um trabalho de pesquisa realizado nas APACs feminina e masculina da cidade de Itaúna-Minas Gerais, visto que a produção literária sobre o assunto é restrita, antiga e as fontes de pesquisa quase sempre mantêm alguma ligação com a referida instituição prisional. Tomou-se por base, para a elaboração desta pesquisa depoimentos de presos, voluntários e do próprio Sr. Mário Ottobini idealizador deste formato prisional.

Este formato de sistema carcerário conta com algumas novidades na estrutura física, como presídios menores, abrigando no máximo 100 presos; e que não se assemelham em nada com os presídios tradicionais, pois mais parecem casas. Além disso, são extremamente bem cuidados e limpos, contando também com belos jardins.

Das 147 unidades *apaqueanas* que existem no Brasil, 33 delas não contam com policiamento, e a segurança é feita pelos próprios apenados. Ademais, as chaves dos portões de entrada e saída são também de responsabilidade deles. E o mais interessante disso é que a taxa de evasão é inferior a 10%, sendo que as demais casas estão em processo de preparação para também operarem sem policiamento.

O Procurador de Justiça em Minas Gerais e Coordenador do Centro de Apoio das Promotorias e Entidades de Interesse Social, Tomáz de Aquino Resende, destaca a enorme importância econômica, social e política das APACs, pois esse modelo prisional opera com no mínimo três vezes menos recursos financeiros, 99% menos pessoal do serviço público, atendendo a mesma demanda de condenados e com resultados em média 60 vezes melhor do que o sistema convencional.²

De todos os números relacionados aos resultados das APACs, o que mais impressiona, sem dúvida, é o percentual de reincidência que é inferior a 10%; é importante lembrar que nos presídios estatais esse percentual é de quase 80%. Além disso, os detentos oriundos das APACs que voltam a reincidir criminalmente tendem a cometer crimes menos gravosos que os anteriores.³

Além disso, existem outras diferenças ao sistema prisional tradicional como, por exemplo, o incentivo à visitação frequente e contínua por parte dos familiares com objetivo da manutenção dos elos afetivos; para tanto, os familiares não são submetidos às revistas íntimas, pois a relação entre família, detentos e voluntários é baseada na confiança. Outra grande diferença é que todos os detentos estudam e trabalham. O aprendizado de um ofício profissional é obrigatório.

Os detentos têm à sua disposição profissionais (todos voluntários, e em abundância), que lhes proporcionam assistência médica, odontológica e jurídica.

A religião cristã tem um caráter importantíssimo no processo de recuperação, ela mistura a ideia de crime e pecado. E como no cristianismo o pecado pode ser perdoado através da confissão, possibilita que aquele que cometeu crime seja perdoado e com isso possa ter uma segunda chance junto à sociedade. E tão importante quanto ser perdoado, é também poder perdoar-se (principalmente para

2 RESENDE, Tomáz de Aquino. Dos estabelecimentos penais. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org). **A Execução Penal à luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012. p. 193

3 Idem, p. 193.

aqueles que cometeram crimes contra a vida). O autoperdão é fundamental neste processo de recuperação da autoestima.⁴

Na prática, a religião tem função de purificar o recuperando do crime/pecado cometido, com o condão de apagar todo mal por ele causado, permitindo, assim, que a pessoa tenha uma nova chance na vida feliz junto à comunidade.

A FBAC (Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados) é a entidade que congrega, orienta, fiscaliza e zela pela unidade e uniformidade das APACs do Brasil e assessora a aplicação do Método APAC no exterior. Está filiada à *Prison Fellowship International* - PF⁵, organização consultora da ONU para assuntos penitenciários.

3 OS 12 ELEMENTOS DO MÉTODO

O método *apaqueano* apresenta doze elementos, que constituem a receita de seu sucesso e que foi desenvolvido pelo advogado Mário Ottoboni. São eles: a participação da comunidade, o recuperado ajudando o recuperando, o trabalho, a religião, a assistência jurídica, a assistência à saúde, a valorização humana, a família, o voluntário e o curso de formação, o Centro de Integração Social (estrutura física), o mérito e a Jornada de Libertação (encontro espiritual para a formação Cristã inicial).⁶

Tudo deve começar com a participação da sociedade, é necessário encontrar formas de despertá-la para tarefa, principalmente quando o Estado já se revelou incapaz de cumprir a função essencial da pena, que é exatamente a função de preparar aquele que cometeu um delito, para retornar (re)socializado para o convívio da sociedade.⁷

Os dirigentes da APAC tentam mostrar para a comunidade que o aumento da violência e da criminalidade decorre, também, do abandono dos condenados atrás das grades, fato que faz aumentar os índices de reincidência.

Segundo constatamos das entrevistas, nas comarcas onde existem APACs e que a comunidade está envolvida com a recuperação prisional existe uma pré-compreensão das pessoas que os egressos oriundos das APACs estão

4 RODRIGUES, 2005.

5 A *Prison Fellowship International* é um órgão consultivo ONU de nível II para assuntos carcerários mundiais, ou seja, não tem poder de decisão, mas sim de orientação para que a ONU possa fundamentar suas decisões.

6 OTTOBONI, 2006, p. 64.

definitivamente recuperados, portanto confiáveis; além de terem obrigatoriamente adquirido escolaridade e uma profissão (condição para cumprir a pena privativa de liberdade nas APACs).

Com esses entendimentos a comunidade local responde com maior quantidade de vagas de empregos, dando assim condições para que um maior número de egressos consiga se sustentar financeiramente, sem terem que reincidir criminalmente.

Outro aspecto do método é o recuperado⁸ ajudando o recuperando. Esse é considerado um elemento primordial, procura despertar nos recuperandos um sentimento de ajuda mútua e o despertar para os valores humanos.⁹

Na APAC trabalha-se para ajudar a despertar no recuperando a consciência da realidade, ajudá-lo a perceber que a raiz do bem e do mal está no coração, que ele é capaz de praticar gestos de bondade e solidariedade; ele deve perceber que além de ser capaz de não fazer o mal, deve também ser capaz de praticar o bem.¹⁰

Cada APAC tem uma representação de cela (representante dos recuperandos), com a finalidade de manter a disciplina e a harmonia entre todos, a limpeza da cela, higiene e asseio pessoal, treinamento de líderes. Os recuperandos fiscalizam para que não exista a formação de grupos mais fortes que possam subjugar os mais fracos. A entidade mantém incentivos para manter a qualidade nas celas.¹¹

Ademais, é imperioso ressaltar, com base na visita e pesquisa local realizada que em mais de 30 unidades *apaqueanas* espalhadas pelo Brasil não existe absolutamente nenhum tipo de policiamento fazendo a segurança da casa prisional. São os próprios presos que fazem a segurança e que cuidam para que não exista evasão. Entendem que a evasão é prejudicial para o coletivo.

O trabalho é outro importante elemento do método *apaqueano*.¹²

Todavia, a ideia que tão somente o trabalho é capaz de recuperar o ser humano é uma ideia equivocada, caso contrário, países desenvolvidos principalmente aqueles que adotam o modelo de prisões privadas, teriam

7 OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** 3. ed., São Paulo: Paulinas, 2006. p. 64.

8 As APACs utilizam a nomenclatura de recuperando e recuperados para referir-se a presos e egressos. Entendem que todo ser humano é recuperável.

9 OTTOBONI, 2006, p. 64.

10 OTTOBONI, op. cit., p. 58.

11 Idem, p. 56.

12 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 183.

encontrado a solução para o problema da reincidência prisional; porém, não foi o que ocorreu segundo nos apresenta Laurindo Minhoto¹³:

Em tempos de globalização e altos índices de criminalidade, desemprego e insegurança generalizada, as prisões constituem um dos negócios mais prósperos da atualidade. A prisão se converteu em um meio de controle altamente lucrativo das ilegalidades dos predadores globais. E nos Estados Unidos da América vem surgindo um grande movimento ao encontro do Estado Pena, cujo objetivo repousa exatamente no gerenciamento empresarial de novas casas prisionais. Sendo que a sociedade do consumo desenfreado (a sociedade do consumo sem empregos) tem uma quantidade imensa de consumidores (antigos e novos) da indústria da punição.

Ocorre que, apesar das modernas instalações e do trabalho efetivo realizado no interior das prisões, o índice de reincidência ainda permanece alto, mostrando que não está apenas não trabalho a solução para o problema.¹⁴

Desta forma a ideia de que o trabalho, somente por si, re(socializa) já foi desmistificada pelas experiências que temos em todo mundo, além de função da pena ter ganhado erroneamente um caráter mercantil.¹⁵

Através da ótica *apaqueana*, o trabalho deve ser parte da proposta, mas não o elemento fundamental da proposta, pois não é suficiente para recuperar o preso.

No método APAC o regime fechado é tempo para a recuperação, o semiaberto para a profissionalização, e o aberto para a inserção social. Desta forma, o trabalho é aplicado em cada uma das fases de acordo com a finalidade que lhe é proposta.¹⁶

Ou seja, no regime fechado os recuperandos se dedicam as tarefas da casa, como manutenção, limpeza e preparação das refeições, além de se dedicaram a laborterapia (em geral com artesanatos que posteriormente são vendidos, gerando a única fonte de renda para aqueles que estão presos neste regime); 100% dos recuperandos neste regime desenvolvem alguma atividade laboral.¹⁷

De acordo com os resultados de seu método, a APAC recomenda o trabalho laborterápico (artesanato) para o regime fechado. No entanto, quando falamos em artesanato, deve-se ter uma interpretação extensiva, para não limitar apenas às atividades mezinhas que todos estão habituados a ver nos presídios.

13 MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. In: **Revista Lua Nova**. São Paulo: CEDEC n. 55-56, 2002. p. 137

14 MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. In: **Revista Lua Nova**. São Paulo: CEDEC n. 55-56, 2002. p. 137

15 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 183.

16 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 183

17 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 183.

No regime fechado é necessário evitar a todo custo que o trabalho massificante, padronizado e industrializado faça parte da proposta *apaqueana* nessa fase do cumprimento da pena.

Terceirizar serviços ou transformar a casa prisional em pequena indústria deve ser evitado, por se tratar de tarefa reservada ao regime semiaberto, exatamente quando o recuperando já decidiu seus valores, melhorou sua autoimagem e está consciente de seu papel na sociedade. Considerar que apenas o trabalho recupera o preso é um equívoco, muito embora o trabalho não deixe de ser muito importante em qualquer proposta ressocializadora, entretanto nunca isoladamente.

No regime semiaberto os recuperandos dedicam-se ao aprendizado de um ofício como marcenaria, mecânica, panificação entre outros.

O trabalho é apenas um dos pilares a ser tratado, existem outros a serem incentivados como: autoestima, educação, valorização humana, valorização espiritual e fortalecimento dos vínculos familiares. Nenhum deles tem o condão de sozinho, preparar o reeducando para a reinserção social com certa margem de sucesso.

A religião, outro elemento do método, é considerada o ponto central, pois o objetivo de método é a preparação da pessoa como um todo, e sendo assim, a face espiritual é muito importante.

Segundo dados fornecidos em entrevistas aos idealizadores do método APAC, a religião tem fundamental importância na metodologia. A religiosidade está presente em todos os lugares nas APACs; é comum encontrar frases pintadas nas paredes, quadros com frases e imagens religiosas espalhadas pelas galerias e áreas comuns. A religião também é percebida na música, todas as casas têm corais onde a grande maioria das músicas cantadas também são religiosas.

