

Frederico Afonso Izidoro



Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública. Mestre em Direitos Difusos. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado. Pós-graduando em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado. Pós-graduado em Direitos Humanos. Pós-graduado em Gestão de Políticas Preventivas da Violência, Direitos Humanos e Segurança Pública. Pós-graduado em Direito Processual. Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública. Tenente Coronel da Polícia Militar do Estado de São Paulo (foi Chefe da Divisão de Direitos Humanos). Professor de Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Administrativo. Autor, palestrante e articulista.

CUMPRIMENTO DE PENA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL DEGRADANTE: DA REMIÇÃO À REMISSÃO

Frederico Afonso Izidoro

RESUMO: O objetivo deste artigo é trazer para discussão um assunto já muito debatido no meio acadêmico (prisões degradantes no País), porém, com uma inovação jurisprudencial por parte do Superior Tribunal de Justiça, ao cumprir “determinação” da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, por meio de Resolução, solicitou ao Estado brasileiro para que adotasse, de imediato, todas as medidas que fossem necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, bem como de qualquer pessoa que se encontre nesse estabelecimento, localizado no Complexo Penitenciário de Gericinó, na cidade do Rio de Janeiro. Da Resolução citada, extrai-se o apontamento de duas “soluções jurídicas” que se postulam para o caso em que o agravamento das condições de privação de liberdade seja tão extremo que constitua violação ao artigo 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o artigo protege a integridade pessoal, destacando que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes): a) que se proceda, conforme propõem alguns, à direta liberação dos presos, considerando que é intolerável que um Estado de Direito execute penas que são, no mínimo, degradantes; b) no sentido de contar em dobro o prazo cumprido de pena nesse tipo de estabelecimento, que foi a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso em concreto.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Estabelecimento prisional. Dignidade da pessoa humana. Cumprimento de pena com prazo ficto.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa abordar a decisão inédita do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de contagem ficta de pena (contou-se em dobro o período cumprido em situação degradante) sob o aspecto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Constitucional e das normas infralegais pertinentes.

No Brasil, a superlotação dos presídios e as condições prisionais são assuntos recorrentes e deixam questionamentos sobre o que é direito e obrigação do Estado e, também, dos detentos, conforme a lei.

Em 2017 o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o preso submetido à prisão em situação degradante teria o direito de ser indenizado pelo Estado. Dois anos antes o ministro Luís Roberto Barroso sinalizou que a medida poderia ser substituída por remissão da pena, sendo 01 dia de redução da pena a cada 03 a 07 dias de prisão em situação degradante.

No início de junho o Supremo Tribunal Federal realizou uma audiência pública inédita para discutir o atual cenário dos presídios no Brasil e propor novas medidas que possam melhorar o cenário. Um dos pontos levantados é a questão orçamentária, sendo que o ministro Gilmar Mendes mostrou dados do Tribunal de Contas da União (TCU) que revelam que o sistema carcerário gasta 15 bilhões de reais ao ano, porém, para cobrir o déficit já existente, deveriam ser investidos R\$ 49 bilhões ao longo de 18 anos.

Para tomar a decisão, pela primeira vez a turma criminal do Superior Tribunal de Justiça utilizou o “princípio da fraternidade” que consiste em responsabilizar cada indivíduo como integrante da sociedade como agente efetivo dos direitos fundamentais.

DA REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO EM NÚMEROS

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional¹, com dados de julho a dezembro de 2019 (não há dados mais atuais), temos: 748.009 presos, sendo 362.547 no sistema fechado; 133.408 no semiaberto; 25.137 no aberto; 222.558 provisórios; 250 em tratamento ambulatorial e 4.109 em medidas de segurança.

O mesmo site aponta um déficit de 312.925 vagas nos presídios, ou seja, de fácil conclusão que existe uma superlotação.

Ainda, utilizando da mesma fonte, numa análise dos últimos 20 anos, o ano de 2003 chama a atenção (negativamente ou positivamente, depende da “régua do leitor”) com 28,81% de crescimento da população prisional. Para uma comparação, em 2019 (último ano de análise, e antes da pandemia da COVID-19, portanto), houve um crescimento de 1,49%.

