

Ultrapassando o limite das penas: inconstitucionalidade e antigarantismo na nova redação do artigo 75 do Código Penal

*Jamilla Monteiro Sarkis**

*Rafael Barros Bernardes da Silveira***

Sumário

Introdução – 1. Nova redação do artigo 75 do Código Penal: uma justificativa falaciosa – 2. Estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário: reflexo obrigatório – 3. Como (não) punir: a prática antigarantista do “Pacote Anticrime” – Conclusão – Referências.

Introdução

O presídio no Rio de Janeiro não tinha celas, mas gaiolas com camas de tábuas estreitas. Por causa do chão molhado, os homens ficavam sentados com os pés recolhidos junto ao corpo. Baratas andavam pelas paredes. Meining estava totalmente abandonado. Eu lhe disse que um homem, que preferia ficar anônimo, pagara sua defesa.

Contratei um criminalista decente. Meining foi condenado a dois anos. Depois foi extraditado para o processo alemão. Visto que **um ano de prisão no Brasil por causa das condições catastróficas equivale a três na Alemanha**, seu processo na Alemanha foi arquivado. Ele foi posto em liberdade (VON SCHIRACH, Ferdinand, 2014, e-book, grifos no original).

A catástrofe do sistema carcerário brasileiro é fato incontroverso e reconhecido, não somente no âmbito interno como, também, no cenário mundial.

Internamente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, o chamado “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário e determinou, como forma de mitigação dos efeitos sobre a população carcerária, a proibição do contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, além da realização de audiências de custódia em todo o País.

No plano mundial, para além da literatura e das artes visuais,¹ os diversos problemas enfrentados pela população carcerária no Brasil são amplamente divulgados. Em relatório elaborado no ano de 2017, a Organização das Nações Unidas (ONU) mencionou, entre outras violações aos direitos humanos, a frequente ocorrência de tortura e maus-tratos nas prisões brasileiras, superlotação e controle das unidades penitenciárias por facções criminosas, tudo isso com a permissão tácita do Estado (ONU, 2016).

No mesmo sentido, o relatório referente ao biênio 2017-2018 realizado pela Anistia Internacional (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018), intitulado “O estado dos direitos humanos no mundo”, trouxe alguns exemplos que dão contorno fático à crueldade instalada nos estabelecimentos prisionais brasileiros: presos mantidos por mais de 48 horas dentro de veículos enquanto aguardam por vagas no sistema prisional; óbito de detento que passou a noite em uma cela ao ar livre, sem proteção contra o sol e vulnerável à desidratação; reflexos da crise financeira enfrentada por estados no abastecimento de comida, água e medicamentos; epidemia de tuberculose e doenças de pele nas prisões.

Diante da realidade posta, parece razoável pressupor que o Brasil, em suas esferas executiva, legislativa e judiciária, deveria concentrar esforços e orçamentos em medidas que adequassem a pretensão punitiva do Estado com a dignidade humana consagrada pela Constituição da República de 1988.

Com efeito, essa expectativa se viu guiada para o lado oposto por ocasião da Lei n. 13.964/2019, que, ao menos em tese, “aperfeiçoa a legislação penal” (artigo 1º). No chamado “Pacote Anticrime”, foi alterado,

entre outros, o texto do artigo 75 do Código Penal, para aumentar de 30 para 40 anos o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Concretamente, a opção do legislador foi a de prorrogar em 10 anos o tempo máximo pelo qual o indivíduo pode ter restrita sua liberdade e se ver inserido no ambiente prisional, mesmo diante da inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte e dos alertas recorrentes por parte dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos.

É em tom de perplexidade que o presente artigo pretende discutir, a partir dos métodos da revisão bibliográfica e da coleta de dados, o novo limite máximo das penas no direito penal brasileiro.

Para tanto, será promovida uma exposição sobre o histórico legislativo que deu origem à nova disposição normativa para compreender sua justificação e analisá-la sob a ótica concreta do sistema penitenciário nacional.

Em seguida, será avaliada a adequação do novo parâmetro temporal de cumprimento das penas ao regime democrático vigente, em cotejo com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro.

Além disso, a nova redação do artigo 75 será submetida ao filtro garantista, com base na doutrina de Luigi Ferrajoli sobre a humanidade das punições.

Ao final, espera-se verificar se a hipótese inicial – no sentido de que a alteração promovida pelo Pacote Anticrime no limite das penas é, além de inconstitucional, prática antigarantista que reflete negativamente em toda a estrutura do sistema de garantias individuais.