A religiosidade não se limita apenas aos presídios, existe um trabalho bastante forte feito pelas igrejas participantes, através dos padres, bispos e das lideranças da APAC em mobilizar a comunidade cristã para ajudar na busca de alternativas e soluções para os problemas sociais.

Dentro dos espaços de interlocução que são produzidos a partir dos movimentos religiosos, os presos experimentam novas posições sociais diferentes das encontradas dentro do cárcere, com certa autonomia de liberdade e escolha. O indivíduo preso em uma instituição total passa por um processo de profunda

desestruturação emocional e onde o discurso religioso oferece uma possibilidade de pensar como sujeito atuante dentro de uma sociedade. Trata-se de uma inserção positiva, além da possibilidade de reflexão sobre o crime cometido.¹⁸

A doutrina cristã auxilia no resgate da autoestima dos presos quando associa o crime praticado ao pecado ou afastamento de Deus; e neste sentido quando o desgarrado do rebanho celestial retorna ou se converte à Igreja, todos os pecados através da confissão e arrependimento poderão ser perdoados. O entendimento do perdão traz consigo a ideia de uma segunda chance para o condenado e lhe apresenta perspectiva de um novo futuro.

O preso se converte à religião e passa ter um entendimento de seu passado de crime como uma violação às leis divinas, percebendo assim o seu presente. Desta forma o tempo que passa na prisão é entendido como um momento de castigo e ao mesmo tempo de aprendizado.¹⁹

O futuro para essas pessoas é identificado como o momento do retorno à sociedade, é um futuro de incertezas que angustia a maioria daqueles que estão na prisão. O discurso religioso lhes permite traçar planos, planejar o futuro, superando o sentimento de descontinuidade no tempo, que caracteriza a população carcerária e impede muitas vezes que essas pessoas consigam fazer um planejamento para a vida depois do cumprimento da pena.²⁰

A religião é de suma importância para o sucesso do método. A conversão à igreja cristã resgata aquele que *“estava perdido no mundo do crime”* dando-lhe alicerces morais e padrões comportamentais que são reconhecidos no interior das unidades prisionais *apaqueanas*.

Esse padrão comportamental forma uma identidade cristã, que é reconhecida pelos demais detentos. E essa identidade lhes confere a aceitação do grupo e segurança.

É de conhecimento público que a maioria da população carcerária não reúne condições financeiras para contratar um advogado particular, gerando assim uma ansiedade e sentimento de abandono. A maior preocupação de todo condenado diz

18 RODRIGUES, Gilse Elisa. Transgressão, controle social e religião: um estudo antropológico sobre práticas religiosas na Penitenciária Feminina do Estado do Rio Grande do Sul. *Debates do NER*, Porto Alegre, ano 6, n. 8, p. 9-20, jul./dez. 2005. p. 16.

19 DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Conversão evangélica na prisão: sobre ambiguidade, estigma e poder*. In: Revista do Curso de Pós-graduação em Sociologia da USP n.13, 2. Semestre de 2006. p. 4.

20 *Idem*, p. 4.

respeito a sua condição processual, a fim de conferir seus direitos, garantias e tempo que lhe resta de pena a ser cumprida.²¹

A assistência judiciária gratuita faz parte dos 12 passos método APAC e sugere uma especial atenção ao aspecto do cumprimento da pena, observando que a assistência judiciária deve se restringir somente aos condenados que manifestem adesão à proposta da APAC e revelarem bom comportamento. É preciso evitar que a entidade se transforme em um grande escritório de advocacia, e fique prestando assistência jurídica indiscriminadamente.²²

Todos os recuperandos têm acesso à assistência jurídica que é feita através de voluntários.

A assistência à saúde também é importante na execução do método *apaqueano* e compreende assistência médica, odontológica e psicológica. A saúde configura um aspecto essencial de garantia de dignidade da pessoa humana, devendo sempre ser priorizada, evitando preocupações e aflições do recuperando, minimizando sofrimentos físicos e morais.

A APAC de Itaúna conta com estagiários de diversas áreas da saúde como, enfermagem e psicologia. Além da assistência médica, existem outros fatores que contribuem para a boa saúde do recuperando que são: boa nutrição, higiene e limpeza pessoal e dos espaços físicos, evitando assim a proliferação de doenças comumente encontradas no sistema prisional comum.

O método APAC tem como objetivo priorizar o ser humano, essa valorização acontece em pequenos detalhes, como, por exemplo, na maneira do recuperando em ser abordado pelo próprio nome, entender a vida pregressa deste, seus sonhos e anseios, incentivar os estudos, conhecer a família, atendê-lo nas necessidades tais como médico, odontológico, material, jurídico e fundamental. Com base nas entrevistas constatamos, ainda, que tal busca em priorizar o ser humano tem como objetivo reformar a autoimagem, desmistificar a aparência de *“forte e perigoso”*, resgatar os medos existentes no íntimo de cada um e orientá-lo em sua reestruturação enquanto ser humano.

21 ZEFERINO, Genilson Ribeiro. Execução Penal – APAC. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org). **A Execução Penal à Luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012. p. 58.

22 OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Parceiros da ressurreição. Jornada de libertação com Cristo e curso intensivo de conhecimento e aperfeiçoamento do Método APAC, especialmente para presos**. São Paulo: Paulina, 2004. p. 23.

Desta forma a valorização humana é tão importante que também faz parte do método de recuperação prisional.

A participação da família é entendida como outro fator de muita importância para recuperação do preso. A presença da família é incentivada, os recuperandos podem ligar uma vez por semana para sua família. Não existem revistas íntimas aos familiares, pois é construída uma relação de confiança entra a família, recuperando e APAC, para que juntos formem uma rede de apoio para aquele indivíduo que está preso. As visitas íntimas também são permitidas.²³

A APAC funciona basicamente com o trabalho dos recuperandos, que ajudam em todas as tarefas da casa e com o auxílio de voluntários, outro elemento do método. Apenas em alguns casos existe a presença de um funcionário do Estado em funções administrativas. Mas para que uma pessoa possa tornar-se voluntária precisa fazer um curso de formação para essa função pelo tempo de quatro meses.²⁴

A comunidade tem um importante papel na manutenção da APAC, os voluntários recebem treinamento participando de curso de formação, além das reciclagens propostas periodicamente.

Para desenvolver bem sua tarefa o voluntário deve estar bem preparado e sua vida deve ser exemplar, seja pela confiança que o recuperando nele deposita, seja pelas atribuições que lhe são confiadas, cabendo desempenhá-las com fidelidade e convicção.²⁵

O Centro de Reintegração Social, outro elemento do método, refere-se à própria estrutura física, o prédio da casa prisional. Normalmente o terreno é fruto de doação e a construção de prédio é feita com doações e ações comunitárias para angariar fundos para a obra. Em alguns poucos casos o Estado auxilia com verbas para a construção. Não se inicia uma APAC sem o prédio próprio, em outras palavras, menos custo para o Estado com a construção de presídios, os custos em geral são absorvidos pela sociedade civil organizada e que neste pensa em recuperar homens e não encarcerá-los como uma forma de limpeza social.²⁶

Acerca do mérito, é a reunião das várias atividades propostas pela metodologia da APAC e constantes no prontuário do recuperando, sendo a vida prisional

23 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 24.

24 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 26.

25 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 25.

observada de maneira detalhada. Será sempre através do mérito que o recuperando irá progredir. Um condenado apenas obediente não satisfaz à necessidade do julgamento para a progressão de regime. Ele tem que desenvolver todas as atividades propostas, e, de fato, apresentar um crescimento. Nas prisões tradicionais somente não causando nenhum tipo de problema, o preso conseguirá a progressão de regime. No sistema *apaqueano* a fórmula é bem mais complexa e o reeducando tem que apresentar crescimento humano para chegar à progressão.²⁷

O décimo segundo elemento do método é a Jornada de Libertação com Cristo que surgiu para instigar o recuperando a adotar uma nova filosofia de vida, com a realização de encontros, palestras, testemunhos, músicas, entre outras atividades, levando o recuperando a repensar o sentido de sua vida. A Jornada de Libertação tem por objetivo que o reeducando reconcilie-se consigo próprio, com seu semelhante e com Deus.²⁸

Não existe um único elemento responsável pelos índices encontrados nas APAC e pelo seu sucesso, em verdade, trata-se de um conjunto. Cada etapa do método vincula-se a outra, e o método seguido na sua totalidade é o responsável pelos resultados obtidos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A APAC é nesse contexto, uma alternativa viável ao cumprimento da pena privativa de liberdade, com um método que visa a verdadeira recuperação do preso, através do desenvolvimento humano, espiritual com a participação da comunidade.

Esse processo envolve toda a comunidade, que passa ter um entendimento de que os altos índices de criminalidade e o problema prisional estão relacionados e ela também é responsável por tais problemas. Desta forma incentiva o voluntariado, passa ter um convívio dentro da prisão, como por exemplo, a APAC masculina de Itaúna tem um grande panifício que atende a comunidade e passou ser muito comum encontrar pessoas acompanhadas de crianças, dentro da casa prisional, comprando os deliciosos pães de queijo que lá são feitos.

E após 40 anos de trabalho, a APAC, através de seu método, tem alcançado resultados formidáveis, sendo que tais resultados são tão significativos em

26 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 26.

27 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 26 -27.

comparação ao padrão nacional e até mesmo internacional, que chamou a atenção de organizações internacionais como *Prison Fellowship International* e a Fundação AVSI.²⁹

O índice de reincidência *apaqueano* médio é inferior a 10%, em comparação a média nacional que é superior a 80%. Além disso, dentro desse percentual inferior a 10% de reincidência, o cometimento do último crime tende a ter natureza menos gravosa que o anterior, contrariando o que ocorre no sistema prisional tradicional, onde o cometimento do último crime tende a ser sempre mais lesivo do que o anterior.³⁰

Augusto Thompson³¹ faz uma importante análise sobre o fato do preso, ao longo do tempo encarcerado, adquirir um comportamento adequado para os padrões das prisões. Ou seja, uma linguagem (com expressões, palavras e gestos próprios), a inversão de valores, que ocorre quando o bandido mais violento passa ser admirado por ser detentor do poder dentro dos presídios (confusão sobre os conceitos de certo e errado), os horários pré-estabelecidos para todos os atos de sua vida, almoço, janta, visita, etc. A prisão constitui uma sociedade paralela, criando sujeitos adequados a esta sociedade. Imaginando um homem que viveu vinte anos dentro de uma prisão, como fará para voltar a ter um comportamento adequado na vida livre e em sociedade?

Treinar homens para a vida livre em sociedade, submetendo-os a vida em cativeiro é um grande paradoxo. E julgar que um homem está preparado para vida livre, somente porque manteve um comportamento submisso às regras dentro dos muros da prisão, também não é adequado.

Notou-se, diante das visitas e material colhido nas entrevistas, que na APAC esse “acultramento” de comportamento adequado aos padrões da prisão não existe, uma vez que, lá, a prisão tem a aparência física de uma casa qualquer, não existe a presença de facções criminosas, os detentos são chamados pelo nome, e o padrão de comportamento adotado é o mesmo usado pelas pessoas livres, o que facilita o retorno à sociedade, porque diminui o choque causado pela diferença comportamental.