¹ <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRIQRhNnMjZ-ThlMSj9.> Acesso em 18.11.21.

O chamado “turnover”, muito utilizado pela área de Recursos Humanos, a qual, numa “tradução livre” pode ser aceita como “rotatividade”, ou seja, para o caso em comento, “o que entra e o que sai” em termos de presos, temos, da última mensuração (2019): tiveram 528.675 de entradas e 799.510 saídas (por alvarás de solturas, óbitos, saídas temporárias etc.), ou seja, em que pese o aumento crescente da população prisional, ao menos em 2019 “mais foram soltos do que presos”.

Novamente a “depender da régua de alguns”, o Brasil ocupa a 3ª posição de encarceramento mundial², “perdendo” (ou ganhando) apenas dos Estados Unidos e da China, se é que podemos achar justa tais comparações, seja pela atuação forte dos sindicatos no estímulo do aprisionamento nos Estados Unidos, seja pela desproporcionalidade demográfica em qualquer situação com a China, mas enfim...

Para os conformistas, não temos a pior situação. Em um ranking das piores prisões, o Brasil ocuparia a 12ª posição³. Apenas para ilustrar, tomando a mesma fonte agora citada, “Existem seis nações onde o número de prisioneiros é duas, três ou até quatro vezes maior que as vagas disponíveis. Esses países estão distribuídos geograficamente na região: dois são da América do Sul, dois são da América Central e dois são do Caribe. O que está em pior situação, de longe, é o Haiti, o país mais pobre do continente americano, que tem uma ocupação penitenciária de 454,4%. Em seguida vem a Guatemala, que tem três vezes mais presos do que a capacidade de seu sistema prisional, com 367,2% de ocupação. Depois aparece a Bolívia, com 269,9%. Essas três nações estão entre as dez piores superpopulações carcerárias do mundo. Granada (233,8%), Peru (223,6%) e Honduras (204,5%) completam a tabela de países latino-americanos e caribenhos com populações prisionais com mais que o dobro de detentos em relação ao número de vagas.”

Muito se justifica, pouco se convence dos motivos que fizeram chegar a tal situação e as dificuldades de eventual mudança em curto espaço de tempo. A implementação das audiências de custódia, previstas desde 1966 no Pacto Internacional dos Direitos Civis

2 <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em 18.11.2021.

3 <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-58851195>. Acesso em 18.11.2021.

e Políticos⁴ e desde 1969 na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵, acaba por fazer apenas um “gota a gota”, ou seja, não resolve e a depender do crescimento da população carcerária, “nem enxugará gelo”. Outro aspecto que apontam é a falta de investimentos, seja pela frase coloquial que “presídio não traz voto”, seja realmente pela impopularidade da construção de uma nova unidade prisional em determinada cidade (negocia-se “até o fígado” para o aceite em determinadas cidades). Uma das soluções apontadas é o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, tendo surgido basicamente na Colômbia, com a aplicação pela Corte Constitucional para os casos de violação de direitos humanos e inércia da política. Na Colômbia a Corte determina que o Executivo aja de forma prioritária! Aqui no Brasil, o ministro Luís Roberto Barroso, bem como, outros professores da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), usam a expressão “agir expansivo da Justiça”, ou seja, o STF, devidamente provocado, analisaria a ocorrência de “violação sistemática de direitos fundamentais, bem como, as omissões reiteradas do Executivo”. O professor Carlos Azevedo Campos (UERJ), afirma que “A declaração de ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ leva o juiz a agir como coordenador institucional. O ativismo judicial é o único instrumento para superar bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar”⁶.

Segundo dados publicados pela Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, especificamente sobre o estabelecimento prisional precursor da análise deste artigo, temos: “Segundo as inspeções realizadas pelo Núcleo do Sistema Penitenciário da DPRJ, em 23 de janeiro de 2016, o Plácido de Sá Carvalho tinha capacidade para 1.699 internos, mas 3.454 pessoas se encontravam no estabeleci-

4 Art. 9º - [...] 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

5 Art. 7º Direito à Liberdade Pessoal – [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6 <http://genjuridico.com.br/2015/10/16/estado-de-coisas-inconstitucional/>. Acesso em 18.11.2021.

mento. O índice de superlotação registrado na época foi de 198%. Em 2014 e 2015, foram registradas as mortes de 31 internos aparentemente por problemas decorrentes da saúde e de superlotação. Em 2016 esse número foi maior que a soma dos dois anos anteriores: 32 presos morreram “por causas naturais”. Em 2017, foram registradas 20 mortes. Já neste ano, 20. Em três anos, 70 presos morreram no IPPSC.”⁷.