1. Nova redação do artigo 75 do Código Penal: uma justificativa falaciosa

Nas origens, o “Pacote Anticrime” (Projeto de Lei n. 882/2019) proposto pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro surgiu com o objetivo de “aumentar a eficácia no combate aos crimes e reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal” (CONHEÇA..., 2018).

Suas principais propostas se relacionavam ao enrijecimento do sistema de justiça criminal, como a regulamentação da prisão em segunda instância,

o agravamento das formas de cumprimento da pena e o isolamento de criminosos apontados como membros de organização criminosas.

Interessante notar, todavia, que o aumento do limite máximo da pena privativa de liberdade não constava entre as ideias iniciais do PL 882/2019.

Efetivamente, o patamar de 40 anos surgiu no cenário legislativo antes mesmo do “Pacote Anticrime”, quando, ainda em 2018, a Câmara dos Deputados nomeou uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, para avaliar a pertinência e a necessidade de reformas na legislação penal e processual penal (XAVIER, 2017).

Naquela oportunidade, a referida Comissão elaborou relatório que, por sua vez, deu origem ao Projeto de Lei n. 10.372/2018, este sim com a proposta de “atualização” do limite máximo de cumprimento das penas, a partir da seguinte justificativa:

De outra parte, impõe-se a atualização do limite máximo de cumprimento das penas à atual expectativa de vida dos brasileiros, muito superior àquela existente quando promulgado o Código Penal, que estabeleceu o prazo máximo de cumprimento em trinta anos (art. 55 da redação original e art. 75 da atual Parte Geral, com a redação determinada pela Lei n. 7.209/84). De fato, segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 1940 a 2016 a expectativa de vida cresceu exponencialmente, passando de 45,5 anos para 75,8 anos (Tabela 2 da Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2016 – disponível no site oficial do IBGE) (BRASIL, 2018).

A breve exposição de motivos do Projeto deixa claro que, diferentemente das demais propostas – fundamentadas, precipuamente, no combate à criminalidade e no endurecimento do sistema de justiça penal² –, a alteração no artigo 75 se baseou em elementos da etnografia, sem qualquer relação direta com o contexto da política criminal.

É necessário, neste ponto, compreender que a utilização de um dado isolado, sem qualquer interface com aspectos próprios do sistema carcerário, é falaciosa porque parte de um contexto geral de liberdade e garantias para projetar seus efeitos sobre uma população privada não apenas

do direito de locomoção, mas também das condições básicas de saúde, alimentação e higiene.

Para evidenciar a falácia do argumento etário como base para o aumento do tempo máximo de cumprimento de pena, propõe-se a sua análise em cotejo com uma das realidades do sistema prisional.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado pela última vez em junho de 2017 (BRASIL, 2017), no que se refere ao dado sobre a cor ou etnia da população prisional brasileira, as pessoas pretas e pardas representam 63,6% da população carcerária nacional.

Em alguns estados, essa proporção se mostra ainda mais caracterizada: no Rio de Janeiro, por exemplo, 27,02% dos presos são de cor preta e 46,24% são pardos. Somados, são 73,26% dos encarcerados identificados como pretos ou pardos. Na Bahia, 25,10% das pessoas privadas de liberdade são negras e 62,61% pardas, totalizando 87,71% de pretos ou pardos. Também no Maranhão, pretos e pardos representam 76,42% do sistema prisional.³

É possível, portanto, afirmar que a maioria do sistema carcerário é composta por pessoas negras ou pardas. Ao mesmo tempo, pode-se consignar, com igual segurança, que a expectativa de vida do brasileiro negro ou pardo não corresponde à média de 75 anos indicada no Projeto de Lei n. 10.372/2018.

De acordo com o Relatório Anual das Desigualdades Sociais, do Núcleo de Estudos da População, publicado em 2011 por pesquisadores da Universidade Estadual de Campinas, a expectativa de vida da população negra e parda no Brasil é de 67 anos, isto é, 8 anos menor quando comparada à média nacional (PAIXÃO; ROSSETTO; MONTOVANELE; CARVANO, 2011).

O baixo índice de idosos negros e pardos no Brasil confirma o fato de que a expectativa de vida da população de cor preta e parda é reduzida. Como registram dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apenas 7,9% das pessoas com mais de 60 anos no país são pretas. As pessoas pardas representam 35,3% e brancas 55,1% (MENEZES, 2018).