28 OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 27.

29 MARQUES NETO, Silvío. Do Condenado e do Internado. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org). **A Execução Penal à Luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012, p.27.

30 RESENDE, Tomáz de Aquino. Dos Estabelecimentos Penais. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org). **A Execução Penal à Luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012, p.192.

Muito embora a Lei de Execução Penal reconheça a necessidade de readaptação do preso, após o cumprimento da pena, e tenha previsto a readaptação do preso instituindo os três regimes penais, quais sejam, fechado, semiaberto e aberto, na prática essa transição não existe no sistema prisional comum.

Neste aspecto, os recuperandos da APAC tem grande vantagem na readaptação após saírem da prisão, pois, além dos recuperandos terem acesso os três regimes penais, exatamente como prevê a Lei de Execuções Penais, eles são treinados para serem homens livres, responsáveis por si próprios e pelos outros. Além da vantagem da preparação psicológica, intelectual e profissional que adquirem durante o tempo em que estão presos.

Visitando as duas APACs de Itaúna – MG, torna-se visível um paradoxo. Para muitos homens e mulheres marginalizados e excluídos do mercado de trabalho e consumo, sem nenhuma perspectiva de melhoramento de vida, o fato de terem caído na malha prisional e, posteriormente, sido encaminhados para APAC, tornou-se algo bom, e por vezes, o que de melhor lhes poderia ter acontecido. Isso porque lá têm acesso a muito recursos que não lhes seria possível de outra forma, como: estudo, aprendizagem de um ofício, encaminhamento ao mercado de trabalho (trabalho realizado por programas ligados a APAC), alimentação adequada, saúde, preparação psicológica e melhoramento da auto-estima. Por todos esses aspectos o futuro para essas pessoas acaba sendo mais promissor do que sua condição anterior.

A influência religiosa é muito importante na execução de todo o método de recuperação, ela permeia todos os aspectos e a conversão é necessária para a eficácia do processo. É através da religião que o recuperando alcança o auto-perdão, e com este, ele adquire a possibilidade um novo começo e de fazer projetos para o futuro. A religião atua como um determinante da redefinição e capacitação do recuperando.

Dito isso, destacam-se, para concluir, alguns benefícios do método como: tratamento digno e respeitoso com relação aos presos, participação da comunidade em todo o processo de recuperação dos presos, são garantidos a saúde, a assistência judiciária e o trabalho prisional, permite a correta aplicação das leis penais e de execução penal e a valorização e incentivo das relações familiares.

Sendo assim, a APAC proporciona uma gestão prisional viável caracterizado pelo envolvimento da sociedade civil.

Todavia, diante da total ineficiência do Estado, detentor legítimo do monopólio da punição penal, não resta outro caminho que não seja a busca de alternativas.

A partir da experiência vivenciada nas duas casas prisionais de Itaúna, considera-se que essa parceria entre o Estado e sociedade civil é, sem dúvida, uma opção a ser considerada no cumprimento da pena privativa de liberdade entendendo o homem preso como sujeito que perdeu apenas a liberdade e não, junto com ela o respeito, valor e a dignidade. Ademais, além de ser uma alternativa humanizada de cumprimento da pena, tem um custo mínimo para o Estado (somente alimentação dos presos, os demais custos são suportados pela entidade, suas parceria e voluntários), além de não ter o ônus dos custos de construção de presídios.

Portanto a APAC tornou-se uma alternativa eficiente e barata para o Estado.

5 REFERÊNCIAS

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Conversão evangélica na prisão: sobre ambiguidade, estigma e poder.** In: Revista do Curso de Pós-graduação em Sociologia da USP n.13, 2. Semestre de 2006.

FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS. Método APAC. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/institucional/metodo-apac>. Acesso em: 25 out.2011.

MARQUES NETO, Silvio. Do Condenado e do Internado. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org). **A Execução Penal à Luz do Método APAC.** Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. In: **Revista Lua Nova.** São Paulo: CEDEC n. 55-56, 2002.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** 3. ed., São Paulo: Paulinas, 2006.

OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Parceiros da ressurreição. Jornada de libertação com Cristo e curso intensivo de conhecimento e aperfeiçoamento do Método APAC, especialmente para presos.** São Paulo: Paulina, 2004.

RESENDE, Tomáz de Aquino. Dos estabelecimentos penais. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org). **A Execução Penal à luz do Método APAC.** Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

RODRIGUES, Gilse Elisa. Transgressão, controle social e religião: Um estudo antropológico sobre práticas religiosas na Penitenciária Feminina do Estado do Rio Grande do Sul. **Debates do NER**, Porto Alegre, ano 6, n. 8, p. 9-20, jul./dez. 2005.

RODRIGUES, Gilse Elisa. Transgressão, controle social e religião: um estudo antropológico sobre práticas religiosas na Penitenciária Feminina do Estado do Rio Grande do Sul. **Debates do NER**, Porto Alegre, ano 6, n. 8, p. 9-20, jul./dez. 2005.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZEFERINO, Genilson Ribeiro. Execução Penal – APAC. In: SILVA, Jane Ribeiro (Org). **A Execução Penal à Luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

PROJEÇÃO DO IMPACTO DO PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM TRAMITAÇÃO NO SENADO (PLS 236/2012) SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DADOS DO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO PENITENCIÁRIA (INFOPEN)

Daniel Nicory do Prado¹

RESUMO: O presente trabalho destinou-se a realizar uma projeção do impacto que o Projeto de Código Penal em tramitação no Senado (PLS nº 236/2012), caso aprovado em sua redação original, terá sobre o sistema carcerário, tomando, como base, os dados públicos do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN), referentes ao mês de dezembro de 2011, que eram as informações mais recentes no momento em que a Comissão de Juristas elaborou o anteprojeto entregue à Presidência do Senado. Após uma análise comparativa dos principais institutos da Parte Geral e das penas atribuídas, na Parte Especial, aos crimes com maior incidência na população carcerária, tanto na legislação vigente como no Projeto de Lei, passou-se a estimar o impacto de curto prazo, para os casos ocorridos até a entrada em vigor do novo texto, levando em conta o efeito retroativo da lei penal mais benéfica, e de longo prazo, para os casos futuros, que as alterações legislativas propostas podem vir a ter sobre a população carcerária. Foi possível concluir que o Projeto apresenta, como tendência principal, de um lado, a redução da duração das penas de prisão dos crimes de maior incidência na população carcerária, e, de outro, o aumento no rigor da sua execução, mas que, passado o efeito descarcerizador de curto prazo, ocorrerá, no médio e no longo prazo, um aumento considerável no rigor do controle penal.

PALAVRAS-CHAVE: Projeto de Código Penal. Sistema Carcerário. Projeção de Impacto.

¹ Defensor Público do Estado da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Representante, nos anos de 2011 e 2012, da Associação Nacional dos Defensores Públicos junto à Subcomissão de Crimes e Penas da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. Professor da Faculdade Baiana de Direito e do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As espécies e os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. 2.1. Fim da distinção entre reclusão e detenção. 2.2. Definição do regime inicial de cumprimento de pena. 2.3. Regras do regime fechado. 2.4. Regras do regime semiaberto. 2.5. Regras do regime aberto. 2.6. Requisito temporal para a progressão de regime. 2.7. Restabelecimento da obrigatoriedade do exame criminológico para progressão. 2.8. Progressão por salto em caso de inexistência de vaga no regime semiaberto. 2.9. Extinção do livramento condicional e do *sursis*. 2.10. Modificações no rol de crimes hediondos. 2.11. Quadro comparativo dos efeitos da parte geral da legislação em vigor e do anteprojeto. 3. A conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade. 4. Parte especial: penas dos crimes de maior incidência na população carcerária. 4.1. Homicídio nas formas simples e qualificada. 4.2. Furto nas formas simples e qualificada. 4.3. Roubo nas formas simples e majorada. 4.4. Roubo com lesões graves e latrocínio. 4.5. Receptação simples. 4.6. Estupro. 4.7. Tráfico ilícito de entorpecentes. 4.8. Porte ilegal de arma de uso permitido. 4.9. Quadro comparativo entre as penas dos delitos de maior incidência na população carcerária. 5. Projeção do impacto do Anteprojeto do Código Penal de 2012 sobre o sistema carcerário. 6. Conclusões. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Comissão de Juristas constituída pelo Senado Federal para a elaboração de um anteprojeto de Código Penal apresentou, em 27 de junho de 2012, os seus trabalhos ao presidente da casa, senador José Sarney². Segundo o relatório que precedeu a proposta legislativa, o objetivo da Comissão foi submeter cada tipo penal em vigor a uma tríplice análise: “I) se permanece necessário e atual; II) se há figuras assemelhadas previstas noutra sede normativa; III) se as penas indicadas são adequadas à gravidade relativa do delito”³, tudo com o objetivo de compatibilizá-los com a atual ordem constitucional e com a evolução da sociedade, o que exigiu duas

2 AGÊNCIA SENADO. **Senado recebe anteprojeto do novo Código Penal elaborado por juristas**. 27/06/2012. 15h49. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/senado-recebe-anteprojeto-do-novo-codigo-penal-elaborado-por-juristas>> Acesso em: 29 jun 2012.

3 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 5. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

iniciativas: a formulação de novos tipos, hoje inexistentes; e a revogação de outros, cuja defasagem tenha ficado comprovada⁴.

Além disso, os juristas se esforçaram para integrar ao Código Penal diversos dispositivos que hoje constam de leis esparsas, reduzindo o peso da legislação extravagante e, portanto, valorizando a codificação, ao invés dos microssistemas que foram se constituindo nas últimas décadas; nesse mesmo sentido, foi proposta a revogação da Lei de Contravenções Penais, acabando com a histórica subdivisão entre as espécies de infração penal, deixando apenas a figura jurídica do crime. As condutas hoje previstas como contravenção serão, em regra, revogadas, e, quando necessário, mantidas no ordenamento, mas incluídas no Código Penal como crime.⁵

Embora tenham merecido menor destaque do Relator, também foram realizadas profundas alterações em toda a parte geral, em especial nos regimes e nos institutos da execução das penas privativas de liberdade.

Como era de se esperar, as atenções da mídia se concentraram nos temas mais polêmicos, como o aumento das hipóteses de exclusão da ilicitude no aborto⁶; a redução das penas e a possibilidade de perdão judicial para a eutanásia⁷; a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal⁸ e a tipificação do *bullying*⁹ e dos crimes cibernéticos¹⁰, ainda que o seu efeito prático sobre o sistema, em alguns desses casos, venha a ser reduzido.

Além disso, há uma profunda transformação, com efeitos no processo penal, consistente na adoção de um modelo de justiça negociada mais próximo do estadunidense, muito além das atuais possibilidades do Direito pátrio, pois permitem que o acordo entre as partes leve à imposição imediata de pena privativa de liberdade, vedado apenas o regime inicial fechado, e à confissão total ou parcial dos fatos imputados¹¹.

Ao invés de discutir essas questões, o presente trabalho pretende identificar os possíveis impactos que o projeto, caso venha a ser aprovado sem alterações, terá sobre o sistema carcerário brasileiro, construindo uma projeção a partir dos dados

4 *Ibidem.* p. 6-7.