Mauricio Stegemann Dieter prefaciando⁸ a excelente obra “Sentenciando Tráfico – O papel dos juízes no grande encarceramento” afirma que: “Cumprido o ritual, a lei prevê o mínimo de cinco anos de reclusão. Isso, é bom notar, para um crime sem violência ou grave ameaça, que só difere de um negócio jurídico perfeito pela frágil ilicitude do objeto. Por motivos que escapam à razão, o comércio de drogas proibidas é incluído em hedionda lista, que dificulta a progressão de regime para o destinatário típico desse rigor: o homem pobre, negro ou pardo, com menos de 28 anos e escolaridade igual ou inferior à sétima série. Apenas mais um hóspede entre os 750 mil condenados ao inferno carcerário brasileiro, o maior crime contra a humanidade em curso no país.

UM POUCO SOBRE A PENA DE PRISÃO

Acredito que o mais clássico dos clássicos em termos de abordagem às penas, o Marquês de Beccaria afirmou que “Um dos maiores freios dos delitos, não é a crueldade das penas... [...]”⁹. Continua o iluminista italiano:

“À medida que as penas forem mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras”¹⁰.

Michel Foucault¹¹ afirmou que “Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como

7 <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/8621-CIDH-Um-dia-de-pena-devera-valer-por-dois-no-Placido-de-Sa-Carvalho>. Acesso em 18.11.2021.

8 SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 11

9 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72.

10 *Op. cit.*, p. 40.

11 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – Nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 81-82.

na crítica das instituições, vemos se formar uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquamatiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.”

Cezar Roberto Bitencourt afirma que “Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado¹². (g.n.)

Rogerio Grecco por sua vez afirma que, em referência aos Princípios...

Assim, o cumprimento de pena em locais insalubres, sem ventilação, superlotados, com alimentação deficiente, sem possibilidade de horas ao ar livre, sem atendimento médico ou hospitalar, com limitação de visitas externas etc., ofende o princípio 6, devendo o Estado, conseqüentemente, optar por outras alternativas que não agridam a dignidade da pessoa humana¹³ (g.n.).

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

13 GRECCO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

DO ASPECTO CONSTITUCIONAL (1988)

Nossa Lei Maior elenca como um dos cinco fundamentos¹⁴ da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”. Dentre os quatro objetivos fundamentais¹⁵, a vedação expressa a qualquer tipo de discriminação merece destaque. E no âmbito das relações internacionais¹⁶, obrigatoriamente se aplica a prevalência dos direitos humanos, o que, na prática, pelo chamado paralelismo, também deve ser aplicada no âmbito interno.

No rol dos direitos individuais e coletivos há expressa proibição acerca da prática da tortura, tratamento desumano ou degradante¹⁷. No mesmo rol há a proibição de qualquer tipo de pena cruel (alguns autores sustentam que nosso sistema penitenciário já seria uma “condenação à morte”, mas trata-se de figura de linguagem, não que o condenado não possa (ou não vá) morrer, até mesmo executado, mas não diretamente pelo Estado). A menção à pena de morte no texto constitucional tem caráter formal, ou seja, após o devido processo legal, com trânsito em julgado, em tempos de guerra, nos moldes do Código Penal Militar¹⁸ e do Código de Processo Penal Militar¹⁹. Por fim, há uma série de direitos assegurados aos presos quanto à integridade física.

14 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (g.n.)

15 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (g.n.)

16 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...] (g.n.)

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

18 Art. 55. As penas principais são: a) morte; [...]. Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento.

19 Art. 707. O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais. § 1º O civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido.

Dentre as possibilidades das chamadas “crises constitucionais”, a intervenção federal elenca os chamados “princípios constitucionais sensíveis”²⁰, cujo destaque é assegurar os direitos existentes da pessoa humana.