Comparando os dados adotados pelo legislador – restritos à expectativa de vida média do brasileiro – com elementos da realidade carcerária,

composta, em sua maioria, por pessoas pretas e pardas, cuja expectativa de vida é inferior à média brasileira, percebe-se que a proposta incorreu na falaciosa tentativa de comparação entre o cidadão de padrões etnográficos médios com aqueles indivíduos encarcerados nas prisões calamitosas do Brasil.

Mas essa falácia passou despercebida pelo legislador. Por sua omissão, intencional ou não, o limite máximo do cumprimento de pena foi aumentado em uma década, com base em um fundamento inidôneo que deixa de considerar a realidade concreta do sistema prisional brasileiro, reconhecidamente inconstitucional. E é sobre o reconhecimento das constantes negativas de vigência dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República de 1988 por parte do sistema prisional brasileiro que trata o próximo tópico.

2. Estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário: reflexo obrigatório

Em 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão, em sede liminar, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. (STF..., 2015).

Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com base em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), a ADPF 347 se insurgiu contra o crítico cenário enfrentado pelo sistema prisional brasileiro e suas notáveis e generalizadas deficiências estruturais (PASSOS; LIGUORI FILHO; GRAVA, 2016).

A ação, no mérito, contemplava uma série de pedidos voltados à reformulação do sistema carcerário e à minimização de seus efeitos nefastos (MAGALHÃES, 2019). Contudo, em sede de tutela cautelar, julgada em 2015, o STF acolheu, parcialmente, os requerimentos apresentados para determinar a obrigatoriedade da realização de audiências de custódia, a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e a proibição de novos contingenciamentos financeiros.

O mais destacado dos pleitos, a pretensão de que a Corte determinasse ao Governo Federal a elaboração de um “um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema

penitenciário brasileiro” (MAGALHÃES, 2019, p. 2), não chegou a ser atendido.

As medidas determinadas pelo Tribunal Superior, por si sós, tiveram impactos na realidade jurídico-penal brasileira. Contudo, a decisão proferida na ADPF foi paradigmática, especialmente em decorrência do reconhecimento, pela Corte Suprema, de um “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro.

Trata-se de conceito inovador, pois inédito na jurisprudência nacional, que se inspira, como esclarecido pelos próprios ministros da Corte Suprema na ocasião do julgamento (STF..., 2015), em precedentes do Tribunal Constitucional Colombiano.

A ideia por trás do instituto é afirmar a existência de um “quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir a intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário” (STF..., 2015), conforme observado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

A doutrina relaciona, com base na análise de reiteradas decisões da Corte Constitucional Colombiana, a existência de cinco requisitos para a configuração do instituto:

- (1) violação generalizada de diversos direitos fundamentais que afete um grupo amplo e determinado de pessoas;
- (2) prolongada omissão das autoridades responsáveis;
- (3) inexistência das medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias cabíveis;
- (4) necessidade da atuação conjunta de uma multiplicidade de atores para tratar da questão;
- e (5) entendimento de que se todos os afetados recorressem ao Judiciário, seria verificado um enorme congestionamento de processos (PASSOS; LIGUORI FILHO; GRAVA, 2016, p. 4).

Diante desses conceitos, têm-se como principais elementos do estado de coisas inconstitucional: a) a constatação de uma severa, ampla e generalizada violação de direitos fundamentais; b) o reconhecimento da inércia e da ineficiência governamental em lidar com a questão; e c) a conclusão pela necessidade de transformações e reformas profundas e estruturais.

É justamente nesse sentido que a decisão do Supremo é paradigmática, pois a afirmação da existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro é a confirmação da existência de todos esses requisitos. Em concreto, a realidade corrobora integralmente a constatação de um quadro que referenda o reconhecimento promovido pelo Supremo, e não faltam na literatura jurídica manifestações que evidenciam esse cenário. A título exemplificativo, válida a referência à análise empreendida por Carlos Alexandre de Azevedo Campos em sua tese de Doutorado pela UERJ, dedicada especificamente ao estudo do “estado de coisas inconstitucional” e sua manifestação no Brasil (CAMPOS, 2015).

A constatação dos requisitos para a decretação do instituto, relativamente à realidade do sistema penitenciário brasileiro, dá-se, primeiramente, diante do histórico de violações aos direitos fundamentais do público encarcerado no Brasil, que se encontra ostensivamente registrado não somente na literatura jurídico-penal brasileira mas, em igual medida, nos documentos oficiais elaborados por um sem-número de órgãos nacionais e internacionais. Vale destacar, nesse sentido, para além dos documentos já mencionados em tópicos anteriores, o Relatório elaborado pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário (BRASIL, 2009).