5 *Ibidem.* p. 6.

6 *Ibidem.* p. 282-283

7 *Ibidem.* p. 277

8 *Ibidem.* p. 339-340

9 *Ibidem.* p. 292-294

10 *Ibidem.* p. 333-336

do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN)¹², constantes do relatório referente ao mês de dezembro de 2011, segundo o qual a população carcerária brasileira total era de 514.582 (quinhentos e catorze mil, quinhentos e oitenta e dois) presos¹³.

Para tanto, serão comparados os principais dispositivos da legislação em vigor e da proposta da Comissão de Juristas, tanto da parte geral como da parte especial, no que diz respeito aos regimes de execução de pena e à qualificação jurídica dos fatos, bem como às penas cominadas aos delitos responsáveis pela maior parte do contingente da população carcerária brasileira.

Em seguida, tentar-se-á estimar os efeitos reais que cada alteração proposta, seja ela de abrandamento ou de endurecimento da resposta penal, terá sobre o sistema prisional, tanto os incidentes sobre os fatos ocorridos após a vigência da lei, quanto aqueles decorrentes da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Nem sempre será possível apresentar estimativas precisas, em razão das limitações decorrentes da disponibilidade dos dados públicos do INFOPEN. Como os relatórios do Sistema foram pensados para a divulgação geral, eles não realizam nem oferecem a possibilidade de todos os cruzamentos de dados que seriam necessários para a mensuração exata dos efeitos resultantes de cada item da proposta de alteração legislativa. Isso não diminui, de forma alguma, o grande avanço institucional que a coleta de informações e a divulgação periódica dos resultados representou para todos os atores envolvidos com o sistema penitenciário.

Por fim, o presente trabalho não pretende trazer nenhum juízo de conveniência ou oportunidade político-criminal das propostas da comissão de juristas, mas apenas traçar os possíveis impactos sobre o sistema carcerário brasileiro caso o anteprojeto seja aprovado sem alterações. Como qualquer projeção, as conclusões que se pode alcançar são limitadas e metodologicamente discutíveis, mas podem colaborar para a construção de cenários que permitam um debate público sobre o

11 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 266-268. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

12 BRASIL. Ministério da Justiça. **INFOPEN – Estatística**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em: 29 jun. 2012.

13 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN – Todas UF's – Referência 12/2011**. p. 1. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={916E202D-BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>> Acesso em: 29 jun. 2012.

tema baseado na racionalidade¹⁴, minimizando o alarmismo típico dos momentos de forte discussão política.

Cabe ressaltar que o projeto já foi encaminhado pela presidência do Senado e tramita na casa legislativa com o número de ordem PLS nº 236/2012, tendo sido, inclusive, objeto de diversas propostas de emenda, que não serão discutidas no presente trabalho, tanto que, ao longo do texto, a proposta legislativa será tratada por “anteprojeto”, em referência ao trabalho original da Comissão de Juristas.

2 AS ESPÉCIES E OS REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

De forma bastante resumida, pode-se dizer que o ordenamento em vigor prevê três espécies de pena privativa de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples, sendo esta última destinada exclusivamente às contravenções penais e quase sem relevância prática já há muitos anos.

Também são três os regimes de cumprimento de pena: o fechado, o aberto e o semiaberto, sendo definido o regime inicial em função da quantidade da pena aplicada, da natureza do delito e dos antecedentes do apenado; há, na prática, um quarto “regime” de cumprimento, que é o livramento condicional. O Brasil adota o sistema de prêmios e recompensas¹⁵, executando as penas de forma progressiva, levando em conta as condições pessoais e o comportamento do preso, e, excepcionalmente, de forma regressiva, em caso de prática de infração disciplinar grave. Tais previsões atualmente estão espalhadas no Código Penal (CP), na Lei de Execução Penal (LEP) e na Lei de Crimes Hediondos (LCH).

As principais propostas da Comissão de Juristas consistem no fim da distinção entre as espécies de penas privativas de liberdade, chamando-as simplesmente de prisão¹⁶; na modificação na forma de cumprimento do regime aberto¹⁷; na modificação do requisito temporal da progressão de regime em várias hipóteses¹⁸; na mudança da qualificação de algumas condutas, ora para excluí-las da lista de

14 PRADO, Daniel Nicory do. **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011. p. 93-116.

15 SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, deveres e disciplina na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207-267

16 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 232. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

17 *Ibidem*. p. 239.

18 *Ibidem*. p. 234.

crimes hediondos, ora para incluí-las¹⁹; e na extinção do livramento condicional e do *sursis*²⁰.

A leitura preliminar do anteprojeto não permite uma visualização clara do real efeito das alterações propostas, levando às seguintes indagações: afinal, o anteprojeto aumentará ou reduzirá o controle penal como um todo? Aumentará ou reduzirá a população carcerária no curto, no médio e no longo prazo, considerando que se mantenham os atuais níveis de eficiência na persecução criminal e de respeito ao contraditório e à ampla defesa nos processos penais? Para chegar a tais conclusões, é preciso estudar, uma a uma, as mudanças pretendidas pela Comissão de Juristas.

2.1 Fim da distinção entre reclusão e detenção

O fim da distinção entre as espécies de pena privativa de liberdade já era reclamado pela doutrina e terá pouco efeito prático, pelo menos no que diz respeito ao regime de cumprimento. Isto porque a única distinção importante entre ambas, neste particular, dizia respeito ao regime inicial de cumprimento, que, para a detenção, não poderia ser o fechado.

No entanto, como a pena de detenção mais alta elevada no Código Penal em vigor é de seis anos, máximo cominado ao infanticídio (art. 123) e ao abandono de recém-nascido qualificado pela morte (art. 134, § 2º)²¹, e o início da pena em regime fechado só se dá, para os não reincidentes, em condenações superiores a oito anos ou pela prática de crimes hediondos, tanto na legislação em vigor como na proposta da Comissão de Juristas, as condutas hoje apenas com detenção só estariam sujeitas ao início em regime fechado, na vigência do novo código, nos casos de concurso de crimes, que elevasse a condenação acima de oito anos, e de reincidência.

Embora a medida represente um aumento do rigor na legislação penal, o seu real impacto é desprezível, visto que o número total de pessoas presas no Brasil em cumprimento de penas de detenção nem sequer é mensurado pelo INFOPEN, já

19 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. p. 30 e 241.

20 *Ibidem*. p. 233 e 239.

21 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

que, na maior parte dos casos, é cabível a aplicação de penas e medidas alternativas.

Os únicos delitos apenados com incidência carcerária suficiente, somando presos provisórios e condenados, para justificar o cômputo pelo INFOPEN são os de violência doméstica, com 3.074 (três mil e setenta e quatro) presos; os previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, com 837 (oitocentos e trinta e sete) presos; e os previstos na Lei de Crimes Ambientais, com 156 (cento e cinquenta e seis) presos²². Somado, o contingente não representa em sequer 1% (um por cento) da população carcerária do período. Embora não seja possível extrair dos dados públicos do INFOPEN o número efetivo de pessoas apenadas com reclusão sujeitas a penas superiores a oito anos, as informações acima levam a crer que esse número, se existir, é insignificante.

2.2 Definição do regime inicial de cumprimento de pena

A definição do regime inicial de cumprimento de pena ficou praticamente inalterada no anteprojeto: tanto na legislação em vigor como na proposta da Comissão de Juristas, o início se dá em regime fechado para penas superiores a oito anos e para crimes hediondos; em regime semiaberto, para as penas superiores a quatro e não superiores a oito de réus não reincidentes; em o regime aberto, para as penas não superiores a quatro anos. A única diferença importante é que, no anteprojeto, o início só pode se dar em regime aberto nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, vedação que não existia na legislação em vigor²³

Segundo o INFOPEN, apenas 54.928 (cinquenta e quatro mil, novecentos e vinte e oito) presos têm penas iguais ou inferiores a 04 (quatro) anos²⁴, computando todos os regimes de cumprimento. Por outro lado, são apenas 18.649 (dezoito mil, seiscentos e quarenta e nove) presos em regime aberto custodiados em Casas de Albergado e Egressos²⁵, o que significa que, seguramente, a maior parte dos condenados a penas não superiores a quatro anos já inicia o cumprimento em regime mais gravoso que o aberto, e que a população do regime custodiada em

22 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Op. Cit.* p. 4.

23 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. Relatório **Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 237. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

24 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Op. Cit.* p. 3.

25 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Op. Cit.* p. 1.

Casas de Albergado representa um contingente pequeno, de menos de 4% (quatro por cento) da população carcerária total.

Apesar de essa segunda medida também representar um aumento do rigor da legislação penal, seu efeito prático, embora maior do que o da primeira, também será pequeno em comparação com a população total.

2.3 Regras do regime fechado

As regras do regime fechado, no que diz respeito ao impacto sobre o sistema penal, permaneceram basicamente inalteradas no anteprojeto, pois mantiveram o isolamento noturno e o trabalho externo como medida excepcional, apenas em obras públicas.

2.4 Regras do regime semiaberto

Para os apenados em regime semiaberto, o anteprojeto será mais gravoso do que a legislação em vigor. O requisito temporal para a Saída Temporária foi aumentado: no ordenamento atual, ele é de 1/6 (um sexto) da pena para primários e ¼ (um quarto) da pena para reincidentes, segundo o art. 123, II, da LEP²⁶; já no anteprojeto (art. 51, §§ 1º e 2º), o requisito mínimo passou a ser, indistintamente, de ¼ (um quarto) da pena, para os que iniciarem a pena em regime semiaberto, desde que não tenha havido regressão, ou de 1/6 (um sexto) do restante da pena caso tenha havido progressão do regime fechado²⁷.

Isso significa que, para condenados por crimes hediondos, por exemplo, cuja saída pode ser obtida com o cumprimento de 40% (quarenta por cento) da pena, logo depois da progressão para o regime semiaberto, só poderá ser concedida, caso o projeto seja aprovado, com 58,3% (cinquenta e oito vírgula três por cento) de pena cumprida.

Quanto ao trabalho externo, o anteprojeto reproduziu o teor do Código Penal, que não traz o requisito do cumprimento de 1/6 (um sexto) para a concessão do trabalho externo, hoje previsto no art. 37 da Lei de Execução Penal (LEP). Isso

26 BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

27 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 237-238. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

certamente despertará a seguinte discussão doutrinária: o dispositivo da LEP foi revogado tacitamente pelo novo Código, ou se manteve em vigor por se tratar de lei especial?

2.5 Regras do regime aberto

Já quanto ao regime aberto, o teor da proposta da Comissão dos Juristas segue uma direção contrária às anteriores, por representar uma diminuição no rigor da legislação penal. Pela lei vigente, o regime é cumprido em Casas de Albergado, estabelecimentos penais que teoricamente não deveriam ostentar obstáculos físicos para a fuga, para o exercício da responsabilidade e da autodisciplina do apenado²⁸. No entanto, a falta de locais apropriados na maioria das cidades levou ao cumprimento do regime, nessas circunscrições, em prisão domiciliar²⁹, previsão que existia apenas para idosos, deficientes e mulheres com filhos menores sob sua guarda³⁰. O anteprojeto consolida essa tendência prática e jurisprudencial ao extinguir as Casas de Albergado e entender que o regime aberto deve ser cumprido fora do sistema penal.