No capítulo “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, o texto constitucional assegura à criança, ao adolescente e ao jovem para que fiquem salvos de qualquer forma de exploração, violência, crueldade e opressão²¹.

DO ASPECTO HUMANISTA INTERNACIONAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), com sua natureza jurídica “mutante” de mera recomendação para norma vinculante, descreveu, 40 anos antes da nossa Lei Maior (1988), os mesmos dizeres, coincidentemente também em um art. 5º: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), com natureza vinculante por meio dos Decretos Legislativo nº 226 (de 12 de dezembro de 1991) e o Executivo nº 592 (de 06 de julho de 1992), afirma que

“Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.” (g.n.)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), nossa norma humanista mais importante, também vinculante por meio dos Decretos Legislativo nº 27 (de 26 de maio de 1992) e o Executivo nº 678 (de 06 de novembro de 1992), afirma que

Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (g.n.)

20 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] b) direitos da pessoa humana; [...] (g.n.)

21 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (g.n.)

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (1955) foram adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas por meio das suas Resoluções nº 663 do Conselho Econômico e Social, de 31 de julho de 1957, e nº 2.076, de 13 de maio de 1977, entretanto o Estado brasileiro não é signatário desta norma e por isto não adentrarei ao texto.

As Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras - Regras de Bangkok (2010), norma com natureza *soft law*, afirmam que “A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação.” e “Deverão ser desenvolvidos outros métodos de inspeção, tais como escâneres, para substituir revistas íntimas e revistas corporais invasivas, de modo a evitar os danos psicológicos e possíveis impactos físicos dessas inspeções corporais invasivas.”. (g.n.)

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos - Regras de Mandela (2015), norma com natureza *soft law*, traz, dentre os chamados “Princípios básicos” na “Regra 1” que

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada. (g.n.)

DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NACIONAL E OUTROS ATOS NORMATIVOS

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) traz uma série de disposições, que numa “análise rasa”, verifica-se tratar-se apenas e

tão somente de letra fria da lei, sem cumprimento prático por parte do Poder Público. Vejamos alguns exemplos:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. (g.n.)

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (g.n.).

[...]

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; (g.n.)

[...]

Sobre o direito do preso de fazer remição da pena, objeto principal do nosso artigo:

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

§ 1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

As Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (1994) afirmam que:

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente. (g.n.)

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto. (g.n.)

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação. (g.n.)

Art. 10. O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene. (g.n.)

Padrões mínimos para a assistência material do Estado à pessoa privada de liberdade (2017), publicada por meio da Resolução²² nº 04 de 05 de outubro de 2017, afirma que:

Art. 1º Estabelecer parâmetro mínimos de lista de produtos de higiene, de artigos de asseio e roupas limpas às pessoas privadas de liberdade, considerando as suas especificidades, além de colchão e roupas de cama e banho, de preferência de material ignífugo, conforme o Anexo I desta Resolução, visando melhor qualidade no tratamento penal ofertado às pessoas privadas de liberdade no sistema prisional.

1. ITENS A SEREM ENTREGUES NA ADMISSÃO À UNIDADE PRISIONAL

1.1 Kit Enxoval (1 por pessoa)

Colchão;

Lençóis;

Toalha de banho;

Cobertor*

(todos os materiais do Kit Enxoval serão, de preferência, de material ignífugo)

1.2 Kit Uniforme (respeitando-se as diferenças de gênero)

Calças de material que não ofereça risco a integridade física (masculina ou feminina)

²²https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19361876/doi-10-2017-10-19-resolucao-n-4-de-5-de-outubro-de-2017-19361797. Acesso em 18.11.2021.

Bermudas (masculinas ou femininas)
Roupas íntimas (calcinha, sutiã e cueca)
Camisetas manga curta (masculina ou feminina)
Camisetas manga longa* (masculina ou feminina)
Agasalhos de moletom*
Calças de moletom*
Touca e Par de luvas*
Casaco de lã*
Par de tênis (ou sapatilhas femininas) *;
Par de sandálias;
Pares de meias;

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH) DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018

Em 31 de agosto de 2017, fruto da superlotação no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, localizado no Complexo Penitenciário de Gericinó, na cidade do Rio de Janeiro, foi “solicitado” por meio de resolução (entre aspas, pois acaba tendo uma natureza de determinação ao Estado brasileiro) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à República Federativa do Brasil que “adotasse, de imediato, todas as medidas que fossem necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade” naquele estabelecimento.

Especificamente, a resolução afirmou que compete ao Brasil, de imediato: “a) adotar todas as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; b) erradicar concretamente os riscos de morte e de atentados contra a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no centro penitenciário; c) elaborar um Diagnóstico Técnico e, com base nos resultados desse Diagnóstico, um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação e da superlotação no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; d) apresentar um relatório periódico, a cada três meses, com as medidas adotadas em conformidade com essa decisão”.

Entre as diversas contestações do Estado brasileiro e as considerações da Corte IDH, aponta-se violação expressa ao art. 5º, nºs 02 e 06 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Art. 5º Direito à Integridade Pessoal – [...] 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [...] 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Por fim, apresentou-se duas “soluções jurídicas” para o caso extremo de gravidade: “i. que se proceda, conforme propõem alguns, à direta liberação dos presos, considerando que é intolerável que um Estado de Direito execute penas que são, no mínimo, degradantes²³; ii. que, de algum modo, como alternativa, se provoque uma diminuição da população penal, em geral mediante um cálculo de tempo de pena ou de privação de liberdade, que abrevie o tempo real, atendendo ao maior conteúdo aflitivo, decorrente da superpopulação penal.”. Surge aqui então a fundamentação para a decisão do Superior Tribunal de Justiça ora em análise.

23 Ver, nesse sentido, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56, de 8 de agosto de 2016: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Precedente Interpretativo: “Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”. [RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423]. Também Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar a dor do Direito Penal*, Barcelona, 2018, p. 154, e bibliografia ali citada.

DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)²⁴ ACERCA DA COMPENSAÇÃO PENAL COMO FORMA DE REPARAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE PENA DE ESTABELECIMENTO DEGRADANTE

O STJ por meio da 5ª Turma, afirmou que “As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.”²⁵. (g.n.)

Sob o aspecto do chamado “Princípio da Fraternidade” (alguns ainda o denominam como “Princípio da Solidariedade”), o STJ afirmou que “Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.”.

Com relação à sentença da Corte IDH, o STJ afirmou que “produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.”, entretan-

24 https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF. Acesso em 18.11.2021.

25 <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumae-dicao&livre=%270701%27.cod>. Acesso em 18.11.2021.

to, cabe aqui uma crítica para que o leitor não ache que tal relação (sentença da Corte IDH / STJ mandando cumprir) é automática. Merece destaque uma análise cronológica para que entendamos o que o STJ fez acerca do crime de desacato, em que pese não ter uma decisão da Corte IDH:

1969: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR) é publicada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA);

1992: o Brasil promulga o PSJCR (Decreto nº 678/92);

1998: o Brasil promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto nº 4.463/02), ou seja, fica reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do PSJCR;

2000: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publica a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, promulgada pela Relatoria para a Liberdade de Expressão. A Declaração constitui uma interpretação definitiva do art. 13 do PSJCR, com destaque ao Princípio 11 que se refere às leis sobre desacato: “Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação”;

2004: a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe uma nova regra de incorporação aos tratados internacionais sobre direitos humanos, dando a possibilidade dos mesmos serem equivalentes às emendas constitucionais;

2006: a Corte IDH impõe ao Judiciário nacional a compatibilização das normas internas com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados no País, com destaque ao PSJCR;

2008: o STF em razão do julgamento do RE 466.343-1/SP, reconhece que os tratados internacionais sobre direitos humanos que foram incorporados antes da EC nº 45/04 (caso do PSJCR), possuem status de norma supralegal;

2015: em fevereiro é assinada uma Carta de Intenções entre o STF e a CIDH para que o Brasil comece a aplicar o chamado con-

trole jurisdicional de convencionalidade das leis;

2015: em março o juiz Alexandre Morais da Rosa, no julgamento dos autos nº 0067370-64.2012.8.24.0023 (Florianópolis/SC), efetuando controle de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato, tendo como base a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, afastando a incidência do art. 331/CP. Outros julgados ocorreram no mesmo sentido;