A Comissão, instaurada para avaliar a situação de afronta à Lei de Execução Penal (LEP) e à Constituição da República de 1988, realizou uma série de diligências, entrevistas, visitas técnicas e audiências públicas para, ao final, elaborar um relatório extenso e altamente informativo, que enumera uma lista enorme de diferentes tipos de violações identificadas contra os direitos dos detentos, concluindo que “os presos, no Brasil, não tratados como seres humanos” (CAMPOS, 2015, p. 211).

Além disso, o documento traz dois encaminhamentos centrais como diretrizes para o aprimoramento do sistema carcerário: a concentração de esforços para o cumprimento da lei e o respeito aos direitos dos presos.

Por mais que tenha trazido conteúdo alarmante, o Relatório da CPI do Sistema Carcerário não foi capaz de impulsionar mudanças concretas e significativas no panorama por ele evidenciado. Ao contrário, o quadro tem se agravado, com a acentuação do cenário de superlotação carcerária e de precarização na infraestrutura das unidades penitenciárias – o que também

repercute severamente na piora das condições sanitárias, de higiene e habitabilidade do ambiente prisional (CAMPOS, 2015, p. 213).

O caráter inconstitucional desse quadro é evidente, pois envolve a violação explícita de comandos constitucionais. Em sentido estrito, o calamitoso cenário evidencia a violação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a vedação do tratamento desumano (artigo 5º, inciso III) e da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”) (CAMPOS, 2015, p. 215). De maneira mais abrangente, também se pode detectar a violação a vários outros atributos objetos de proteção constitucional, tendo em vista que os presos são impedidos de acessar uma série de garantias fundamentais básicas, como saúde, alimentação, educação, lazer, trabalho e outras indiretamente afetadas.

Se o cenário tem se agravado, manifesta-se um indicativo de que as autoridades públicas não têm sido bem-sucedidas em promover a equalização da problemática – ou, em outras palavras, em realizar o cumprimento de suas obrigações legal e constitucionalmente estabelecidas. Em verdade, não é que se percebem tentativas frustradas de solucionar o problema. O que sem tem é inércia e omissão reiteradas. Como sintetiza Campos, “a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes voltadas a superar esse quadro representa uma falha estrutural que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação” (2015, p. 216).

O problema da ineficiência da atuação das autoridades, nada obstante, não está tão somente relacionado às competências legislativas. Até porque já existe legislação versando sobre o direito dos presos – notadamente a LEP e a Constituição.

A questão é que tais dispositivos são reiteradamente desrespeitados, e, mesmo após o estabelecimento de uma Comissão Parlamentar que realizou trabalhos minuciosos em todo o sistema carcerário do País – o que repercutiu na notificação de diversas autoridades sobre a situação vergonhosa do nosso sistema penitenciário – “não foram envidados esforços e propostas de políticas públicas para modificar a situação” (CAMPOS, 2015, p. 217).

Em concreto, a questão não pode ser individualizada na conduta de uma única autoridade pública que, sozinha, tenha se mantido inerte, sendo com

isso completamente responsável pela manutenção ou mesmo pelo agravamento do quadro em análise.

A amplitude da problemática revela um cenário geral de “funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos” (CAMPOS, 2015, p. 217). No mesmo sentido, o quadro atual indica que, para a equalização do estado de coisas constitucional, não basta a atuação de um só órgão ou ente federado. Se o problema é complexo, profundo e dispersado por todo o sistema, a mudança precisará vir, por consequência, em reformas estruturais e abrangentes.

Foi justamente tal pensamento que orientou a propositura da ADPF 347, um apelo pela confirmação da catástrofe do sistema de privação de liberdade no país e a admissão da necessidade de reformas extremas, com a reivindicação do estabelecimento de um plano nacional, com metas, propostas concretas, cronograma de tarefas, criação de planos na esfera dos estados – cuja implementação seria monitorada pelo STF, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ.

Todo esse desencadeamento de ideias serviu ao propósito de mostrar que o sistema carcerário brasileiro se encontra em nível crítico, pois viola, reiteradamente, direitos fundamentais da população privada de liberdade – o que fez com que a própria Corte Suprema decretasse seu estado-inconstitucional.

A partir do exposto, é necessário, então, refletir se a modificação implementada pela Lei n. 13.964/2019 no artigo 75 do Código Penal – que, pretensamente, idealizava um aperfeiçoamento da legislação – representa uma reforma dentro do escopo desejado de equalização desse cenário intolerável.