O efeito dessa proposta será um pouco mais significativo que os anteriores, pois representará a soltura imediata, em razão da retroatividade benéfica, dos 18.649 (dezoito mil, seiscentos e quarenta e nove) presos do regime hoje custodiados nas 65 (sessenta e cinco) Casas de Albergado existentes no país. Um dado curioso, e que deixa dúvida se os dados do INFOPEN realmente excluem os sujeitos à prisão domiciliar, como os indicadores sugerem, é a capacidade atual dos estabelecimentos de regime aberto: 4.885 (quatro mil, oitocentos e oitenta e cinco) pessoas³¹. Esse dado sugere duas hipóteses: ou a maior parte dos internos está custodiada em estabelecimentos inapropriados ao regime aberto, ou as Casas de Albergado enfrentam uma superlotação (381,76% de ocupação) muito superior à média do sistema, que hoje opera com 167,89% da capacidade.

28 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

29 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 239. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

30 BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

31 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 1.

A julgar pelos dados do Sistema Penitenciário Baiano, segundo os quais a Casa do Albergado de Salvador opera com 147,95% da lotação (145 internos para 98 vagas)³², o mais provável é que a maior parte dos presos de regime aberto esteja, hoje, custodiada em estabelecimentos de perfil mais severo do que o apropriado à sua condição. Esse problema será corrigido caso o anteprojeto seja aprovado.

Por fim, cabe lembrar que o anteprojeto autorizou o monitoramento eletrônico no regime aberto, como faculdade do juiz, embora seja considerada “essencial” pela Comissão³³, mantendo coerência com a legislação em vigor, que a permite durante a saída temporária e o cumprimento de pena em prisão domiciliar³⁴. No presente trabalho, não se discutirão os inúmeros problemas de caráter normativo e prático da imposição da vigilância eletrônica³⁵.

2.6 Requisito temporal para a progressão de regime

Uma das mais importantes alterações da Parte Geral no anteprojeto do Código Penal foi a reformulação do requisito temporal para a progressão de regime, com o desdobramento de várias hipóteses antes não contempladas. Pela legislação atual, a progressão se dá com o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena no regime atual, para crimes não hediondos, 2/5 (dois quintos) da pena para crimes hediondos e 3/5 (três quintos) da pena para reincidentes em crimes hediondos.

A proposta da Comissão de Juristas é mais detalhada e, embora tenha mantido o requisito temporal de 1/6 (um sexto) da pena como critério mínimo da progressão, restringiu o seu alcance aos condenados não reincidentes autores de crimes não hediondos praticados sem violência ou grave ameaça e que não tenham causado grave lesão à sociedade³⁶.

Para os demais casos, o requisito se tornou mais rigoroso do que na legislação atual, ou se manteve o mesmo, exceto, como se verá mais à frente, para o tráfico de

32 BAHIA. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização. **População Carcerária**. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/index.php/populacao-carceraria>> Acesso em: 05 jul. 2012.

33 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 239. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

34 BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

35 A esse respeito, ver ARAUJO, Alan Roque Souza de. **O que há por trás das lentes de vigilância indireta: um estudo crítico sobre o monitoramento eletrônico instituído pela Lei 12.258/2010**. In: PRADO, Daniel Nicory do; XIMENES, Rafson Saraiva. **Redesenhando a Execução Penal 2: por um discurso emancipatório democrático**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 357-419.

entorpecentes praticado por réus primários, com bons antecedentes e não envolvidos em organização criminosa.

Os autores de crimes não hediondos violentos e os reincidentes tiveram o requisito elevado de 1/6 (um sexto) para 1/3 (um terço) da pena. Além deles, foi estabelecida uma categoria vaga, em que os autores de crimes que tenham causado “grave lesão à sociedade” terão a progressão sujeita ao mesmo requisito dos delitos não hediondos violentos.

Segundo os dados do INFOPEN, cerca de 162.309 (cento e sessenta e duas mil, trezentas e nove mil) pessoas estão presas³⁷, perfazendo 31,83% da população carcerária, por crimes não hediondos violentos, e, embora não sejam afetados imediatamente, em razão do princípio da irretroatividade, pode-se tomá-los como base para afirmar que todo esse contingente será retido pelo dobro do tempo num regime mais gravoso do que o permitido pela legislação em vigor.

Os reincidentes em crimes violentos ou gravemente lesivos e os condenados por crimes hediondos passarão a ter a progressão após o cumprimento de ½ (metade) da pena. Embora o INFOPEN não permita o cruzamento de dados entre os reincidentes em cada delito, é possível ter um registro fiel do número de presos por crimes hediondos: são 194.152, sendo 125.744 por tráfico. É necessário separar o tráfico dos demais, pois, como se verá a seguir, o anteprojeto faz uma alteração importante no enquadramento do delito como hediondo³⁸.

Portanto, para os 13,03% da população carcerária representados pelos 67.000 presos pelos demais crimes hediondos, o rigor do cumprimento da pena aumentará, visto que, atualmente a sua progressão se dá após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena³⁹. A elevação será gradual, é claro, em razão do princípio da irretroatividade da lei penal, exceto se forem reincidentes, pois, nesse caso, o requisito temporal de 3/5 (três quintos) da pena, previsto na legislação vigente, foi mantido no anteprojeto⁴⁰.

A estimativa precisa do aumento ou da diminuição do rigor dos dispositivos referentes à progressão de regime não é possível, pois, como dito, o INFOPEN não

36 GONÇALVES, *et alli.* p. 234..

37 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

38 *Ibidem.* p. 3-4.

39 BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

traz informações sobre a reincidência ou primariedade dos presos, e, por consequência, não permite a obtenção de cifras específicas para cada espécie de delito.

Em todo o caso, pode-se deduzir que o aumento do rigor atingirá um número ainda maior do que os 43% da população carcerária representados pelos autores de crimes violentos não hediondos e de hediondos, exceto o tráfico, já que a inclusão dos dados referentes à reincidência só elevaria o contingente de presos sujeitos a um regime mais rigoroso do que o atual.

2.7 Restabelecimento da obrigatoriedade do exame criminológico para progressão

O anteprojeto, em seu art. 47, § 1º, pretende reintroduzir na legislação o exame criminológico como requisito para a progressão de regime, que havia sido revogado por meio da Lei 10.792/2003. Embora a jurisprudência tenha continuado a entender cabível o exame, quando julgado necessário, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ter editado a Súmula Vinculante nº 26, para tratar do tema⁴¹, ficou estabelecido, desde a alteração legislativa, que a perícia psicológica seria de caráter facultativo e não obrigatório.

A proposta da Comissão dos Juristas quer restabelecer a obrigatoriedade do exame, que é objeto de muita contestação pelos profissionais responsáveis por sua feitura, tanto quanto à sua eficácia para os fins pretendidos por lei, quanto à eticidade de sua realização por um psicólogo. Além disso, o anteprojeto sugere a atribuição da responsabilidade pelo exame ao Conselho Penitenciário, ao invés de deixá-lo a cargo da equipe técnica de cada estabelecimento penal.

Se a proposta tem a vantagem de concentrar a atividade de toda a Unidade da Federação num só órgão e, portanto, padronizar os seus critérios e resultados, a desvantagem é provável sobrecarga de um órgão da execução penal cujo papel, historicamente, vem sendo reduzido nas últimas décadas, sobretudo com a retirada,

40 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alii*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 234. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> Acesso em: 05 jul. 2012.

pela mesma Lei 10.792/2003, de sua competência para dar parecer sobre o livramento condicional.

Prevedo o risco da sobrecarga, a Comissão de Juristas estabeleceu, no art. 47, § 2º, que o excesso de prazo para a realização do exame implica a sua dispensa e a avaliação do pedido com base apenas nas circunstâncias objetivas⁴².

Embora não seja objeto do presente trabalho a discussão dogmática ou político-jurídica da conveniência de cada uma das propostas, mas apenas a avaliação do impacto do anteprojeto sobre a lotação do sistema carcerário, é preciso registrar que o exame criminológico, como instituto, é criticado severamente pela doutrina mais garantista por representar um resquício da criminologia etiológica que pretende um juízo científico sobre o ser do criminoso cuja correção metodológica já foi, há muito, refutada e que representa um inaceitável traço autoritário para uma sociedade que se pretende democrática⁴³.

2.8 Progressão por salto em caso de inexistência de vaga no regime semiaberto

Apesar de, em geral, o rigor para a progressão de regime ter sido aumentado no anteprojeto, há uma disposição que representará, na prática, a diminuição do controle penal: segundo o art. 47, § 4º⁴⁴, caso não haja, por razão atribuída ao Poder Público, vaga no regime semiaberto, a progressão se dará diretamente para o aberto. Segundo o INFOPEN, havia, em dezembro de 2011, 48.501 (quarenta e oito mil, quinhentas e uma) vagas no regime para 71.403 (setenta e um mil, quatrocentos e três) custodiados, representando um excesso de 22.902 (vinte e duas mil, novecentos e duas) pessoas⁴⁵, que, com a entrada do Código em vigor, em razão da retroatividade benéfica, teriam de ser postas imediatamente em liberdade.

Esse dispositivo, aliás, exigiria uma disposição transitória, para determinar quem deveria ter prioridade na progressão por salto, no caso da retroatividade

42 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 235. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

43 Ver, por todos, XIMENES, Rafson Saraiva. **Exame criminológico, Execução Penal e a legislação**. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do. **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 31-56.

44 GONÇALVES *et alli*. Op. Cit. p. 235.

45 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 1.

benéfica, até a extinção do excesso de contingente em cada estabelecimento. Creio que, além da prioridade legal dos idosos e portadores de deficiência, devem ter prioridade aqueles que estiverem mais perto de atingir o requisito temporal para a progressão para o regime aberto.

Tal proposta será um instrumento eficaz de controle da superlotação nos estabelecimentos de regime semiaberto, sobretudo no curto prazo. No entanto, com o aumento do rigor da progressão, o influxo a partir do regime fechado será gradualmente menor, concentrando exatamente no regime mais gravoso o déficit de vagas, para o qual não foi oferecida uma solução normativa pelo anteprojeto.

2.9 Extinção do livramento condicional e do *sursis*

Talvez a proposta mais controversa do anteprojeto seja a extinção do livramento condicional e do *sursis*. Na exposição de motivos, a Comissão de Juristas disse crer que os institutos estão defasados e que o abrandamento do regime aberto compensará o fim do livramento, já que, em muitas comarcas, eles já estariam sobrepostos⁴⁶. Além disso, os proponentes entendem que o livramento traz um prejuízo para os presos, consistente na perda do período de prova em caso de cometimento de delito durante o curso do livramento⁴⁷.

Embora, de fato, a perda do período de prova seja um sério prejuízo, que será evitado com a aprovação do anteprojeto, não é possível dizer que o regime aberto será idêntico ao atual livramento, por três motivos: na legislação em vigor, o liberado condicional não está sujeito nem ao recolhimento domiciliar, nem ao monitoramento eletrônico, nem ao cumprimento de penas restritivas de direitos.

Além disso, a extinção do livramento representará um aumento da permanência no cárcere para todos os sentenciados que iniciarem o cumprimento da pena em regime fechado, em razão da soma dos prazos necessária ao recebimento de duas progressões de regime, quando comparados aos atuais requisitos temporais do livramento.

