

CRÉDITO DE PENAS OU REFORMA NO INSTITUTO DA REMIÇÃO: UMA NECESSIDADE POR JUSTIÇA E RESPEITO CONSTITUCIONAL

CREDIT OF PENALTY OR REFORM IN THE INSTITUTE OF REMISSION: A NEED FOR JUSTICE AND CONSTITUTIONAL RESPECT

Gisele Gomes Matos¹

Pedro Sérgio dos Santos²

RESUMO

No presente trabalho, através da análise da realidade prisional brasileira, que demonstra diferenciadas condições de cumprimento da pena, aponta-se uma discrepância no cárcere que configura violação à ordem constitucional e ao Código Penal, consistente na permanência na prisão para além do tempo estabelecido em sentença penal condenatória. Com abordagem teórica e prática, o texto volta-se para o aprofundamento de fundamentos teóricos e à produção de conhecimento explícito de intervenção na realidade carcerária do país. Consignando situações fáticas, critica-se a situação carcerária do país, em especial diante dos postulados do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988. Com objetivo exploratório, usa-se como procedimentos técnicos pesquisas bibliográfica e documental e, ao final, defende-se a institucionalização de um banco de penas para que, em caso de pena cumprida em excesso, o reincidente possa ter descontado da nova condenação o tempo injusto de cárcere na condenação anterior, ou, ainda, a detração através do instituto da remição, em moldes a serem fixados em lei, observando para tais descontos, tanto os excessos punitivos quanto as prisões ilegais amparadas por Habeas Corpus, ainda que processuais.

Palavras-chave: Constituição e contrato social; Sistema Penal e Política Criminal; Políticas Públicas de Segurança; aprisionamento; banco de penas.

¹ Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela UFG. Bolsista FAPEG. Graduada em Direito pela PUC-GO. Oficial de Justiça TJGO. Email: matosgisa@gmail.com

² Doutor em Direito Processual Penal pela UFPE. Mestre em Criminologia pela UFPE. Graduado em Direito (PUC/GO) e Filosofia (UFG). Professor efetivo da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UFG. Email: psergioufg@bol.com.br

ABSTRACT

In the present study, through the analysis of the Brazilian prison reality, which demonstrates different conditions of fulfillment of the sentence, a discrepancy in the jail that constitutes a violation of the constitutional order and the Criminal Code, consisting in the permanence in the stay in prison beyond the time established in condemnatory criminal sentence. With a theoretical and practical approach, the text turns to the deepening of theoretical foundations and the production of explicit knowledge of intervention in the country's prison situation. By assigning factual situations, the country's prison situation is criticized, especially in view of the postulates of the Democratic State of Law consecrated in the Federal Constitution of 1988. For exploratory purposes, bibliographic and documentary research are used as technical procedures and, in the end, defends institution of a penitentiary bank so that, in the case of an excess punishment, the recidivist may have reduced from the new conviction the unjust of imprisonment in the previous conviction, further, detraction through the remission institute, in to be fixed by law, observing for such discounts both punitive excesses and illegal detentions under Habeas Corpus, even if procedural.

Keywords: Constitution and social contract; Criminal System and Criminal Policy; Public Security Policies; imprisonment; bank of penalties.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o aumento da população carcerária brasileira inspirou a produção científica na temática prisional e, através de estudos e reflexões, o debate sobre as políticas penais/prisionais e a avaliação de suas práticas, tem sido uma constante no país. A realidade do cárcere revela a permanência de pessoas encarceradas por tempo superior ao da condenação, aguardando a ação estatal para serem postas em liberdade. Frente a tal contexto, surge a seguinte ponderação: Se há um Código Penal que regula a pena com o amparo constitucional, não estaria o Estado obrigado ao cumprimento correto da lei, sob pena de reparação do erro do modo mais benéfico àquele que foi vitimizado com sua ação ou omissão?

Sob esse prisma se coloca o problema central da reflexão: estando o cidadão condenado por um crime e cumprindo a pena imposta por força de lei, quando em regime fechado, seria possível haver, em caso de excesso punitivo - ocasião em que o preso

permanece no cárcere por tempo maior que o da condenação - e em caso de reincidência, uma compensação pelo tempo a mais que ficou encarcerado na punição anterior? Ou ainda: poderia ser computado para um abatimento de pena o tempo de prisão ilegal reconhecido por *Habeas Corpus* quando se trate de prisão processual e não computada na detração?

Inserido nas investigações direcionadas para o diagnóstico e análise crítico-propositiva da realidade prisional no Brasil, o presente artigo inicia-se com reflexões sobre a igualdade, tal como posta na Antiguidade, perpassando pela formação do Estado Democrático de Direito e a consolidação do contrato social entre o Estado e o cidadão, destacando o estabelecimento de limites à liberdade individual. Em seguida, adentra-se na violação do contrato por parte do Estado diante das condições impostas no cárcere, seus reflexos na violação da dignidade da pessoa humana e o descompasso com os postulados do constitucionalismo contemporâneo. A argumentação se desenvolve com a exposição de situações reais das prisões do Brasil, envolvendo as precárias condições e a questão da pena cumprida em tempo superior ao da condenação, para então tecer críticas à forma de compensação adotada pelo Estado brasileiro. A partir da diferença entre política pública e política estatal, critica-se a política criminal adotada, por tratar-se de um instrumento de diferenciação discriminatória e, sob esse aspecto, frisa-se a necessidade de superação de mera garantia de tratamento formal igualitário.

Sob o aspecto metodológico, optou-se por abordagens teórica e prática, de caráter exploratório e referenciadas nas pesquisas bibliográfica e documental, utilizando obras clássicas e contemporâneas.

Após explorar a questão proposta e o que a permeia, ao final do trabalho sugere-se uma política de compensação de danos, a ser debatida no âmbito do Poder Legislativo, consistente na compensação de pena para quem permanecer privado de liberdade por tempo superior ao da condenação ou preso provisoriamente com prisão ilegal reconhecida, ou, ainda, no estabelecimento de uma espécie de remição para que o tempo de pena excessivo seja detraído em futura condenação, em proporção a ser definida em lei.

2. PREMISSAS SOBRE IGUALDADE, LIBERDADE E O CONTRATO SOCIAL ESTADO-CIDADÃO

O problema da igualdade entre as pessoas está posto desde a Antiguidade, seja para negar qualquer possibilidade de equiparação entre os seres humanos, seja para afirmar a igualdade como um princípio universal, ou ainda, para colocar dúvidas e fazer especulações.