Ao que tudo indica, a mudança realizada não parece ter nenhuma possibilidade de surtir efeitos positivos. O raciocínio aqui é muito simples – e, por isso mesmo, chega a ser absurdo que tenha sido ignorado pelo legislador. Definir que as pessoas deverão ficar presas por mais tempo – em concreto, por mais 10 anos – é submetê-las por um período prolongado ao conhecido contexto de violações reiteradas de seus direitos fundamentais.

Ademais, ainda que não seja possível definir, concretamente, quais serão os impactos ocasionados pelo acréscimo do tempo máximo para-

cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil, é de se supor, com bastante segurança, que tal medida não terá condição alguma de minimizar o quadro de superlotação carcerária, que tanto contribui para o agravamento de todas as outras mazelas do sistema penitenciário.

A lógica é elementar: se quem está dentro demora mais a sair, ainda que o número de ingressantes do sistema penitenciário se mantenha estável, a população irá aumentar, pois os novos presos passam a se somar àqueles que tiveram sua saída postergada. E, levando-se em conta que a população carcerária brasileira tem crescido permanentemente, o fato de que as pessoas possam continuar presas por mais tempo gera, conseqüentemente, a acentuação da curva de crescimento.

A medida proposta não traz nenhuma mudança estrutural, não trata do assunto com profundidade e não promove efetivação de garantias fundamentais. Ao contrário, além de não lidar com a problemática evidenciada, vai na contramão de todo o desejado, e dá todos os indícios de que se prestará apenas ao agravamento do quadro.

Por essas razões, não restam dúvidas de que a modificação implementada no artigo 75 é manifestamente ilegal, já que colabora para a acentuação de um cenário crítico, intolerável e, ainda, declaradamente inconstitucional. Como se verá a seguir, ainda se firma como uma prática antigarantista, dando exemplo de como não se deve punir.

3. Como (não) punir: a prática antigarantista do “Pacote Anticrime”

Ao prever um acréscimo substancial no prazo máximo para cumprimento da pena privativa de liberdade, a Lei n. 13.964/2019 revelou, mesmo que indiretamente, um posicionamento da classe governamental (tanto dos propositores do projeto quanto dos parlamentares que o aprovaram e do chefe do Executivo, que sancionou a lei) a favor do encarceramento como resposta penal.

Em outras palavras: ainda que a justificativa para a reforma implementada tenha sido com base no acréscimo na expectativa de vida média da população brasileira – ponto já rebatido –, se o legislador optou por promover esse ajuste e aumentar em 10 anos o tempo possível de privação de liberdade, é porque entende que a condição do sistema punitivo

de poder gerar mais encarceramento é algo desejável – ou pelo menos aceitável – para a sociedade.

Ocorre que tal posição em defesa do cárcere e do seu avigoramento se mostra profundamente desajustada com a percepção atualmente-predominante no campo das ciências criminais. Em especial nas últimas décadas, “a centralidade do cárcere como pena primária do nosso sistema penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 35) tem sido amplamente debatida e colocada em xeque.

Por mais que a privação de liberdade tenha surgido, no contexto do movimento iluminista, como uma conquista para o cidadão, em alternativa à pena capital e às sanções corporais, o transcurso de mais de 200 anos foi suficiente para o estabelecimento de diversas reflexões sobre o paradigma da prisão – que, contemporaneamente, evidenciam a crise do modelo em questão.

Como bem elucida Luigi Ferrajoli, a privação de liberdade não parece ser, hoje, uma resposta penal adequada, pois tem se revelado incapaz de satisfazer as finalidades preventivas que justificam a intervenção penal (FERRAJOLI, 2014, p. 378).

Isto porque o ambiente do cárcere, ao contrário de desincentivar a prática de novos crimes, tem verdadeiro efeito criminógeno, funcionando a prisão como “escola de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada” (FERRAJOLI, 2002, p. 36), assertiva que se revela especialmente adequada à realidade carcerária brasileira e se mostra amplamente aceita no ambiente acadêmico.

Outro ponto observado pelo autor italiano quanto à obsolescência da privação da liberdade como atividade preventiva tem relação, hoje em dia, com a atuação midiática. O panorama atual de *mass media* faz com que a eficácia dissuasória do Direito Penal se construa muito mais pelo receio da condenação pública e da estigmatização social causada pelo processo penal e pela exposição midiática dos delinquentes do que pela privação de liberdade propriamente dita (FERRAJOLI, 2014, p. 379).