Os presos em regime fechado (203.446 – duzentos e três mil, quatrocentos e quarenta e seis) representavam, no fim de 2011, quase o triplo do contingente dos

46 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 239. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

47 *Ibidem*. p. 233.

apenados em regime semiaberto (71.403 – setenta e um mil, quatrocentos e três) ou, excluindo os presos provisórios (173.818 – cento e setenta e três mil, oitocentos e dezoito), 59,77% da população carcerária⁴⁸.

No caso do *sursis*, embora ele tenha sido parcialmente superado pelo aumento do alcance das penas restritivas de direitos, na reforma do Código Penal pela Lei nº 9.714/98⁴⁹, o instituto continuou tendo importante aplicação residual, nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça que poderiam ter penas iguais ou inferiores a dois anos, cuja pena privativa de liberdade não é conversível, e continuará não o sendo com a aprovação do anteprojeto, como a lesão corporal em diversas modalidades (decorrente de violência doméstica, grave e gravíssima) e os crimes patrimoniais violentos na forma tentada (como o roubo e a extorsão simples), em que o caso concreto pode indicar a evidente desproporcionalidade e desnecessidade da prisão, diante do qual o *sursis* é o único instrumento jurídico positivo disponível para evitar o encarceramento.

Por isso, ambos os institutos ainda têm importante aplicação prática e a sua extinção não será compensada pelo abrandamento do regime aberto nem pela tímida extensão das possibilidades de aplicação da pena restritiva de direitos formuladas pelo anteprojeto, levando a um considerável aumento do controle penal.

2.10 Modificações no rol de crimes hediondos

O claro esforço de recodificação empreendido pela Comissão de Juristas (que pode ser inútil se não for aprovada, em paralelo, uma reforma constitucional que imponha a reserva de lei complementar para a legislação penal) pode ser percebido na inclusão da relação de crimes hediondos no próprio Código Penal, no art. 56 do anteprojeto⁵⁰.

As principais alterações, em comparação com a lei vigente, são a exclusão do tráfico privilegiado e a inclusão de figuras como o tráfico de pessoas, o racismo e a redução à condição análoga à de escravo. Os crimes incluídos no rol têm, atualmente, pouquíssima representação na população carcerária, tanto que os dados do INFOPEN só registram um deles, no caso, o tráfico de pessoas que,

48 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 1.

49 Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

somando as modalidades internacional e interna, contabiliza apenas 101 (cento e um) presos, ou 0,02% do contingente.

Por outro lado, a figura excluída, o tráfico privilegiado, tem presença mais expressiva. Embora o INFOPEN só registre o número total de encarcerados por tráfico de drogas, em todas as suas modalidades, que é de 125.744 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro) pessoas, ou 24.43% do total, foram desenvolvidas, no país, importantes pesquisas empíricas sobre o perfil do condenado por tráfico, que permitem uma mensuração mais adequada.

Merece destaque o trabalho “Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais”, de Luciana Boiteux, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Beatriz Vargas, Vanessa Oliveira Baptista e Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, segundo os quais 66,99% dos réus condenados por tráfico de drogas, nos casos que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), eram primários com bons antecedentes e, portanto, preenchiam parte do requisito da causa de redução de pena⁵¹, mas ela foi aplicada apenas a 6,59% dos sentenciados⁵². Tal estudo revela uma certa resistência dos magistrados à aplicação da minorante, que contribui para o aumento da população carcerária e, por consequência, diminui o impacto positivo da proposta do anteprojeto que, se aprovada, pode levar a uma resistência ainda maior.

Quanto aos casos decididos pelos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, houve redução de pena em 49,52% dos processos estudados, e isso se deveu, em sua quase totalidade, à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o chamado tráfico privilegiado⁵³. Embora esse dado seja bastante diferente do encontrado nos acórdãos do STJ, uma constatação se repetiu: há uma certa resistência dos juízes ao reconhecimento da minorante, e isso ficou comprovado pelo fato de a sua aplicação ter sido negada sem qualquer

50 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 30. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

51 BOITEUX, Luciana *et alli*. **Tráfico de drogas e constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro; Brasília: Universidade de Brasília, 2009. p. 111. Disponível em: <http://www.vepema.com.br/vepema/cariboost_files/RELAT_C3_93RIO_20DE_20PESQUISA_20TR_C3_81FICO_20DE_20DROGAS_20E_20CONSTITUI_C3_87_C3_83O.pdf> Acesso em: 05 jul 2012.

52 *Ibidem*. p. 127.

53 *Ibidem*.

fundamentação em 39,7% dos casos ocorridos no Distrito Federal e 36,2% dos registrados no Rio de Janeiro⁵⁴.

Embora esse tipo de recurso diminua a precisão metodológica, adotar-se-á o percentual de reconhecimento do tráfico privilegiado encontrado por BOITEUX *et alli* para estimar a sua frequência na população carcerária contabilizada pelo INFOPEN. Considerando que 49,52% dos condenados por tráfico, na amostra coletada no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, tiveram a redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e pressupondo que o perfil do resto do país é idêntico, ter-se-ia, dos 125.744 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro) presos por tráfico, 62.268 (sessenta e dois mil, duzentas e sessenta e oito) pessoas enquadradas na figura do tráfico privilegiado, que deixará de ser hediondo em caso de aprovação do anteprojeto, representando 12,10% da população carcerária total, percentual que será usado daqui por diante para a estimar os impactos do anteprojeto.

2.11 Quadro comparativo dos efeitos da parte geral da legislação em vigor e do anteprojeto

Abaixo, apresenta-se um quadro comparativo das principais alterações propostas pela Comissão de Juristas à Parte Geral do Código Penal, com os dispositivos equivalentes na legislação vigente, no que diz respeito ao seu impacto sobre o sistema carcerário:

Quadro 1 – Comparação das disposições da parte geral na legislação em vigor e no anteprojeto

Hipótese / percentual da pena	Incidência na população carcerária	Legislação em vigor			Anteprojeto		
		1ª Progressão	2ª Progressão	Livramento	1ª Progressão	2ª Progressão	Livramento
Primário em crime não violento e não hediondo	0 a 23,97%	16,66%	30,54%	33,33%	16,66%	30,54%	Sem previsão
Tráfico privilegiado	12,10% (ver item 2.8)	40%	64%	66,66%	16,66%	30,54%	Sem previsão
Reincidente em crime não	*	16,66%	30,54%	50%	33,33%	55,55%	Sem previsão

54 *Ibidem.* p. 175.

violento e não hediondo							
Primário em crime violento não hediondo	0 a 31,83%	16,66%	30,54%	<u>33,33%</u>	33,33%	55,55%	Sem previsão
Primário em crime não violento de grave lesão à sociedade	0 a 0,25%	16,66%	30,54%	<u>33,33%</u>	33,33%	55,55%	Sem previsão
Reincidente em crime violento não hediondo ou de grave lesão à sociedade	*	16,66%	30,54%	<u>50%</u>	50%	75%	Sem previsão
Primário e autor de crime hediondo	0 a 25,66% (ver item 2.8)	40%	64%	66,66%	50%	75%	Sem previsão
Reincidente e autor de crime hediondo	*	60%	84%	66,66%	60%	84%	Sem previsão
Reincidente em crime hediondo	*	60%	84%	Sem previsão	60%	84%	Sem previsão

Em resumo, o rigor da legislação penal aumentará para toda a população carcerária com a extinção do livramento e diminuirá, embora não de forma equivalente, para todo o contingente, com a mudança da forma de execução do regime aberto.

Já quanto à permanência dos presos nos regimes fechado e semiaberto, o rigor só diminuirá para os condenados por tráfico privilegiado, que representam 12,10% da população. Ao contrário, para um contingente de 57,49% do total dos presos, composto pelos autores de crimes violentos e de crimes hediondos, o rigor aumentará, com permanências mais longas nos regimes mais gravosos, sobretudo no fechado. Por fim, a situação só permanecerá idêntica para um contingente não superior a 23,97% dos encarcerados, que são os primários autores de crimes não violentos e não hediondos.

Uma questão não resolvida pelo anteprojeto diz respeito à fração de pena necessária para a segunda progressão. O Superior Tribunal de Justiça entende que a fração legal incide sobre o restante da pena, contado da data da primeira progressão⁵⁵. O quadro acima foi feito baseado nesse entendimento, embora não se

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. *Habeas Corpus nº 133290/RS*. Diário da Julgamento em 01/09/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=133290&b=ACOR> Acesso em: 05 jul. 2012.

ignore a existência de entendimentos em contrário. O anteprojeto, ao repetir basicamente o teor da legislação em vigor, deixou em aberto a discussão.

3 A CONVERSÃO DA PENA DE MULTA EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A conversão de pena privativa de liberdade, em caso de inadimplemento sem justificativa, existia, no Brasil, até a reforma do Código Penal pela Lei 9.268/1996, que excluiu essa possibilidade, então prevista no art. 51⁵⁶. Por entender que a transformação da pena de multa em mera dívida de valor não funcionou adequadamente⁵⁷, a Comissão reinstituíu a conversibilidade da pena de multa em pena de prisão, embora de forma indireta. Segundo o anteprojeto, a multa inadimplida é primeiro convertida em prestação de serviços à comunidade, que, se também for descumprida, se converte em prisão⁵⁸.

Essa previsão pode ter impacto sobre o sistema carcerário especialmente nos crimes relacionados com as drogas, cujas penas de multa são cominadas num patamar elevado de dias-multa, frequentemente superior a 1.000 (mil) em seu grau máximo, tanto na legislação em vigor como no anteprojeto⁵⁹.

4 PARTE ESPECIAL: PENAS DOS CRIMES DE MAIOR INCIDÊNCIA NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Enfrentadas as principais questões da parte geral, cabe observar as penas cominadas no anteprojeto para os delitos de maior incidência na composição atual da população carcerária. Adotou-se, como ponto de corte, o valor de 2% (dois por cento) da população carcerária, que, segundo os dados do INFOPEN, era de 10.291 (dez mil, duzentos e noventa e um) presos em dezembro de 2011.

4.1 Homicídio nas formas simples e qualificada

Segundo o INFOPEN, havia 32.101 (trinta e dois mil, cento e um) presos por homicídio qualificado, e 26.968 (vinte e seis mil, novecentos e sessenta e oito) por

56 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

57 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 249. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

58 *Ibidem*, p. 249.

59 *Ibidem*. p. 98-102.

homicídio simples em dezembro de 2011, perfazendo um total de 59.069 (cinquenta e nove mil e sessenta e nove) encarcerados⁶⁰, ou 11,47% da população carcerária.

Para esse contingente, não haverá alteração significativa, eis que as penas de ambas as formas delitivas foram mantidas no anteprojeto, respectivamente, em 6 (seis) a 20 (vinte) e 12 (doze) a 30 (trinta) anos de prisão⁶¹, que optou, inclusive, pela manutenção da descrição no art. 121, para manter a tradição da numeração amplamente conhecida pela sociedade⁶². Houve, é verdade, uma pequena alteração na configuração das qualificadoras, mas que terá pouco efeito prático sobre a população carcerária.