Na Grécia antiga, a igualdade tem aspectos políticos relevantes, partindo do pressuposto de quem poderia ou não exercer direitos pessoais diante da coletividade, de ser visto como igual (isoi) entre os pares.

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles introduz junto ao problema da igualdade, o problema do mérito, embora tal conceito não possa cercar todo o debate. Afirma o filósofo que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: “os democratas o identificam com a condição de homem livre; os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento); e os partidários da aristocracia com a excelência” (ARISTÓTELES, 2004, p. 105).

Em reflexões anteriores sobre o filósofo de Estargira, Platão, centrando com mais veemência seu discurso no Estado, após delinear as várias formas de governo, aponta para a democracia. Nas palavras de Hirschberger:

Platão descobre na democracia, que é o domínio da plena liberdade no agir. ‘Pelo menos assim o dizem’, observa Platão sarcasticamente. Plena liberdade, particularmente, porém, a da palavra. Mas não há aí nenhuma autoridade coativa, nenhum direito irrefragável; todos são iguais, e cada um pode manifestar o seu desejo, conforme lhe aprouver, como numa ‘praça de mercado’. ‘Forma aparentemente ideal de constituição do Estado, sem governo, matizada, repartindo a igualdade, igualmente — entre iguais desiguais’. (Rep. 558c). Platão crê dever descobrir a perversão própria da democracia em o democrata ‘não conhecer nem ordem nem coerção moral’. (HIRSCHBERGER, 1966, p. 114).

Em meio a diversas formas de governo, particularmente naquelas experiências malsucedidas na história, como retrata o próprio Absolutismo, surge uma perspectiva de igualdade que nasce com o Iluminismo e se consolida, ao menos como registro de princípios, com a Revolução Francesa e sua Carta Constitucional de 1789. Naquele contexto, talvez tenha sido mais importante a elaboração de regras de convivência social entre o Estado e o cidadão, impondo o Direito uma relativa “igualdade” entre ambos, do que a igualdade entre os pares. Mais ainda, reafirma-se a ideia do Estado como ente que serve ao cidadão, e não como ente a ser servido, ainda que seja o Estado, no seu gigantismo e força, imensamente superior a qualquer cidadão. Na construção do Estado Democrático de Direito, a noção de igualdade passa, precipuamente, pelo reconhecimento do lugar do Estado como instrumento e meio e não como fim, bem como pelo respeito que se deve ter ao contrato estabelecido entre as partes: Estado e cidadão.

No discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, Rousseau assegura que:

seguinte a opinião comum, a considerar aqui o estabelecimento do corpo político como um verdadeiro contrato entre o povo e os chefes que ele escolhe, contrato pelo qual as duas partes se obrigam à observância das leis que dele constam e que formam os liames de sua união. (ROUSSEAU, 2017, p. 19).

Apontando as finalidades do Estado e o que não deve o Estado ser e fazer, João Bosco Leopoldino Fonseca, assevera:

como utopia, pretende a teoria do contrato social ‘transformar a realidade histórica existente, em outra realidade, mais de acordo com suas próprias concepções’. Pretende-se transferir o centro difusor do Poder, retirando-o das mãos do monarca absoluto para entregá-lo ao povo. Eliminar-se a vontade individual preponderante sobre as demais, para substituí-la pela ‘vontade geral’. (FONSECA, 1978, p. 44).

Estando o contrato na base da constituição e esta funcionando como uma “mola” protetora no choque de interesses entre o Estado e o cidadão, há de se refletir sobre todos os contratos estabelecidos na forma da lei, em especial e particularmente, na quebra da democracia ao se quebrar o contrato social. No tocante à lei penal, é preciso pensar não somente na pena e na prisão, mas, fundamentalmente, nas liberdades.

Do ponto de vista político, o grande passo dado no Iluminismo com o início da construção do Estado Democrático de Direito está refletido no campo penal em todo o humanismo jurídico contido na obra *Dos Delitos e das Penas* (1764) de Cesare Beccaria e na segurança jurídica firmada a partir de então, ao se estabelecer entre o Estado e o povo quais seriam as condutas passíveis de punição e quais seriam as penas aplicadas, ficando os limites da pena estabelecidos previamente, como bem regula o princípio da reserva legal. Em um estado de segurança jurídica, passou o cidadão a saber os limites de sua liberdade, o que com ela pode ser feito e o preço a ser pago por usá-la de forma diversa da que reza a lei. A humanidade saiu do império da vontade do soberano, como se fosse uma predestinação divina, para o império da lei, do pacto, do acordo, do contrato social entre as partes, sendo “a proporção entre a pena e a qualidade do delito determinada pela influência que o pacto violado tem sobre a ordem social” (FOUCAULT, 2014, p. 91).

3. AS VIOLAÇÕES DO CONTRATO SOCIAL POR PARTE DO ESTADO NA SEARA PENAL E A REALIDADE DO CÁRCERE

Em linhas bem simples pode-se dizer que o cumprimento de pena oriundo de uma condenação penal nada mais é que a execução estrita de um contrato. Ou seja: o cidadão, ao praticar uma conduta passível de uma sanção previamente estabelecida, está sujeito a expiar a pena conforme o estabelecido. Tal explicação pode ser redundante, mas é exatamente a redundância que explicita toda a problemática da realidade prisional do Brasil.

No cumprimento de uma pena privativa de liberdade é comum observarmos diversos fatores não previamente contratados e que o Estado, pela força de seu gigantismo, impõe de forma implacável em desfavor do cidadão. Ora, no ordenamento penal brasileiro não há previsão de que durante o período de cárcere, o custodiado venha a ser submetido a: estupro e outras violências físicas; ingerir alimentos estragados; dormir no chão úmido ou amarrado em grades; falta de remédios; permanecer sem direito a advogado, ao acesso ao trabalho e à escola; ver mitigado o seu direito de deixar o cárcere quando do término da pena imposta. Esses são apenas alguns exemplos da condição degradante do cárcere e do excesso punitivo que assola cotidianamente os presídios nacionais.

O constitucionalismo contemporâneo delimitou o mínimo existencial (ou núcleo essencial) referente aos direitos sociais e à impossibilidade de retirá-los do catálogo constitucional, estando a sua essência radicada na dignidade da pessoa humana, princípio fundante de todos os direitos de defesa e dos direitos sociais (SARLET, 2009, p. 118), a ela ínsita a proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante e de penas cruéis, bem como assegurada a integridade física e moral da pessoa custodiada.

Em termos de efetivação de direitos fundamentais, no marco dos 30 anos da Constituição intitulada “Cidadã”, faz-se necessário refletir o que, de fato, se tem para comemorar. O debate sobre efetividade da constituição foi colocado desde o século XIX, quando se começava a criticar as constituições de cunho liberal outorgadas pelos reis (OLIVEIRA, 2017, p. 69-70) a exemplo da Constituição da Prússia 1848 e da brasileira do Império, e persiste no constitucionalismo contemporâneo, embora mister que a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos seja efetivamente garantida e não apenas solenemente declarada e, paulatinamente, violada (BOBBIO, 2004, p. 17). O cenário nacional revela verdadeira constitucionalização simbólica (NEVES, 2011, p. 53), com inefetividade das normas e valores constitucionais, evidenciando descarada violação ao imperativo de tutela da proibição da proteção insuficiente, proclamado pelo alemão ClausCanaris(2009, p. 58) -o Estado, além de garantir a proteção dos direitos fundamentais deve, principalmente, agir para que a proteção não seja insuficiente.

Na esteira da concretização de um estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, órgão da execução penal subordinado ao Ministério da Justiça, legalmente instalado em junho de 1980, vem buscando, através de suas resoluções, dar efetividade aos preceitos fundamentais da CF/88.

Tomando-se apenas o último dos excessos citados, qual seja, a mitigação do direito de se ver livre e despovoar o cárcere ao quitar a dívida penal, em diversas inspeções prisionais realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) foi observada a manutenção de pessoas encarceradas, mesmo após cumprido o lapso temporal estabelecido em condenação criminal para permanência em regime fechado. A título de exemplo do absurdo, chegou-se a encontrar preso condenado a uma pena de um ano e quatro meses em regime aberto, que há dez anos permanecia encarcerado por uma “distração” do cartório prisional e da Vara de Execuções Penais da Comarca do Recife. (Relatórios de Inspeção Prisional, 2008/CNPCP- MJ, conselheiros Pedro Sergio dos Santos e Bernardino Ovelar³).

4. O TEMPO COMO PENA E A SUA CONCEPÇÃO RETRIBUTIVA

Só o fato de se cumprir corretamente o contrato punitivo e permanecer aprisionado pelo período determinado, denota a ruptura com todo o contexto social: não é possível o exercício da vida cotidiana, como o trabalho e a convivência familiar. “O tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena” (MESSUTI, 2003, p. 33), pois possui sentido totalmente diferente na vida cotidiana e na prisão, de modo que o “tempo coletivo que mede a pena torna-se grande para o indivíduo aprisionado” ((MESSUTI, 2003, p. 61). Se a vida de uma pessoa se limita ao tempo gasto por ela durante sua existência com as coisas e pessoas que lhes são próximas, implica dizer que o recolhimento de um cidadão ao cárcere é a privação de parte de uma vida, ou mesmo uma “pena de morte parcial”, pois “na medida em que vão se descontando os anos de pena, igualmente vão se descontando os anos de vida” ((MESSUTI, 2003, p. 50).

Ir além do que se estabelece no contrato, com peso injusto da prisão ilegal contra o condenado, é uma pena sem volta, não se devolve ao cidadão o tempo roubado de sua vida.

³Relatórios de inspeção carcerária estão disponíveis em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/relatorios-de-inspecao/relatorios-de-inspecao>

Por isso, mister refletir sobre a concepção retributiva de pena, que afeta diretamente o pertencer à comunidade, e o sentido que se dá ao controle penal, disseminado pela falsa ideia de que a segregação pautada no endurecimento das leis e encarceramento em massa resolvem os conflitos sociais e reduzem a violência.

5. A REPARAÇÃO POR DANO MORAL COMO ESTRATÉGIA ESTATAL À COMPENSAÇÃO DO TEMPO DE PENA CUMPRIDO EM EXCESSO

Não obstante tais ponderações, já que há o entendimento geral de que a pena não só não viola a dignidade, mas a proporciona e se justifica pela necessidade de simetria social, o que dizer da pena excessiva, consistente na permanência no cárcere além do tempo fixado em sentença, ou da prisão processual declarada ilegal, sendo que ambas implicam literalmente na perda de parte da vida do cidadão com a total impossibilidade do Estado reparar esta perda, como se fosse a amputação de um membro, por um erro médico, que não pode mais ser reimplantado? Como fazer voltar o tempo para que o cidadão seja contemplado com essas horas, dias, meses ou anos de vida que excederam ao contratado e lhe foram retirados injustamente?

Na impossibilidade da magia do retorno no tempo, o Estado optou pela via mais cômoda e plantou no seio da sociedade a falsa compensação do tempo de pena excedido, através da reparação por dano moral na esfera cível. Ora, se o Estado lava suas mãos e se desonera de quaisquer outras medidas com a simples reparação cível, é inócua a previsão legal, contratual penal e principiológica que rege a execução penal, pois que, diante das linhas traçadas como limites obrigacionais da sentença que transitou em julgado, o processo de execução penal deve ser pautado pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos, pelos acordos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e pelo previsto especificamente na Lei 7.210/84, a Lei de Execução Penal.

Como princípios constitucionais e referentes ao cumprimento da pena, destacam-se os seguintes: a) princípio da transcendência da pena; b) princípio da legalidade; c) princípio da inderrogabilidade; d) princípio da proporcionalidade; e) princípio da individualização da pena; f) princípio da humanidade. O que dizer sobre o respeito e aplicação desses princípios diante de cidadãos condenados que passam um, dois, três, quatro anos ou mais indevidamente na prisão sem qualquer chance de ver esse tempo recomposto em suas vidas?

Mesmo que se aceite como viável o caminho da reparação cível, vislumbra-se que esta tem sido aplicada com certa cumplicidade do Poder Judiciário com o Poder Executivo, em razão de condenações financeiras pífias que não colaboram em nada com a vida do cidadão após o cárcere, dada a insignificância dos valores fixados nas condenações sob a máxima da condenação cível não se prestar ao enriquecimento ilícito da parte. Ora, antes de se observar qualquer ganho auferido pela parte ofendida, deveria se considerar, além do dano causado e seus graves prejuízos, a capacidade financeira de quem paga frente a capacidade financeira de quem recebe. No caso em testilha, o polo pagador, de tão gigante que é, possui até mesmo a capacidade de tolher o direito do cidadão à soltura no momento da quitação do contrato, postergando a liberdade e o direito de ir e vir para um momento futuro qualquer, quando acorda da “distração”.

Vejamos como o desvio de execução ou seu excesso tem sido avaliado nas ações cíveis:

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (16) que presos em situações degradantes têm direito a indenização em dinheiro por danos morais. Por unanimidade, a Corte entendeu que a superlotação e o encarceramento desumano geram responsabilidade do Estado em reparar os danos sofridos pelos detentos pelo descumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A questão foi decidida no caso de um preso que ganhou o direito de receber R\$ 2 mil em danos morais após passar 20 anos em um presídio em Corumbá (MS). Atualmente, ele cumpre liberdade condicional. Os ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e a presidente do STF, Cármen Lúcia, votaram a favor do pagamento da indenização. Houve divergência apenas em relação ao pagamento dos danos morais para o caso julgado. (Site BBC, 16.02.2017).

No citado caso, votando de modo divergente em voto-vista, propôs o Ministro Luís Roberto Barroso a compensação com remição de um a três dias de pena para cada sete dias que o preso tivesse passado de forma inadequada no cárcere e, subsidiariamente, o ressarcimento dos danos morais em pecúnia, a ser fixado pelo juízo cível, para o caso de cumprimento integral da pena. Observe-se que a Suprema Corte valora com insignificância os sofrimentos no cárcere, cárcere este que ela mesma reconhece como desumano, ao arbitrar valor de dois mil reais para alguém que ali permaneceu por vinte anos em flagrante insuficiência das condições legais de encarceramento. E o que dizer dos valores arbitrados para quem passou um, dois ou mais anos além do tempo fixado pela sentença?

Jorge Vargas vai além, expondo o problema da indenização por danos morais em prisões degradantes, na avaliação do Superior Tribunal de Justiça:

O Ministro Teori Albino Zavascki, quando Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relator original dos Embargos de Divergência, posicionando-se diferentemente, acolheu o recurso com a seguinte ementa: Constitucional. Embargos de divergência. Responsabilidade civil do estado. Indenização. Detento. Encarceramento em condições tidas como caóticas. Danos morais. Princípio da reserva do possível. Inviabilidade da invocação nas situações previstas no art. 37, § 6º, da CF. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º da Constituição, dispositivo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, prevista também no art. 43 do Código Civil, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, será provido na forma do art. 100 da Constituição. Embargos de divergência providos. Porém, a maioria negou provimento ao recurso, sustentando a impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional. (VARGAS, 2015, p. 477).

Em outras palavras, se afirmou que o sofrimento do apenado em condições degradantes é irrelevante; que a violação de seus direitos não merece amparo; que enquanto o Executivo não melhorar o sistema prisional as pessoas devem continuar a cumprir as penas em situação desumana ou degradante, sem qualquer direito a indenização por dano moral. Concluir que o dano existe, mas não é devida a indenização é o mesmo que se afirmar que o Estado pode praticar danos impunemente, é negar a existência do art. 927 do Código Civil, que diz: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

6. UMA SENTENÇA, UMA CONDENAÇÃO: BANCO DE PENAS PARA O EXCESSO PUNITIVO

De outro lado, o Ministro Barroso, em seu voto-vista, já sugeria uma espécie de crédito punitivo ou um “banco de penas”. Nesse sentido, não seria demasiado exigir do Estado, diante do descumprimento do contrato com o excesso punitivo comprovado ou prisão processual declarada ilegal e na hipótese, até bem provável, de uma reincidência, o abatimento na nova condenação, da pena anterior cumprida em excesso ou prisão processual declarada ilegal.

Poderão criticar tal medida argumentando que esse crédito punitivo poderia funcionar como “milhas penais” e servir de incentivo ao novo delito. Todavia, antes de pensar no que o cidadão poderia ou não fazer para receber nova condenação, há de se perguntar por que o

Estado, já sabendo previamente o dia, mês e ano em que o cidadão deve ser posto em liberdade, não o faz, a despeito de se ter no Poder Judiciário, no Ministério Público (fiscal da lei e da execução penal) e nos estabelecimentos prisionais, aparelhagem tecnológica suficiente para monitoramento permanente dos presos e de suas penas. Exemplo do aparato estatal é o Programa ExecpenWeb, que desde o momento da formalização dos autos de execução penal, composto por todos os documentos determinados pela Resolução nº 114, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), emite relatório constando todos os dados relativos aos benefícios aos quais o preso terá direito, como a progressão de regime e o livramento condicional, constando a data prevista para a concessão, o que também está contido no atestado de pena a cumprir, emitido anualmente pelo juízo da execução penal.

6.1. A PROBLEMÁTICA PRISIONAL COMO REFLEXO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL NO CUMPRIMENTO DO CONTRATO SOCIAL

Os problemas do sistema prisional brasileiro revelam-se estruturais e generalizados, resultantes das deficiências das políticas públicas criminais e prisionais fracassadas. A incapacidade do Estado em gerir e garantir a segurança pública, dentro e fora dos presídios, reclama revisão das políticas repressivas, que em nenhum lugar do globo geraram resultados positivos. Evidencia-se, pois, a negligência estatal e a falta de vontade política no agir em prol do cumprimento do contrato. Não pode o cidadão, a despeito do crime cometido, quando a pena se exauriu, continuar privado de sua liberdade. Essa situação sim, constitui-se mais gravosa e se põe a ferir os princípios constitucionais e serevela mais incitante ao cometimento de novos crimes, num contexto de pura revolta contra o sistema, do que a existência de um possível crédito punitivo ou uma remição nos moldes acima apresentados ao explicarmos a posição do Ministro Barroso.

As desigualdades punitivas se alastram no país em flagrante descumprimento aos princípios contratuais do Estado Democrático de Direito e aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Para Foucault (2014, p. 91), “em matéria de pena o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política”. *Mutatis mutandis*, impera a biopolítica (FOUCAULT, 2000, p. 285), pois nas prisões, “embora nem todas as formas de campo [sejam] igualmente cruéis, todas elas se conectam pelo objetivo de controlar a vida de populações indesejadas” (RUIZ, 2012, p. 19) e, desse modo, “o achatamento biopolítico da vida humana começa pela suspensão de direitos, pela negação da cidadania e dos direitos

fundamentais da pessoa humana” (WERMUTH, 2016, p. 41). Diante da privação da liberdade e segregação social, política, econômica e cultural, desvela-se nua a vida do preso, que é reduzido à condição de *homo sacer* (AGAMBEN, 2002, p. 79).

6.2. SITUAÇÕES FÁTICAS E A DISPARIDADE NAS CONDIÇÕES DO CÁRCERE

Em um olhar mais atento para a história recente, percebe-se o tratamento dispensado ao caso do Sr. Henrique Pizzolato, condenado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 (Mensalão) a uma pena de doze anos e sete meses pela prática dos crimes de peculato, corrupção e lavagem de dinheiro. O condenado conseguiu tranquilamente sair do Brasil, passou a viver na Itália (onde também possui cidadania) e lá foi preso a pedido das autoridades brasileiras. As cifras dos delitos praticados por Henrique Pizzolato, segundo notícias da mídia, ultrapassam a casa dos setenta milhões de reais. As autoridades brasileiras buscaram a extradição de Henrique Pizzolato e por sua defesa foi alegada a impossibilidade de cumprimento da pena no Brasil pelo fato do país violar todas as regras nacionais e tratados internacionais de tratamento dos encarcerados, em razão das péssimas condições carcerárias do país, que não oferecem o mínimo de dignidade ao preso. Em entrevista coletiva na sede do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, em Brasília, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, assegurou aos repórteres e a todo o país que Henrique Pizzolato poderia cumprir pena no Brasil e que o condenado teria tratamento digno. Afirmou, ainda, o comprometimento do Ministério Público com as autoridades italianas e com funcionários do corpo diplomático do país europeu, asseverando que poderiam comparecer ao Presídio de Brasília (Papuda) para verificação *in loco* das condições carcerárias às quais Pizzolato seria submetido no Brasil. Diante disso, o governo italiano retirou os empecilhos para que ocorresse a extradição.

Duas situações graves são colocadas nas afirmações do Procurador-Geral da República. Na primeira, caso a referida autoridade tenha mentido ao governo italiano, com a afirmação de que o Sr. Pizzolato cumpriria pena no Brasil em uma prisão digna, o fato de um Procurador-Geral da República faltar com a verdade publicamente, no exercício de funções de Estado, é algo profundamente grave do ponto de vista ético e institucional, pois é público e notório que as prisões brasileiras estão abaixo da linha da miserabilidade humana, além de ser inconcebível tê-lo feito impunemente. Numa segunda situação, no caso de ter o Procurador-Geral da República dito a verdade, ou seja, que de fato havia um local digno em um presídio

no Brasil para o Sr. Pizzolato cumprir sua reprimenda, a questão é ainda mais grave que o falseado, pois, nesse caso, o Procurador-Geral da República, com toda a autoridade que o Estado lhe confere, demonstrou para o Brasil e para o mundo que o artigo 5º da Constituição Federal, fundado no princípio da isonomia, não mais pode ser tomado como um parâmetro principiológico, norteador das relações entre Estado e cidadão, dentro daquilo que minimamente se espera de um Estado Democrático de Direito, onde se apoia o contrato social e o princípio da democracia. Isso porque presos são tratados diferentemente no cumprimento de suas penas, dependendo do seu status social e do tamanho do patrimônio atingido.

Desta feita, se há no Brasil uma prisão “especial” para o Sr. Pizzolato ou para qualquer preso da Operação Lava jato, com cela arejada, cama limpa, alimentação adequada, e tudo mais que se espera de um presídio que respeite as diretrizes da Lei de Execução Penal e dos tratados internacionais, por que outros presos não têm acesso a esse tipo de estabelecimento prisional? Presos idosos, com doenças graves, deficiências físicas e outros tantos que simplesmente permanecem no cárcere por anos, estão no presídio “chiqueiro”, enquanto presos abastados, políticos e empresários desfrutam da prisão “primeira classe”. A gravidade dos fatos, como se viu na entrevista do Procurador-Geral da República, desvirtua a missão do Ministério Público Federal de realizar a justiça, a bem da sociedade e do Estado Democrático de Direito, e evidencia a sua conivência explícita com a desigualdade do cárcere brasileiro.

7. POLÍTICA ESTATAL COMO ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir de situações absurdas como essa, evidencia-se a falência do uso da prisão para resolver a ausência de políticas públicas ou, quando menos, o equívoco daquelas até então adotadas. Alberto Binder percebeu, no desenvolvimento de políticas públicas, a existência de uma burocracia acerca da qual chama a atenção para suas facetas:

O desenvolvimento dessa burocracia a partir da segunda metade do século XIX gerou uma nova preocupação por sua influência, no desenvolvimento das políticas, tanto em seu sentido positivo como em sua capacidade de distorção. Finalmente no século XX mostrou o caráter indispensável da burocracia na configuração de todo o Estado, dada a nova extensão e complexidade das tarefas atribuídas ao aparato estatal, como também mostrou a clara possibilidade de que nasceu uma nova classe que usou os enormes e crescentes instrumentos do Estado em seu lucro corporativo. (BINDER, 2012, p. 27). (tradução nossa)

Para o autor, que segue diferenciando política pública e política estatal, o desafio dos países latino-americanos está na superação do modelo elitista ou oligárquico de administração pública e na consequente busca em “tecnificar o desenvolvimento de suas políticas públicas sem afetar as dimensões burocráticas e de igualitário acesso à função pública que deve caracterizar um Estado democrático” (BINDER, 2012, p. 29).

Em termos de política criminal, para o teórico esta se mostra, centralmente, como administração estatal da violência e assim sendo, demanda a utilização de critérios técnicos combinados com o estabelecimento de sistemas de controle, para não correr o risco de que sejam encobertas, atrás de uma suposta superioridade técnica, opções políticas roubadas do debate democrático. Na prática, Binder (2012, p. 32) percebe a política criminal afetada pelas dicotomias próprias de Estados mal organizados e rotinas que, em verdade, nada controlam e a fazem perder a sua razão de ser.

7.1 DIFERENCIAÇÕES DISCRIMINATÓRIAS DESDE A “DESCOBERTA” DO BRASIL – “ANDAR DE CIMA” E “ANDAR DE BAIXO”

Retomando o caso brasileiro citado, de prisões diferenciadas para grandes corruptos, ao contrário do que apregoam os princípios penais, como por exemplo o da prevenção geral, a mensagem moral que o Estado transmite ao cidadão, particularmente a um jovem que olha para seu futuro, é a de que caso faça opção pelo crime, que o faça de forma que provoque prejuízo social enorme, gigantesco, e assim, caso seja ele atingido pela lei penal e a sanção correlata, tenha a prerrogativa e todas as vantagens e “luxos” que não são dispensados para quem furtou um carro, roubou um aparelho celular ou foi preso com cem gramas de droga ilícita, por exemplo. Ao adotar como posição oficial o investimento na reforma de presídios para abrigar confortavelmente os presos das grandes operações de corrupção e escândalos políticos, fica evidente que o Estado brasileiro faz um retorno do Direito Penal alinhado aos moldes do Absolutismo, no qual pessoas poderiam ter penas diferentes pelo mesmo crime, dependendo de sua classe social, como expressamente, por exemplo, ficou registrado nas Ordenações portuguesas.

No Brasil Colônia, então dividido em capitânias hereditárias, cujos donatários atuavam como legisladores e juízes, prevalecia o que Zaffaroni (2003, p. 54) intitulou de poder punitivo doméstico. Para atender ao extenso território, criaram-se as Ordenações do Reino, Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais ditaram o Direito Penal desde o início da

colonização. As Ordenações Filipinas (1603), oriundas da revisão das ordenações Manuelinas e de maior aplicação, previam: pena de morte e outras penas severas e desproporcionais; pena de morte em crimes políticos (lembre-se o caso Tiradentes); desigualdade de tratamento penal conforme o sexo e a posição social; punições brutais, como pena de fogo em vida, de ferro em brasa, de mãos cortadas, de tormentos. Nesse contexto, dentre os mecanismos de controle social, o castigo corporal, materializado em execuções públicas, açoites, etc, era mais usado que a prisão, as quais eram inóspitas e, em sua maioria, sequer possuíam registro dos presos.

As Ordenações Filipinas foram confirmadas pela Assembleia Constituinte do Brasil e perduraram até 1830, quando foi sancionado por D. Pedro o Código Criminal do Império que, embora ainda contemplasse a pena de morte, possuía como pena central a privação da liberdade através da prisão, como símbolo da humanização do direito e em substituição às penas corporais.

Da colonização até a atualidade tivemos: o Código Penal de 1890, que firmou a pena privativa de liberdade no centro do sistema (prisão disciplinar, pelo trabalho obrigatório, pelo estabelecimento agrícola, pela reclusão em fortalezas ou pela prisão celular); a Constituição Republicana de 1891 que inovou ao extinguir as penas de galés e de banimento, limitar a pena de morte ao tempo de guerra e mencionar a função ressocializadora da pena de prisão; em 1934 a Constituição da República Nova que conferiu à União a competência exclusiva para legislar a respeito do sistema carcerário; em 1937 a Constituição Polaca de cunho autoritário e que o Estado Novo usou pena de prisão para os inimigos do governo; o Código Penal de 1942 em que adotou-se o sistema progressivo com o objetivo de “regeneração”; entretanto, seu tecnicismo jurídico permitiu seu uso como neutralizador de “indesejáveis” ao incitar o uso político do aprisionamento como meio de controle social (ainda vigente, com reformas); em 1969 o Código Penal editado pela Junta Militar com postura autoritária criou o Regime Disciplinar Diferenciado (revogado em 1978 por não corresponder à realidade); a Lei 7.209/84, Lei de Execução Penal, além de regular a disciplina carcerária, alterou expressivamente a parte geral do Código Penal ao: extinguir a medida de segurança para os imputáveis; prever o tempo máximo de prisão em 30 anos; adotar a reclusão e a detenção como penas privativas de liberdade, etc.

As citadas situações pretéritas e atuais evidenciam que, com suas práticas, o Estado brasileiro vem sistematicamente criando diferenciação discriminatória, expondo seus cidadãos a rótulos, como fizeram os Estados mais autoritários da história recente do século XX. No “andar de baixo” estão os principais alvos da sanção penal, enquanto os que estão no “andar

de cima” contam com benesses legais: ao passo que crimes contra o patrimônio como o furto e o roubo chamam a atenção da mídia e da sociedade e permanecem envoltos de apelos de responsabilização e criminalização, nos crimes contra a ordem tributária é possível a suspensão da punição no caso de parcelamento do débito e a extinção da punibilidade se houver o pagamento do crédito (STRECK, 2009, p. 93).

7.2. QUANDO O DISCURSO DESTOA DA REALIDADE PRISIONAL

Somado a isso, temos ainda o paradoxo do constitucionalismo do espetáculo:

entre a consolidação das promessas constitucionais da modernidade como linguagem fundamentadora do Direito e a efetiva entrega dessas promessas, desenvolveu-se uma experiência político-jurídico-governamental marcada pela patologia de simular e dissimular a promoção de direitos por meio de políticas públicas, sobretudo pela maximização (não-real, mas midiática) dos resultados e da importância propagandística dessas políticas. (COELHO, 2017, p. 542).

Na formulação e implementação de políticas públicas de direitos humanos fundamentais, Saulo Pinto Coelho aponta práticas estatais e governamentais que destoam da promessa e previsão da linguagem constitucional, possibilitando a construção de “discursos voltados a cumprir sem cumprir a Constituição e promover sem efetivamente promover direitos fundamentais, numa dissimulação sistêmica que a linguagem constitucionalista brasileira tem sido incapaz de identificar e muito menos de coibir” (COELHO, 2017, p. 542).

Os destinatários das políticas públicas de direitos humanos fundamentais que se encontram no “andar de baixo” permanecem rotulados como resíduo da escória social. Ainda no ano de 2015 o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, intitulou de “masmorras medievais” os presídios do “andar de baixo”. O preso pobre é alocado em presídios verdadeiramente favelizados, onde somente as muralhas externas são relativamente guardadas, ficando o seu interior entregue à própria sorte da história pessoal de cada preso.

Exemplo claro de tal situação foi o ocorrido no Presídio Aníbal Bruno em Recife - PE (Complexo Prisional do Curado). A chamada da BBC Brasil em 11 de junho de 2016 “Maior cadeia do Brasil tem favela e área 'Minha cela, minha vida' para presos VIP⁴”, em patente ironia nos moldes “seria cômico se não fosse trágico” e fazendo referência ao programa do Governo Federal denominado Minha Casa, Minha Vida, denunciou a existência de favela

⁴ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36496295>

dentro do citado Complexo Prisional e de área VIP, formada pelos que possuíam condições de custear o “aluguel”.

Os agentes penitenciários, em número infinitamente inferior ao determinado no artigo 1º da Resolução nº 01 de 09 de março de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária⁵ (5 detentos por agente penitenciário), perderam o controle interno do presídio, ficando as chaves dos corredores, celas e pátios nas mãos dos presos denominados “chaveiros”, os quais possuíam o controle sobre os demais presos. Tanto a liberação de um preso para comparecimento perante o Poder Judiciário, para participar de uma audiência ou qualquer ato oficial, como a sua localização dentro do presídio estava a cargo dos “chaveiros”. Dezenas de custodiados deixaram de obter sua liberdade por verem seus processos adiados indefinidamente, perdidos na burocracia lenta e comandada pela convivência e ausência absoluta de autoridade do Estado dentro do sistema prisional.

Não bastasse isso, com a chave da cadeia eram os “chaveiros” que auferiam lucro com os “aluguéis” das celas VIP e, na condição de comandantes do presídio, aplicavam castigos e torturas aos demais presos, de acordo com suas próprias leis. À época, foi essa a situação encontrada pelos representantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos: grave violação de direitos humanos e desobediência às determinações do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que permanecem travestidas de outros problemas.

7.3. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA MERA GARANTIA DE TRATAMENTO LEGAL IGUALITÁRIO E POLÍTICA DE COMPENSAÇÃO DE DANOS

O princípio democrático, oriundo das revoluções liberais do final do século XVIII, alçou paradigmas como a liberdade e a igualdade à condição estruturante do constitucionalismo contemporâneo e foi consolidado no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em um Estado Democrático de Direito, no qual se prima pela igualdade material e não meramente formal, mister que a atuação estatal seja conduzida como verdadeiro instrumento de efetividade constitucional.

No tocante aos aspectos principiológicos, o excesso punitivo consubstanciado no encarceramento por tempo maior que o da condenação expõe outra flagrante violação à ordem constitucional - ao assentado é firmado princípio *ne bis in idem*, que “é em si mesmo o

⁵ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2009/2009>

reflexo da concepção de limite do direito penal do Estado Democrático: ninguém pode ser punido duplamente por um mesmo fato” (SEMER, 2015, p. 98).

Se ninguém pode ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato, mais gravosa é a situação daquele que cumpre uma segunda pena, pelo mesmo fato, sem sequer ter sido processado e julgado uma segunda vez: ao término da pena imposta na sentença se inicia automaticamente uma nova etapa de permanência no cárcere, sem qualquer processo que justifique sua condição de custodiado - está o Estado punindo uma segunda vez o mesmo fato já julgado, já punido e devidamente honrado pelo contratante preso.

Marcelo Semer(2015, p. 99) ainda reforça que “no âmbito material, o *ne bis in idem* deve se projetar tanto sobre os fatos quanto sobre as penas”. Nesse sentido, ao desconsiderar que a imposição de prisão sem respaldo legal é grave violação ao direito do cidadão, principalmente quando o Poder Judiciário o faz fixando quantias módicas, por que não dizer miseráveis, de indenização por anos perdidos nos cárceres imundos, tem-se a inversão da finalidade do Estado. Não devem a sociedade e o cidadão estar a serviço do Estado, como ente abstrato, acima de tudo e de todos, mas deve este ser servidor para a entrega do equilíbrio social necessário, recolocando o cidadão no centro da atuação política do Estado.

Citando Marcio Sotelo Felipe, Marcelo Semer disserta sobre a dignidade da pessoa humana e assinala que:

O conceito de humanidade que se postula é uma representação em que cada parte contém a integralidade do todo. Imune – assim - a intervenções nas quais indivíduos ‘deixem de ser um fim e tornem-se meios para os que, em uma sociedade desigual, surgem melhores postos’ (...) Dignidade humana é, pois, também igualdade. Estado Democrático de Direito tem, sobretudo, uma dimensão antropocêntrica, justamente por se ancorar na dignidade da pessoa humana; por esta razão, expõe Silva Franco, um Direito Penal democrático jamais pode se reconhecer desenfreado ou arbitrário. (SEMER, 2014, p. 25).

Sobre a preservação da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, Daniel Sarmiento (2016, p. 89) elenca seus componentes: a) valor intrínseco da pessoa; b) igualdade; c) autonomia; d) mínimo existencial; e) reconhecimento. Conclui o autor que, de fato, nas prisões do Brasil a grave violação à dignidade humana do preso é uma constante, tendo o preso “de se sujeitar no mais das vezes ao encarceramento em condições desumanas e degradantes, que são generalizadas em nosso sistema carcerário” (SARMENTO, 2016, p. 97).

Na atualidade, o centro do debate deve se voltar para a necessidade de superação da mera garantia de tratamento legal igualitário, baseado no paradoxo de uma constituição que,

simbolicamente, promove a igualdade e, talvez por isso mesmo, permite a manutenção das desigualdades. Mostra-se arbitrário, desenfreado e desigual um Estado que impõe duplamente uma pena para o mesmo fato, com prisão fora do contexto da sentença. A violação ao contrato firmado entre o cidadão e o Estado, por parte deste, conduz também à violação dos preceitos constitucionais, nos levando à reflexão do sentido ontológico da pena de prisão, na medida em que se descontam os anos de pena, se descontam também os anos de vida (MESSUTI, 2003, p. 50). Citamos aqui, como parêntese e sem retirar o caráter científico do presente trabalho, a obra literária de Rachel de Queiroz do ano de 1932 e que ainda imbui o olhar sobre a prisão:

Não há nada pior no mundo do que o homem viver preso (...). Quem é, no mundo, que ganha com cadeia? O governo fica com uns poucos homens nas costas, pra sustentar, e ainda por cima tem que pagar os soldados de guarda. O patrão perde o seu empregado, muita vez o seu homem de confiança. A terra deixa de ter quem limpe, quem broque, quem plante. (...) A gente aprende a mentir, a se esconder, a perder o sentimento, de tanto aguentar desaforo de todo mundo. Perde o costume de trabalhar (...). E vivendo em tão má companhia, os que não são ruins de natureza, e fizeram uma besteira sem saberem como, acabam iguais aos piores. (QUEIROZ, 1978, p. 93).

Ainda no século XVIII, Beccaria já mostrava o suplício da prisão. Foucault, em *Vigiar e Punir*, também aborda o tema com maestria. Mais de duzentos anos se passaram e nossos presídios permanecem impiedosos, marcando “a ferro quente” os anos da vida de quem lá permanece. O que se tem no século XXI, em termos de acepção do controle penal, é a atuação legislativa nos moldes das linhas de produção, onde as matérias-primas como democracia, liberdade, direitos e garantias vêm sendo transformadas em produtos para consumo como, poder político, corrupção, violência e opinião pública, agravando-se as sanções punitivas e, como consequência, encarcerando-se em massa (com a quarta maior população carcerária do mundo).

Desde a sua idealização, a falta de “cuidados” com a prisão é uma constante, que no Brasil revela-se como símbolo da desigualdade, da violência e do descaso de um país que mantém os menos favorecidos largados à própria sorte, confirmando a tese de Nelson Hungria (1977) de que o sistema prisional se constitui termômetro da sociedade.

Na contramão da literalidade expressa da Constituição Federal de 1988, demonstrada está a desigualdade no sistema prisional, em um quadro de tratamento diferenciado para custodiados no país, além da falha desse mesmo sistema ao manter um número significativo de pessoas no cárcere para além do tempo da condenação, o que fere frontalmente os

preceitos constitucionais. Diante disso, faz-se o alerta para a leniência do Estado com as citadas situações e a necessidade de superação do mero tratamento legal igualitário.

Se na base do contrato social está o princípio da igualdade e evidentemente este não vem sendo aplicado aos presos do Brasil - permanecendo milhares, sejam provisórios ou condenados, por tempo excessivo no cárcere – sugere-se o encaminhamento para o processo legislativo dos debates sobre a compensação da pena para aquele que, além de submetido às condições sub-humanas dos presídios brasileiros, permanece encarcerado injustamente por prazo superior ao imposto pela sentença penal condenatória ou preso provisoriamente com prisão reconhecida como ilegal, seja pela via de *Habeas Corpus* ou qualquer outra via judicial. Alternativamente, propõe-se que o parlamento brasileiro opte por um caminho legal como aquele apontado pelo Ministro Barroso, no qual o tempo de pena excessivo possa ser computado como tempo para remição em proporção a ser definida no texto legal. Assim, não estaria fora do razoável a existência de um crédito de pena já cumprida ilegalmente para aquele que, injustamente, foi atingido pelas mazelas legais e ilegais do Estado. Destarte, estaria o Estado, no mínimo, agindo honestamente com uma política de compensação de danos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se propôs a abordar uma faceta da realidade prisional brasileira, qual seja, a problemática do cumprimento de pena para além do tempo da condenação, sob o prisma da igualdade e da disparidade das violações ocorridas no cárcere diante dos postulados do Estado Democrático de Direito. Ao reputar a submissão de cidadãos às péssimas condições do cárcere como violação do contrato estabelecido entre o Estado e o cidadão, o aporte se deu com a apreciação de situações autênticas do dia-a-dia dos estabelecimentos prisionais, demonstrando a diferenças no cumprimento da pena e a constante violação da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, esmiuçou-se tanto a política criminal quanto a política de compensação de danos sancionadas pelo país, a elas tecendo críticas em razão de seus usos como instrumentos de diferenciação discriminatória. Sobre isso, a argumentação se desenvolveu com reflexão sobre o tempo da pena, a ruptura com o contexto social e a concepção retributiva adotada, bem como fez-se alusão à existência do “andar de baixo” e do “andar de

cima” nas prisões, para defender a superação da mera garantia de tratamento formal igualitário.

Assim, propôs-se um novo direcionamento do debate, consistente na institucionalização de um banco de penas em caso de excesso punitivo, a ser levado para discussão e tramitação na Casa das Leis. A proposta formulada diz respeito à injusta permanência no cárcere extrapolando o prazo fixado em condenação penal transitada em julgado, caso em que se sugere tanto a possibilidade de desconto em nova condenação quanto a detração via remição, de modo que tanto os excessos punitivos quanto as prisões ilegais amparadas por *Habeas Corpus*, ainda que processuais, sejam abarcadas.

Demonstrou-se, pois, que a desigualdade no cárcere, desde as diferenciadas condições de cumprimento da pena, passando pelo tempo de prisão em excesso até as prisões ilegais, colide com as concepções do Estado Democrático de Direito e evidencia, na prática, uma desconexão entre o texto constitucional e a realidade prisional, para o que não há mais espaço na era do constitucionalismo contemporâneo, razão pela qual foi construída toda a reflexão e foram ventilados argumentos para se pensar alterações legislativas que primem, efetivamente, pela igualdade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de IRACI D. POLETI. São Paulo: Bomtempo, 2004.

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Volume I. Tradução de HENRIQUE BURIGO. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de PIETRO NASSETI. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de TORRIERI GUIMARÃES. São Paulo: Rideel, 2003.

BINDER, Alberto. **Análisis político criminal**. Bogotá: Astrea SAS, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de CARLOS NELSON COUTINHO. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Segurança Pública. **INFOPEN** – Levantamento de Informações Penitenciárias. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/2016_basefinal_depen_publicacao-2016.csv>. Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Segurança Pública. **Relatórios de Inspeção**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/relatorios-de-inspecao/relatorios-de-inspecao>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Segurança Pública. **Resolução nº 1, de 09 de março de 2009**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2009/2009>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Lei de Execução Penal (1984). **Lei nº 7.210** de 11 de julho de 1984. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580252**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRESO+DANO+S+DIGNIDADE+DA+PESSOA+HUMANA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydykh87h>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION MHM. **BBC BRASIL**. Washington (EUA), 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36496295>>. Acesso em 5 jun 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de: INGO WOLFGAND SARLET e PAULO MOTA PINTO. Coimbra: Almedina, 2009.

COELHO, Saulo Pinto Coelho. ASSIS, Alline N. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 115, p. 541-584, 2017.

FONSECA, J. B. Leopoldino. **Do Contrato Social à Constituição**: do político ao jurídico. Faculdade de Direito da UFMG. Revista. 1978.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de RAQUEL RAMALHETE. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de MARIA ERMANTINA GALVÃO. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HIRSCHBERGER Johannes. **Noções de História da Filosofia**. Matriz: Ed. Porto, 1961.

HUNGRI, Nelson; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense: 1977.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Flores, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Contribuições para uma teoria crítica da constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2017.

PIERANGELLI, João Henrique. **Códigos penais do Brasil**. São Paulo: Jalovi, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de ANA RESENDE. São Paulo: Martin Claret, 2000.

_____. **O discurso sobre a desigualdade entre os homens**. São Paulo: Grandes Ideias, 2017.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re) leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto HumanitasUnisinos. Ano 10, n. 39, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Direito Penal e Controle Social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em terraebrazilis. In. **20 anos de Constituição**: os direitos humanos entre a política e a norma. São Leopoldo: Oikos, 2009.

QUEIROZ, Rachel. **João Miguel**. 7 ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1978.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Excesso de Execução Penal. Grave Violação aos Direitos Humanos. Consequências. **Revista Internacional Consinter de Direito**. Lisboa: Juruá, ano I, 2015.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. **A seletividade no sistema prisional brasileiro e a produção da vida nua (homo sacer)**. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/28350>>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Submetido em 21.02.2019

Aceito em 24.07.2019