Como bem sintetiza o autor:

O cárcere é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extralegal e extrajudicial, lesiva à

dignidade da pessoa e inutilmente aflitiva. Nascido do projeto iluminista de mitigação e racionalização das penas, não parece mais idôneo – porque não pertinente ou não necessário – para satisfazer a nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: a prevenção do delito, dado o caráter criminógeno do cárcere, destinado a sempre funcionar como escola de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; a prevenção da vingança privada e da punição informal, satisfeita, na atual sociedade da mídia, muito mais pela publicidade do processo e pelo caráter simbólico e estigmatizante da condenação (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

Ademais, há outro ponto crucial no debate sobre a crise do paradigma do encarceramento: a ideia de que a “a dureza tolerável das penas está ligada em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele” (FERRAJOLI, 2014, p. 379).

É dizer que a sociedade contemporânea, ao menos em parte, se choca com as condições a que são submetidos os indivíduos encarcerados, na medida em que a prisão não representa a simples privação de um intervalo de tempo, mas a supressão de uma série de garantias básicas e fundamentais. E, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade, é urgente analisar se tal tratamento – de aflição física e psicológica – é efetivamente justificável, pois não parece que seja.

Todos esses apontamentos, que evidenciam o fracasso da prisão como resposta penal, têm conduzido os debates na literatura jurídico-penal para a apresentação de propostas de superação do modelo, em grande medida concentradas na perspectiva de minimização dos efeitos nocivos do encarceramento.

Aqui, mais uma vez chama a atenção a proposição de Ferrajoli, em defesa da retirada da prisão do seu papel de centralidade no sistema penal para, “senão aboli-la, ao menos reduzir drasticamente sua duração e transformá-la em sanção excepcional limitada às ofensas mais graves ao direito fundamental” (FERRAJOLI, 2012, p. 36).

A construção do professor italiano contempla, ademais, uma definição sobre o prazo máximo para cumprimento de pena privativa de liberdade. Para o autor, o ideal seria limitar, a curto prazo, a privação de liberdade em

período máximo de 10 anos e, a médio prazo, a um período ainda menor, tendo como perspectiva o progressivo abandono do cárcere.

A razão por trás de tal construção tem total relação com as circunstâncias do panorama de crise da prisão: a) a percepção de seu caráter criminógeno e a tentativa de minimizar seus efeitos nocivos; b) a constatação de que a dissuasão da delinquência tem se dado muito mais pela estigmatização midiática do que pela privação de liberdade em si; c) a intolerância da sociedade com práticas violentas e indignas como as perpetradas no ambiente do cárcere; e d) a reflexão de que, nos dias de hoje, especialmente no contexto de aprimoramento dos meios tecnológicos e de comunicação, que coloca à disposição da sociedade e dos entes governamentais uma série de instrumentos de vigilância e controle, “as funções de segurança e de prevenção geral dos delitos tendem a ser satisfeitas muito mais pelas funções de polícia do que pela ameaça das penas” (FERRAJOLI, 2014, p. 381).

Pode parecer que o debate que se realizou no presente tópico, notadamente quanto à análise de uma proposição teórica a respeito da formatação e quantificação da pena, seja demasiadamente abstrato. No presente estudo se está a lidar com uma questão concreta e não meramente teórica: a definição legislativa de um novo limite máximo de tempo para privação de liberdade, com o acréscimo de 10 anos ao referido prazo.

Aqui, quer-se evidenciar que tal modificação é intolerável, pois incompatível com a analisada construção da literatura jurídica e com as reflexões doutrinárias a respeito da crise do paradigma do encarceramento.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro vai na contramão do paradigma garantista: enquanto neste se defende a retração da privação de liberdade, o ordenamento jurídico brasileiro se modifica para autorizá-la por mais tempo; enquanto se defende a redução da prisão ao prazo máximo de 10 anos, a lei brasileira passa a prever um aumento de 10 anos.

O argumento que se apresenta neste estudo não é apenas doutrinário, pois a invocação das ideias e observações de Ferrajoli não é mero exercício acadêmico. Os postulados que compõem o núcleo do pensamento do autor – a constatação dos efeitos criminógenos da privação de liberdade e o desejo pela minimização de suas mazelas e pela limitação da permanência no cárcere –, para além de representarem posições amplamente aceitas

doutrinariamente, encontram-se consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Basta pensar nos já mencionados princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do tratamento cruel e das penas desumanas, garantias que, por si sós, bastariam para servir como oposição à medida legislativa implementada. Mas há como perceber, de maneira ainda mais específica e clara, um paralelo entre as reflexões da perspectiva garantista e o modelo brasileiro pela simples leitura da LEP.