4.2 Furto nas formas simples e qualificada

Segundo o INFOPEN, havia 34.932 (trinta e quatro mil, novecentos e trinta e dois) presos por furto qualificado e 34.292 (trinta e quatro mil, duzentos e noventa e dois) presos por furto simples em dezembro de 2011, perfazendo um total de 69.224 (sessenta e nove mil, duzentos e vinte e quatro) encarcerados⁶³, ou 13,45% da população carcerária.

Para esse contingente, a alteração é maior que a do homicídio, visto que:

a pena do furto simples foi reduzida, de 1 (um) a 4 (quatro) anos para 6 (seis) meses a 3 (três) anos de reclusão; ou seja, em 50% na pena mínima e 25% na pena máxima;

foram aumentadas as hipóteses de furto majorado, com pena de 9 (nove) meses a 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de prisão, para equiparar ao furto noturno os casos atualmente previstos como furto qualificado, cuja pena atual é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, com redução, na prática, de 25% na pena mínima e 43% na pena máxima;

foi mantida em 2 (dois) a 8 (oito) anos de prisão a pena do furto qualificado, embora tenham sido modificadas totalmente as suas hipóteses legais, abrangendo fatos, por um lado, hoje enquadrados como furto simples (tais como tirar proveito de desastre para o furto e a subtração de bem público), representando uma elevação

60 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

61 GONÇALVES *et alli*. op. cit. p. 55.

62 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos et alli. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 7. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

63 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

da pena, e, por outro lado, o furto de veículo para destinação interestadual ou internacional, cuja pena atual é de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, significando, nesse caso, uma redução de 33% da pena mínima⁶⁴;

foi criada a figura do furto com explosivo, para atender ao clamor popular diante dos reiterados ataques a caixas eletrônicos com esse *modus operandi*, com pena de prisão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos⁶⁵, situação que atualmente não têm previsão específica e, por isso, é enquadrada no furto qualificado em concurso com o delito de explosão, cujas penas somadas ficam em 5 (cinco) a 10 (dez) anos de reclusão⁶⁶.

Pelos dados do INFOPEN, haverá um considerável efeito imediato de descarcerização, com a retroatividade benéfica da redução das penas do furto simples e das hipóteses de furto qualificado reconfiguradas como furto majorado. Por outro lado, não há dados disponíveis para uma previsão confiável do efeito que as alterações mais gravosas do furto com explosivo e dos casos de furto simples reconfigurados como furto qualificado.

4.3 Roubo nas formas simples e majorada

Segundo o INFOPEN, havia 84.527 (oitenta e quatro mil, quinhentos e vinte e sete) presos por roubo majorado e 48.572 (quarenta e oito mil, quinhentos e setenta e dois) por roubo simples, perfazendo 133.099 (cento e trinta e três mil e noventa e nove) encarcerados⁶⁷, ou 25,86% da população carcerária.

Para esse contingente, haverá, em todos os casos, diminuição do rigor, eis que as penas tanto das formas simples como das majoradas (agora renomeadas como roubo qualificado, como já eram impropriamente conhecidas na prática) foram reduzidas de forma considerável.

Para o roubo simples, haverá redução de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão para 3 (três) a 6 (seis) anos de prisão, ou 25% de redução da pena mínima e 40% de redução da pena máxima. Para o majorado, agora renomeado como qualificado, haverá redução de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses a 15 (quinze) anos

64 GONÇALVES *et alli*. op. cit. p. 72.

65 *Ibidem*. p. 73.

66 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

67 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

de reclusão para 4 (quatro) a 8 (oito) anos de prisão, ou 25% de redução da pena mínima e 46% de redução da pena máxima.

Além disso, foi criada a figura do roubo privilegiado, com redução de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) da pena “no crime praticado sem violência real quando a coisa subtraída for de pequeno valor e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima, nem causar-lhe dano psicológico relevante”⁶⁸

4.4 Roubo com lesões graves e latrocínio

Segundo o INFOPEN, havia 14.266 (catorze mil, duzentos e sessenta e seis) presos por latrocínio em dezembro de 2011⁶⁹, perfazendo 2,77% da população carcerária, para os quais não haverá alteração, eis que as penas do anteprojeto foram mantidas no mesmo patamar da legislação em vigor, a saber, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de prisão.

4.5 Receptação simples

Segundo o INFOPEN, havia 11.316 (onze mil, trezentos e dezesseis) presos por receptação simples em dezembro de 2011, ou 2,19% da população carcerária⁷⁰. A pena mínima do delito foi mantida em 1 (um) ano, mas a máxima foi aumentada de 4 (quatro) para 5 (cinco) anos de prisão⁷¹, representando uma elevação de 25%, que, em razão do princípio da irretroatividade, não terá nenhum efeito imediato, mas apenas sobre as condutas praticadas após o início da vigência do novo código.

4.6 Estupro

De acordo com o INFOPEN, havia 19.363 (dezenove mil, trezentos e sessenta e três) presos pelos delitos de estupro e atentado violento ao pudor⁷², este último revogado desde 2009, e integrado à primeira figura delitiva, ou 3,76% da população carcerária. O sistema de informações ainda não começou a computar os

68 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 73-74. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

69 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

70 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

71 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 77. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

72 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

encarcerados pelo crime de estupro de vulnerável inserido no ordenamento jurídico pela Lei 12.015.

O tipo de estupro foi reconfigurado para abranger apenas a prática de atos sexuais vaginais, orais e anais⁷³, separando outras formas de violência sexual em dois novos tipos, o de introdução de objetos, com pena idêntica à do estupro, e o de molestamento sexual, com pena significativamente menor, a saber, de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, medida que já era reclamada há muito pela doutrina, dada a desproporção entre essas condutas e as de contato sexual forçado menos intensas, como o beijo lascivo, ou, segundo a comissão, o “afago sexual nas partes íntimas da vítima”⁷⁴. Não há como afirmar com segurança que percentual da atual população carcerária será beneficiado com essa redução de pena, e com a descaracterização de sua hediondez.

4.7 Tráfico ilícito de entorpecentes

De acordo com o INFOPEN, havia 125.744 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro) presos por tráfico ilícito de entorpecentes⁷⁵, ou 24,43% da população carcerária. As penas da legislação em vigor foram mantidas tanto para figura básica como para as hipótese de tráfico privilegiado e de tráfico majorado, como o internacional, por exemplo. No entanto, como dito anteriormente, houve uma importante mudança no regime de execução das penas, com a retirada do caráter hediondo do tráfico privilegiado.

4.8 Porte ilegal de arma de uso permitido

Segundo o INFOPEN, havia 17.960 (dezessete mil, novecentos e sessenta) presos por porte ilegal de arma de fogo ou munição de uso permitido⁷⁶, representando 3,49% da população carcerária. Para esse contingente, o rigor da legislação diminuiu, eis que as penas foram reduzidas de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de reclusão para 1 (um) a 3 (três) anos de prisão, ou seja, diminuindo 50% da pena

73 GONÇALVES *et alli.* op cit. p. 321-322.

74 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli.* **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal.** p. 322. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012..

75 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 4.

76 *Ibidem.* p. 4.

mínima e 25% da pena máxima, equiparando-as à posse ilegal de arma de uso permitido.

4.9 Quadro comparativo entre as penas dos delitos de maior incidência na população carcerária

Abaixo, apresenta-se um quadro comparativo das modificações dos patamares das penas mínimas e máximas das onze figuras delitivas de maior incidência na população carcerária que, somadas, respondem por 87,40% do total dos presos.

Para 42,78% do atual contingente, haverá diminuição do rigor das penas, com efeito imediato, em razão do princípio da retroatividade da lei mais benéfica; para 42,43%, o rigor permanecerá o mesmo; para 2,19%, o rigor das penas aumentará, com efeito apenas para os fatos ocorridos após a vigência do novo código.

Quadro 2 – Alteração das penas dos crimes de maior incidência na população carcerária.

Delito	Incidência na população carcerária	Aumento da pena (em %)		Diminuição da pena (em %)	
		Pena Mínima	Pena Máxima	Pena Mínima	Pena Máxima
Homicídio Simples	5,24%	---	---	---	---
Homicídio Qualificado	6,23%	---	---	---	---
Furto Simples	6,66%	---	---	50%	25%
Furto Qualificado	6,78%	---	---	62,5%	43%
Roubo Simples	9,43%	---	---	25%	40%
Roubo Majorado	16,42%	---	---	25%	46%
Latrocínio	2,77%	---	---	---	---
Receptação Simples	2,19%	---	25%	---	---
Estupro + Atentado Violento ao Pudor	3,76%	---	---	---	---
Tráfico Ilícito de Entorpecentes	24,43%	---	---	---	---
Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido	3,49%	---	---	50%	25%

5 PROJEÇÃO DO IMPACTO DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 2012 SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO

A análise, em separado, das propostas da Comissão de Juristas, referentes à parte geral e à parte especial do Código Penal, indica que, como tendência principal,

o anteprojeto pretende reduzir a duração das penas privativas de liberdade, mas, em compensação, aumentar o rigor de sua execução.

Como se trata de proposições em sentidos opostos, pode-se constatar que, no curto prazo, haverá um considerável efeito descarcerizador, com a aplicação apenas da parte benéfica aos apenados do anteprojeto, permitida expressamente pelo art. 2º, § 2º, que positivou a chamada “combinação de leis penais”⁷⁷, que gera polêmica na doutrina e na jurisprudência.

No entanto, ainda não foi possível definir com clareza qual será o efeito real do novo Código quando a maior parte da população encarcerada tiver praticado os delitos após a sua vigência. É por isso que o quadro a seguir tentará traçar, para os delitos de maior incidência na população carcerária, o tempo de permanência em cada regime, em diversas situações hipotéticas:

Quadro 3 – Projeção do impacto do anteprojeto do Código Penal no sistema penitenciário.