2016: em dezembro a 5ª Turma do STJ (REsp nº 1.640.084/SP – decisão unânime), descriminalizou o crime de desacato por incompatibilidade entre o Código Penal (art. 331) e o PSJCR (art. 13). O ministro relator do recurso no STJ, Ribeiro Dantas, ratificou os argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal (MPF) de que os funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade, e que as “leis de desacato” existentes em países como o Brasil atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação. A 5ª Turma ressaltou que o STF já firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza supralegal. Para a turma, a condenação por desacato, baseada em lei federal, é incompatível com o tratado do qual o Brasil é signatário;

2017: em maio a 3ª Seção do STJ uniformizou o entendimento do tribunal sobre a criminalização do desacato. O min. Antonio Saldanha Palheiro (autor do voto vencedor no julgamento do HC 379269/MS), afirmou que a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis “ofensas sem limites”, e ainda, que a figura penal do desacato, não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, “desde que o faça com civilidade e educação”.

Voltando ao caso em tela, o STJ também afirmou no mesmo julgado²⁶ citado que “Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.”, porém, não foi o ocorrido, conforme “cronologia acima” com o crime do desacato. A 5ª Turma até manteve sua convicção, mas a 3ª Seção em meses acabou decidindo de modo diverso.

26 Jurisprudência 701 do STJ.

CONCLUSÃO

Foi a primeira vez que uma Turma Criminal do STJ aplicou o Princípio da Fraternidade para decidir pelo cômputo da pena contada em dobro em local degradante. Em que pese a decisão, bem como, a resolução da Corte IDH não serem automaticamente *erga omnes*, cria um precedente possível de ser aplicado para situações semelhantes (leia-se para todos os estabelecimentos prisionais brasileiros).

O Poder Público (leia-se Estados e União) alega sempre a falta de recursos e o “ECI” já discutido ao longo do texto, pode ser um paliativo para a necessidade de construção de novas instalações, em que pese as críticas sobre a separação de Poderes e desarmonia que tal caminho provoca (o Executivo não planeja, não quer, não faz e o Judiciário determina que se faça). Como eu mesmo já escrevi algo a respeito sobre a possível incompatibilidade com o Estado de Direito, que afrontaria a separação dos Poderes, que o Judiciário não “foi votado”, portanto, não representa o povo, que há um arbítrio judicial etc. Sou adepto às novas ideias para a proteção dos direitos humanos sempre!

A priori, sou totalmente a favor, mas não podemos esquecer a chamada reserva do possível, ou seja, o ente federativo presta serviço público com base na sua dotação orçamentária, em números, valores, arrecadações, planos plurianuais etc. De nada vai adiantar o Judiciário determinar algo que o ente público “não tenha de onde tirar”. Espera-se uma razoabilidade e proporcionalidade sempre no ECI. Acredito que o termo “prioridade” seja o mais importante, mesmo que isso “abale a discricionariedade” do Executivo.

Assim, por paralelismo, entendo que o STJ agiu bem, temos que ter consciência que a população carcerária é composta em sua maioria de “traficantes” (entre aspas, pois trata-se em regra de um “mini traficante” e a legislação precisa ser revista urgente nesse sentido), pois tudo precisa ser revisto nesse sentido. Não sou a favor de “passar as mãos na cabeça do tráfico/traficante”, mas precisamos de fato rever isso. Que a ciência criminal mostre uma outra forma de punição, que de fato a questão da saúde seja vista e acionada e não apenas a polícia/justiça criminal. Não tem cabimento a viatura policial prender o “traficante” com 30 papelotes e dinheiro “miúdo”, ficar horas na delegacia de polícia, enquanto em poucas horas

aquela mão de obra já fora substituída no mesmo local. É um ciclo péssimo em todos os sentidos. Para o preso, para os policiais, para a sociedade, para a Justiça, para o sistema penitenciário... Ninguém, absolutamente ninguém hoje “lucra” com tal tipo de detenção. Em um futuro próximo, o STJ irá determinar que se conte em triplo, em quádruplo... Resta aguardarmos!

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – Nascimento da prisão*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECCO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.