De maneira inequívoca, a LEP delineia uma lógica que consagra a ideia de que o encarceramento é nocivo, sendo necessária a gradativa diminuição dos seus nefastos efeitos. Isso porque estabelece que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida por meio de um regime progressivo, bem como admite e mesmo estimula a substituição da privação de liberdade por penas de outra natureza, menos rigorosas.

Ademais, é notável a previsão na LEP de um numeroso rol de direitos a serem garantidos ao preso, que foram pensados no sentido de valorizar a dignidade da pessoa humana, favorecer a reintegração social do egresso e minimizar o impacto da privação de liberdade sobre o indivíduo, a saber: a) permanência em local próximo da família; b) chamamento nominal; c) proteção contra o sensacionalismo; d) direito de petição; e) contato com o mundo exterior e visitas familiares; f) cela individual; g) assistência social; h) acesso à informação.

Todas essas disposições servem para evidenciar que a percepção sobre a crise do paradigma da prisão é muito mais do que um problema acadêmico, mas uma realidade admitida pelo próprio ordenamento jurídico.

Assim sendo, parece lógico que, se o modelo punitivo brasileiro compartilha com o modelo garantista o mesmo ponto de partida – a constatação do fracasso da privação de liberdade, a percepção de seus efeitos indesejados e o anseio pela minimização dessas mazelas –, deve também compartilhar as conclusões quanto aos rumos a serem tomados para a reforma do modelo.

Mais que isso, parece incompatível que um modelo punitivo, ao mesmo tempo, oriente-se pela perspectiva de minimização da prisão e admita como necessário um incremento substancial em 10 anos no prazo máximo para cumprimento da privação de liberdade.

É por isso que, diante de todo o exposto, fica verificado o caráter antigarantista da modificação legislativa operada no artigo 75 do Código Penal, o que reforça sua natureza ilegal e inconstitucional.

Conclusão

Como síntese final deste estudo, vale a apresentação de alguns apontamentos conclusivos:

a) O sistema carcerário brasileiro enfrenta cenário crítico, e suas mazelas são amplamente conhecidas em nível local e mesmo internacional.

b) O contexto de violação sistemática e reiterada de direitos e garantias fundamentais do público encarcerado é, no mesmo sentido, ostensivo – e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional por parte do STF é apenas um “golpe de misericórdia”, a admissão máxima da falência do modelo pátrio.

c) Se por um lado o problema é conhecido, e existe uma clara percepção sobre a sua dimensão, também se sabe qual seria o caminho necessário para solucioná-lo.

d) A necessidade de realização de reformas estruturais e da concentração de esforços na efetivação dos direitos fundamentais do público privado de liberdade é incontestável – já foi assumida, inclusive, pela mais importante Corte do país.

e) A ideia de promover uma reforma legislativa que representa um acréscimo no prazo máximo para cumprimento de pena privativa de liberdade não faz sentido algum nesse contexto das mudanças necessárias ao aprimoramento do sistema carcerário brasileiro. Ao contrário, parece só ser capaz de acentuar o quadro já tão precário, que, frise-se, é manifestamente inconstitucional.

f) O acréscimo em questão vai na contramão de ideias e percepções amplamente consolidadas no ambiente acadêmico – as noções de que o encarceramento traz efeitos nocivos e criminógenos, que a preferência por tal modelo penal precisa ser repensada e que por isso o sistema punitivo deve caminhar para a limitação progressiva do cárcere, e não para seu incremento.

g) Além disso, a mudança legislativa em análise se mostra também incompatível com o próprio ordenamento jurídico penal e com a lógica por

trás dos dispositivos que regulamentam a execução da pena no Brasil, fixando-se como antigarantista.

Antes mesmo da apresentação do Projeto de Lei que daria origem ao Pacote Anticrime, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, já indicava que as proposições que surgiriam no bojo da reforma pretendida poderiam ser objeto de duras críticas por parte da comunidade acadêmica – mas que ele não se importaria com elas. Como destacou: “Buscamos fazer a lei para produzir efeitos práticos e não para agradar professores de direito penal” (*apud* MARTINS; PERON, 2019).

Aqui, fica claro que a mudança promovida no artigo 75, ainda que não tenha surgido diretamente do projeto original do Ministro, segue essa lógica, pois cuida de uma inovação legislativa completamente indefensável a nível acadêmico.

Por mais lamentável que possa parecer tal afirmação, analisando-a friamente é possível perceber que guarda certa correspondência com a realidade: a crítica acadêmica, por mais brilhante e fundamentada que seja, não tem a possibilidade de determinar a invalidação de qualquer dispositivo legal. A aceitação dos “professores de Direito Penal” em nada impacta na aprovação de uma inovação legislativa.

Mas a doutrina cumpre seu papel ao exercer a crítica da legislação editada e, ao evidenciar suas inconsistências, pode, sim, trazer impacto concreto. E, se a vigência da legislação penal em nenhuma medida leva em conta a análise de sua compatibilidade com as ideias doutrinariamente consagradas, o mesmo não vale para o exame de sua conformidade com a Constituição, com a legislação penal e até com as decisões da Suprema Corte – que podem determinar a exclusão de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico.

Neste estudo ficou evidente que a mudança proposta é – para muito além de insustentável academicamente e antigarantista – inconstitucional, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e ofensiva ao entendimento manifestado pelo STF sobre quais devem ser os rumos tomados para a reformulação do sistema penitenciário.

Fica então o clamor para que a detecção dessas inconformidades possa embasar, em nível jurisprudencial ou mesmo legislativo, uma nova reforma,

efetivamente idônea, que promova o aprimoramento do modelo penitenciário brasileiro.

Referências

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2017/18: o estado dos direitos humanos no mundo*. 2018. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.372/2018*. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. [Transformada na Lei Ordinária n. 13.964/2019]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Departamento penitenciário nacional*. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – jun. 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2015.

CONHEÇA os principais pontos do Anteprojeto de Lei Anticrime. Ministério da Justiça Website, 6 fev. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68>. Acesso em: 13 mar. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV* (online), v. 15, p. 1-37, 2019.

MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. Não é fascismo endurecer penas contra crimes graves, diz Moro. *Valor*, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/nao-e-fascismo-endurecer-penas-contr-crimes-graves-diz-moro.ghtml>. Acesso em: 13 mar. 2020.

MENEZES, Leilane. Uma chance de envelhecer: os desafios para garantir longevidade à população negra. *Metrópoles*, 29 set. 2018. Disponível em: <http://longevidade.ind.br/noticia/os-desafios-para-garantir-longevidade-da-populacao-negra/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Optional protocol to the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. CAT/OP/BRA/R2, 24 nov. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/01/Relatorio-SPT-2016-1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

PAIXÃO, Marcelo; ROSSETTO, Irene; MONTOVANELE, Fabiana; CARVANO, Luiz M. (org.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010*. Constituição Cidadã, seguridade social e seus efeitos sobre as assimetrias de cor ou raça. Campinas, 2011. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2011/09/desigualdades_raciais_2009-2010.pdf. Acesso em: 13 mar. 2020.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim IBCCRIM*, v. 283, p. 3-4, 2016.

POR DENTRO das prisões mais severas do mundo. Direção: Raphael Rowe, Reino Unido, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/38UbYmk>. Acesso

em: 13 mar. 2020.

STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário. *STF Website*, 9 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: 13 mar. 2020.

XAVIER, Luiz Gustavo. *Câmara instala comissão de juristas para rever penas contra o crime organizado*. Câmara dos Deputados Website, 17 out. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/525376-camara-instala-comissao-de-juristas-para-rever-penas-contra-o-crime-organizado/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

* Mestre em Direito pela UFMG. Coordenadora Adjunta do IBCCRIM. Advogada Penalista.

** Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG. Professor de Direito Penal na UEMG.

¹ Remete-se o leitor a um episódio da série documental *Por dentro das prisões mais severas do mundo* (Reino Unido, 2018) no qual o jornalista Raphael Rowe passa alguns dias vivendo na Penitenciária de Porto Velho em situações de extrema violência e degradação. Disponível em: <https://bit.ly/38UbYmk>. Acesso em: 13 mar. 2020.

² Veja-se, por exemplo, trecho do Projeto nesse sentido: “Dentro do objetivo de modernizar a legislação penal e processual penal para um melhor combate à criminalidade organizada, são necessárias alterações específicas em dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei de Armas, precipuamente voltadas à efetiva repressão da criminalidade organizada” (BRASIL, 2018, p. 33).

³ Todos os dados foram extraídos da tabela na p. 33 do Relatório.