Delito	% da população carcerária	Hipótese	Legislação em vigor			Anteprojeto		
			1ª Progressão	2ª Progressão	Livramento	1ª Progressão	2ª Progressão	Livramento
Homicídio Simples	5,24%	Primário – pena mínima	1A	1 A 10M	<u>2A</u>	<u>2A</u>	3A 4M	Não terá
		Primário – pena máxima	3A 4M	6A 1M 10 D	<u>6A 8M</u>	<u>6A 8M</u>	11A 1M 10 D	Não terá
		Reincidente – pena mínima	1A	1 A 10M	<u>3A</u>	<u>3A</u>	4A 6M	Não terá
		Reincidente – pena máxima	3A 4M	6A 1M 10 D	<u>10A</u>	<u>10A</u>	15A	Não terá
Homicídio Qualificado	6,23%	Primário – pena mínima	4A 9M 20D	7A 8M 4D	8A	6A	9A	Não terá
		Primário – pena máxima	12A	19A 2M 12D	20A	15A	22A 6M	Não terá
		Reincidente – pena mínima	7A 2M 12D	10A 0M 28D	*	7A 2M 12D	10A 0M 28D	Não terá
		Reincidente – pena máxima	18A	25A 2M 12D	*	18A	25A 2M 12D	Não terá
Furto	6,66%	Primário	0A 2M	0A 3M 20D	0A 4M	0A 1M	0A 1M	Não terá

77 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alii*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 208. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

Simples		– pena mínima					25D	
		Primário – pena máxima	0A 8M	1A 2M 20D	1A 4M	0A 6M	0A 11M	Não terá
		Reincidente – pena mínima	0A 2M	0A 3M 20D	0A 6M	0A 2M	0A 3M 10D	Não terá
		Reincidente – pena máxima	0A 8M	1A 2M 20D	2A	1A	1A 8M	Não terá
Furto Qualificado	6,78%	Primário – pena mínima	0A 4M	0A 7M 10D	8M	0A 1M 15D	0A 2M 22D	Não terá
		Primário – pena máxima	1A 4M	2A 5M 10D	2A 8M	0A 9M	1A 4M 15D	Não terá
		Reincidente – pena mínima	0A 4M	0A 7M 10D	1A	0A 3M	0A 5M	Não terá
		Reincidente – pena máxima	1A 4M	2A 5M 10D	4A	1A 6M	2A 6M	Não terá
Roubo Simples	9,43%	Primário – pena mínima	0A 8M	1A 2M 20D	1A 4M	1A	1A 8M	Não terá
		Primário – pena máxima	1A 8M	3A 0M 20D	<u>3A 4M</u>	2A	<u>3A 4M</u>	Não terá
		Reincidente – pena mínima	0A 8M	1A 2M 20D	2A	1A 5M	2A 3M	Não terá
		Reincidente – pena máxima	1A 8M	3A 0M 20D	5A	3A	4A 6M	Não terá
Roubo Majorado /Qualificado	16,42%	Primário – pena mínima	10M 20D	1A 4M 15D	1A 9M 10D	1A 4M	2A 2M 20D	Não terá
		Primário – pena máxima	2A 6M	4A 7M	5A	2A 8M	4A 5M 10D	Não terá
		Reincidente – pena mínima	10M 20D	1A 4M 15D	2A 8M	2A	3A	Não terá
		Reincidente – pena máxima	2A 6M	4A 7M	7A 6M	4A	6A	Não terá
Latrocínio	2,77%	Primário – pena mínima	8A	12A 9M 18D	13A 4M	10A	15A	Não terá
		Primário – pena máxima	12A	19A 2M 12D	20A	15A	22A 6M	Não terá
		Reincidente – pena mínima	12A	16A 9M 18D	*	12A	16A 9M 18D	Não terá
		Reincidente	18A	25A 2M	*	18A	25A 2M	Não terá

		te – pena máxima		12D			12D	
Receptação Simples	2,19%	Primário – pena mínima	0A 2M	0A 3M 20D	0A 4M	0A 2M	0A 3M 20D	Não terá
		Primário – pena máxima	0A 8M	1A 2M 20D	1A 4M	0A 10M	1A 6M 10D	Não terá
		Reincidente – pena mínima	0A 2M	0A 3M 20D	0A 6M	0A 4M	0A 6M 20D	Não terá
		Reincidente – pena máxima	0A 8M	1A 2M 20D	2A	1A 8M	2A 9M 10D	Não terá
Estupro + Atentado Violento ao Pudor	3,76%	Primário – pena mínima	2A 4M 2D	3A 10M 2D	4A	3A	4A 6M	Não terá
		Primário – pena máxima	4A	6A 4M 24D	6A 8M	5A	7A 6M	Não terá
		Reincidente – pena mínima	3A 7M 6D	5A 0M 14D	*	3A 7M 6D	5A 0M 14D	Não terá
		Reincidente – pena máxima	6A	8A 4M 24D	*	6A	8A 4M 24D	Não terá
Tráfico de Drogas	12,10% (ver item 2.8)	Privilegiado – pena mínima	0A 8M	1A 0M 24D	1A 1M 10D	<i>0A 3M 10D</i>	<i>0A 6M 3D</i>	Não terá
		Privilegiado – pena máxima	4A	6A 4M 24D	6A 8M	1A 8M	3A 0M 20D	Não terá
	12,33% (ver item 2.8)	Primário – pena mínima	2A	3A 2M 12D	3A 4M	2A 6M	3A 9M	Não terá
		Primário – pena máxima	6A	9A 7M 6D	10A	7A 6M	11A 3M	Não terá
		Reincidente – pena mínima	3A	4A 2M 12D	*	3A	4A 2M 12D	Não terá
		Reincidente – pena máxima	9A	12A 7M 6D	*	9A	12A 7M 6D	Não terá
Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido	3,49%	Primário – pena mínima	0A 4M	0A 7M 10D	0A 8M	<i>0A 2M</i>	<i>0A 3M 20D</i>	Não terá
		Primário – pena máxima	0A 8M	1A 2M 20D	1A 4M	<i>0A 6M</i>	<i>0A 11M</i>	Não terá
		Reincidente – pena mínima	0A 6M	0A 7M 10D	1A	<i>0A 4M</i>	<i>0A 6M 20D</i>	Não terá
		Reincidente – pena máxima	0A 8M	1A 2M 20D	2A	1A	1A 8M	Não terá

A combinação de todas as hipóteses acima traz algumas revelações surpreendentes: nos crimes em que a pena foi reduzida, o aumento do rigor na execução prolongará, na prática, a permanência dos apenados nos regimes mais severos, retomando a tendência para a superlotação carcerária, após a absorção do efeito descarcerizador de curto prazo.

Mesmo nas modalidades simples e qualificada (agora majorada) do furto, e no porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, em que haverá redução da pena e só haverá aumento de rigor na execução para os reincidentes, com pena aplicada além do mínimo, o impacto alcançará a maior parte da população encarcerada por esses delitos, já que, para os primários, a substituição da prisão por penas restritivas de direitos é a tendência largamente predominante em caso de condenação.

Embora não haja informações disponíveis a esse respeito nos dados públicos do INFOPEN, é bastante plausível a presunção de que a maior parte dos encarcerados por furto e porte ilegal de arma é de reincidentes, que, portanto, terão sua permanência prolongada nos regimes mais severos de privação de liberdade.

A única hipótese em que realmente haverá, de forma indiscutível, redução da permanência no cárcere, é a dos condenados por tráfico privilegiado, em razão da proposta de sua retirada do rol de crimes hediondos. Em todos os demais casos, a carcerização não diminuirá.

O crime de roubo é um exemplo paradigmático: apesar da redução das penas mínima e máxima, nas formas simples e qualificada, de, respectivamente, 25% (vinte e cinco) e até 46% (quarenta e seis por cento), o aumento do rigor na execução representará, na prática, um prolongamento da permanência no regime inicial de, no mínimo, dois meses e, no máximo, um ano e quatro meses, a depender do caso. Para os que iniciarem a pena em regime fechado, o aumento do tempo até a progressão para o aberto oscilará entre um ano e um ano e seis meses.

Para o homicídio simples e para os crimes hediondos, em que não houve mudança na pena, o aumento do rigor na execução tornará mais longa a permanência nos regimes mais severos de privação de liberdade, exceto, no segundo caso, para os reincidentes, para os quais os prazos de progressão serão mantidos.

6 CONCLUSÕES

Os estudos realizados permitem as seguintes conclusões:

O anteprojeto de Código Penal entregue ao Senado Federal apresenta, como tendência principal, a redução da duração das penas de prisão dos crimes de maior incidência na população carcerária, de um lado; e o aumento no rigor da sua execução, de outro.

As principais mudanças na Parte Geral, em termos de impacto no sistema penal, são: a extinção do livramento condicional e do *sursis*; a transformação do regime aberto em recolhimento domiciliar; a elevação dos prazos para a progressão de regime em várias hipóteses; e a retirada do caráter hediondo do tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

As principais mudanças na Parte Especial são: a redução das penas do crime de furto, nas modalidades simples e majorada, que passou a abarcar boa parte das atuais hipóteses de furto qualificado; a redução das penas do crime de roubo, nas modalidades simples e majorada, agora denominada qualificada; a elevação da pena máxima do crime de receptação simples; a redução das penas do crime de porte ilegal de arma de uso permitido.

Como qualquer lei que, simultaneamente, traz algumas disposições mais rigorosas e outras disposições mais brandas, só retroage em sua parcela mais benéfica ao réu, o efeito de curto prazo da aprovação do anteprojeto de Código Penal será descarcerizador, reduzindo o tempo de prisão, nos regimes mais severos, de um contingente de 54,88% dos presos.

No entanto, passado o efeito descarcerizador resultante da retroatividade benéfica, o rigor da lei aumentará para um contingente entre 45,38% e 87,40% dos encarcerados. Essa margem tão ampla na estimativa decorre da insuficiência dos dados públicos do INFOPEN, mas é praticamente certo que o percentual real estará bem mais próximo do patamar máximo, em razão dos diversos motivos expostos ao longo deste trabalho, como, por exemplo, o fato de que o aumento de rigor na execução das penas dos presos por crimes não hediondos e não violentos (furto e receptação, entre outros) se dará para os reincidentes, justamente os principais afetados pela mudança, já que os primários condenados por tais delitos muito provavelmente terão a prisão substituída por penas restritivas de direitos.

O principal fundamento para a extinção de institutos como o Livramento Condicional e o *sursis* está na sua alegada defasagem histórica, e na sua sobreposição por outros institutos, como, respectivamente, o regime aberto e as penas restritivas de direitos. No entanto, ficou demonstrado ao longo do trabalho que ambos os institutos ainda têm importante aplicação prática e a sua extinção não será inteiramente compensada pelo abrandamento do regime aberto nem pela tímida extensão das possibilidades de aplicação da pena restritiva de direitos formuladas pelo anteprojeto.

Portanto, a aprovação do anteprojeto de Código Penal produzirá, no médio e no longo prazo, um considerável aumento do controle penal para a maior parte da população carcerária, caso o seu perfil permaneça semelhante ao atualmente registrado pelo Sistema Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN).

7 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Senado recebe anteprojeto do novo Código Penal elaborado por juristas. 27/06/2012. 15h49. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/senado-recebe-anteprojeto-do-novo-codigo-penal-elaborado-por-juristas>> Acesso em: 29 jun 2012.

ARAUJO, Alan Roque Souza de. O que há por trás das lentes de vigilância indireta: um estudo crítico sobre o monitoramento eletrônico instituído pela Lei 12.258/2010. In: PRADO, Daniel Nicory do; XIMENES, Rafson Saraiva. Redesenhando a Execução Penal 2: por um discurso emancipatório democrático. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

BAHIA. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização. População carcerária. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/index.php/populacao-carceraria>> Acesso em: 05 jul. 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOITEUX, Luciana et alli. Tráfico de drogas e Constituição: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro; Brasília: Universidade de Brasília, 2009. p. 111. Disponível em: <http://www.vepema.com.br/vepema/cariboost_files/RELAT_C3_93RIO_20DE_20PESQUISA_20TR_C3_81FICO_20DE_20DROGAS_20E_20CONSTITUI_C3_87_C3_830.pdf> Acesso em: 05 jul 2012.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN – Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em: 29 jun. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. INFOPEN – Todas UF's – Referência 12/2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={916E202D-BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>> Acesso em: 29 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Habeas Corpus nº 133290/RS. Diário da Julgamento em 01/09/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=133290&b=ACOR> Acesso em: 05 jul. 2012.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos et alli. Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

PRADO, Daniel Nicory do. Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.) Crítica à Execução Penal. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Direitos, deveres e disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). Crítica à Execução Penal. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUTHERLAND, Edwin. H. Princípios de Criminologia. Tradução de Asdrubal Mendes Gonçalves. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5. ed. 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

XIMENES, Rafson Saraiva. Exame criminológico, Execução Penal e a legislação. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do. Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL