

DO DEVER DE PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL ÀS PENAS DA (IN)SEGURANÇA PÚBLICA: A CRISE DA FALSA DICOTOMIA¹

*FROM DE DUTY OF PROTECTION OF CRIMINAL LAW TO THE PUBLIC
(IN)SECURITY'S SANCTIONS: THE FALSE DICOTOMY IN CRISIS*

Fernando Gabriel Ghiggi²

RESUMO: Medidas de abrandamento da pena violam algum dever de proteção estatal? A partir dessa problemática, objetiva-se subsidiar perspectivas práticas e teóricas tendentes à descarcerização, verificando-se a equivocada contraposição entre premissas de segurança pública e direitos fundamentais individuais ou direito à liberdade subjacentes ao direito penal. Tal esforço exige que, iniciando-se pela análise do atual panorama das prisões e adentrando-se em uma revisão bibliográfica, questionem-se as finalidades do sistema penal, se a limitação do poder punitivo ou a proteção social, bem como as premissas normativas que embasam a tomada de decisões individuais ou gerais. Isso tudo permite, em conjunto com apontamentos na jurisprudência pátria, que se realizem análises críticas e propostas concretas alinhadas à realidade histórica e social no âmbito jurídico, seja em relação a presos provisórios, seja em relação a pessoas com condenações definitivas, tanto em relação às condições materiais e de superlotação, quanto à legalidade da prisão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Dever de proteção. Sistema carcerário.

ABSTRACT: Does the softening or easing of penal sanctions violates state's duties of protection? Starting from this problematic, the present article aims to subsidize practical and theoretical perspectives tending to decarceration. It also ensures to look at the mistaken contraposition between public security premisses and fundamental rights or individual freedom underlying criminal law. This effort demands that, starting from the analysis of the current panorama of Brazilian prisons and entering into a bibliographic review, the penal system's goals are questioned as limits of punitive power or a mechanism of social protection, and so the normatives that support particular or general decision-making. All this, together with notes on native jurisprudence, allows a critical analysis and concrete proposals or measures aligned with social and historical reality in the legal field, either in relation to pre-trial detainees, or in relation to citizens with definitive convictions, both in relation to material and overcrowding conditions, and also to the legality of the imprisonment.

KEYWORDS: Criminal law. Duty of protection. Penal system.

1 Adaptação do capítulo intitulado "Direito penal: dever de proteção para que(m)", publicado originalmente no livro "Dever de Proteção, Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica".

2 Defensor Público no Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito (IMED). Pós-Graduado em Direito Constitucional (FDDJ). Membro do grupo de pesquisa "Criminologia aplicada à Defensoria Pública", junto à Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (FESDEP). E-mail: fernandoghiggi@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O cenário de precariedade das prisões e as possíveis ações para enfrentar dessa realidade são temas contantes no debate político e jurídico nacionais. Tal questão fora novamente polemizada durante a pandemia do COVID-19, ocorrência que permite aprofundar o debate acerca das finalidades, limites e alcance do direito penal, das normas atinentes à execução da pena e das garantias que assistem à população carcerária.

Uma vez que o cerne do debate, em geral, parte de normas ou decisões judiciais que, de alguma maneira, implicam em restauração do estado de liberdade de pessoa sujeita ao controle penal (repressivo ou preventivo), entende-se necessária a abordagem da seguinte problemática: *medidas de abrandamento da pena violam algum dever de proteção estatal?* A hipótese sustentada é a de que não há violação, além de comumente ocorrer uma contraposição equivocada entre premissas de segurança pública e direitos fundamentais individuais ou direito à liberdade.

Para tanto, o presente ensaio será dividido em quatro tópicos: o primeiro, destinado a contextualizar o debate e o atual panorama das prisões, com estatísticas concretas; o segundo e terceiro, a apresentar a ideia do dever de proteção aos direitos fundamentais, a partir da doutrina de Robert Alexy e a dicotomia direito penal e segurança pública, de forma a repensar o modo com que o “dever de proteção” opera neste âmbito; por fim, o quarto e último tópico debaterá algumas medidas que podem – ou devem – ser adotadas. Com isso, objetiva-se subsidiar perspectivas práticas e teóricas sobre a desencarcerização e críticas ao juspositivismo, para adentrar na realidade material cotidiana do sistema prisional de confronto à legislação.

2 A “CRISE PERMANENTE” DO CÁRCERE

Não existe “crise” no sistema prisional e no direito penal. A ideia de crise pressupõe a incapacidade excepcional e passageira de atingir as finalidades propostas. O sistema penal, desde seu nascedouro, corre em uma espiral ascendente no rigor e, ao mesmo tempo, descendente rumo ao fracasso de seu discurso preventivo e/ou ressocializador. Quando *permanente*, a suposta crise é na

verdade um dado concreto, manuseado arditosamente para fomentar objetivos diversos, ou seja, a crise se transforma em uma causa ou um fator que gera outras ocorrências sociais³. No caso da pena, concretizar sua função “real”: a (re)produção e conservação das relações sociais desiguais⁴.

Com efeito, a predileção pela prisão – pena ou provisória – revela a importância de se verificar, mesmo dentro de um quadro que tenta lhe dar *aparência* de legitimidade, alternativas ou medidas que garantam dignidade àqueles que se sujeitam à intervenção deste sistema. Evidentemente, isso não desconsidera o horizonte de abordagem da questão penal na sua raiz.

Conforme último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁵, em dezembro de 2019, o Brasil contava com 748.009 presos, sendo cerca de 30% provisórios. Cabe ressaltar que se trata de um número estático, isto é, um retrato do momento da coleta de dados, que não demonstra o número efetivo de pessoas que passam pelo cárcere dentro de determinado período.

Quanto às precárias condições das unidades prisionais, o STF reconheceu a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” (MC na ADPF 347, j. 09/09/2015), pelo quadro de violações reiteradas e sistemáticas a direitos fundamentais dos presos, com superlotação, torturas, celas anti-higiênicas e insalubres, má alimentação, falta de água e produtos básicos e proliferação de doenças (como tuberculose, HIV e sífilis). Especificamente sobre as condições de saúde, em média, 30% dos estabelecimentos não possuem assistência médica, com discrepância entre os Estados da Federação – considerados números brutos de presos sem cobertura, o percentual é ainda maior⁶.

Com a chegada do COVID-19, emergiu a preocupação com as consequências no âmbito carcerário. Confirmaram-se 34.961 e 102 óbitos até 14/09/2020⁷. Nesse

3 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 04. O autor vincula a ideia à lógica econômica, política e institucional, sendo aqui transposta à seara penal.

4 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 164-196.

5 **INFOPEN/SISDEPEN, 2019**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em 15 set. 2020.

6 Conselho Nacional do Ministério Público, **Sistema Prisional em Números**, 2018. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. DEPEN. **Nota Técnica 23/2020**: <https://www.gov.br/depen/pt-br/SAUDEPRISIONALSEI_MJ11406541NotaTcnica2.pdf>. Acesso 12 set. 2020.

7 CNJ, **Monitoramento Semanal COVID-19**. Boletim de 16 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos>>. Acesso em 18 set. 2020.

contexto, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ajuizou a ADPF nº 684⁸. Nesta, almeja-se reconhecer o descumprimento de condições mínimas de saúde, vida e segurança da população prisional, dos agentes penitenciários e da sociedade em geral. Postularam-se providências ao Executivo e Judiciário, especialmente para observância da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, cujo teor gerou polêmica nos âmbitos político e jurídico, ao prever o recolhimento domiciliar, a revisão e a excepcionalidade de custódias preventivas.

Diante da pandemia, evidentemente, a questão prisional ganha contornos peculiares, mas o quadro geral e histórico permite lançar olhares sobre a situação cotidiana do sistema carcerário – o qual, como se disse, vive em estado de “crise permanente” (ou, fugindo da incoerência terminológica, em estado de ilegalidade e inconstitucionalidade). Assim, o contexto atual exige que se aprofunde o questionamento sobre a existência do dever estatal de ação ou abstenção específico à população carcerária e sua exigibilidade judicial, bem como se medidas de abrandamento da pena representam violação à política de segurança pública.

Cumprido ressaltar que a análise permanece no âmbito de reformas imediatas sem necessariamente afetar a raiz da questão criminal, mas tendo por horizonte a crítica radical. Com isso, pretende-se apontar que a abordagem penal de matriz juspositivista⁹ (re)vela contradições no que concerne à sua materialidade (na transposição da teoria ou “ciência” do direito à sua aplicação real e prática), e que mesmo dentro da perspectiva “não crítica” do direito há espaços relevantes de atuação.

3 APORTES TEÓRICOS: DIREITO DE DEFESA E DEVER DE PROTEÇÃO

Dentro do viés constitucionalista e democrático do jurista Robert Alexy, amplamente difundido no direito pátrio, normas de direitos fundamentais carregam, como algo inerente, comandos de proibição de violações a estes direitos¹⁰. Tais violações poderiam ocorrer ao se violar a *proibição de excesso*, diante de direitos de

8 **ADPF nº 684**. Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752652754&prclD=5910249>> Acesso em: 20 de agosto de 2020.

9 Cf. MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 49-59.

10 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. Ed. Trad. de V. A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 444.

liberdade, ou a proibição de *proteção deficiente* em prover certas garantias mínimas, em geral, atreladas a direitos de igualdade¹¹.

Isto implicaria: (i) por um lado, a existência de direitos de defesa, pelos quais o Estado não pode restringir arbitrariamente liberdades de seus cidadãos – ou seja, o Estado tem um dever de abstenção; e (ii) por outro, a existência de um direito do cidadão em face do Estado a que este realize determinada ação positiva – um direito a prestações ou um dever proteção¹², tendo o titular do direito a possibilidade de exigí-lo judicialmente¹³.

É preciso pensar como este arcabouço teórico tem incidência no âmbito do direito penal e da execução da pena. Há diversas referências na obra de Alexy ao “dever de proteção” (positiva) no sentido da ação voltada para *criminalização* de condutas pela proteção de cidadãos¹⁴. Ao mesmo tempo, cita-se que a liberdade individual atua como “direito de defesa” (negativo) sobre o qual o Estado intervém ao aplicar uma pena¹⁵.

Isso demonstra a dificuldade e a problemática da análise da questão penal. Explica-se. Quanto ao viés do dever de abstenção, parece subsistir até uma previsão legal de criminalização que esteja em acordo à Constituição; então, caso haja restrição à liberdade, seria suficiente a observância dos limites desta previsão legal (tempo e regime de prisão). Por isso, limitando-se à possibilidade ou não de criminalização, Alexy menciona que “a questão definitiva só pode ser se, do ponto de vista do direito constitucional, a norma proibitiva, ou a razão a ela subjacente, é mais importante que a permissão fundada em um direito fundamental”¹⁶.

Já sob o viés do dever estatal de proteção, invocam-se, no discurso jurídico ligado a estas categoria, a “segurança pública” e a necessidade de penalização de condutas como medida necessária – por vezes como primeira ou única medida – a se garantir a *proteção social*. Cita-se a prevenção de condutas, seguida da ressocialização de quem as pratica, ou mesmo a simples necessidade de “punição”.

11 MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56.

12 Sobre a conceituação e detalhamento das categorias de “direito de defesa” e “direito a prestação” cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 195-203.

13 Id. *Ibid.*, p. 445.

14 Id. *Ibid.*, p. 202, 234, 442, 450 e 453-454.

15 Id. *Ibid.*, p. 460. Relativiza-se, no entanto: “o fato de que, por razões de direitos fundamentais, uma norma restritiva seja razoável e exigível para a garantia de liberdades não retira dela a qualidade de restrição.” Id., *Ibid.*, p. 335.

16 Id. *Ibid.*, p. 127.

Assim, da conjugação desses aspectos, segue-se positivamente de uma pena corporal limitada no tempo (v.g., de 05 a 15 anos de reclusão) e a idealização de que se não cumprida: (i) viola-se o dever de proteção estatal e a criminalidade aumentará, uma vez que não se aplicou a medida de “prevenção”; ou (ii) o condenado não será ressocializado ou reeducado, por não ter se submetido à execução penal; ou (iii) haverá impunidade ou sensação de impunidade – se a função da pena é a repressão.

4 A FALSA DICOTOMIA DO DIREITO PENAL

Quais as dificuldades e a problemática dessa análise juspositivista (e talvez constitucionalista) da questão penal? Primeiramente, vincula-se o *dever de proteção ao direito penal* como se este fosse o meio adequado à prevenção de atos socialmente negativos, à proteção da vítima ou sociedade, ou à política de segurança pública, em suposta contradição ao direito de liberdade (defesa) do réu, investigado ou condenado. Em segundo lugar, não se criticam as *finalidades* declaradas na análise da questão penal, mesmo diante do histórico fracasso em alcançá-las – e construções como direitos de defesa e dever de proteção partem da eleição de fins a serem atingidos para decidir sobre o meio adotado¹⁷. Consequentemente, como terceiro ponto, parece ser esquecido que a reprimenda é um *limite máximo*, não havendo vedação ao abrandamento em determinadas situações. Por fim, revela-se incoerente ter como “legítima” a privação à liberdade pautada na legislação penal sem considerar as *condições materiais* em que se dará o cumprimento desta pena, mormente quando não se observam as exigências da “mesma” legislação.

Quanto aos três primeiros pontos, a visão idealizada do direito penal como ramo capaz de atingir a todos igualmente e que cumpre funções preventivas ou ressocializadoras se revela em descompasso à história e à realidade material produzida desde o implemento da pena de prisão¹⁸. A existência ou expansão do direito penal não impede, de fato, as condutas previstas em suas normas. Pelo contrário, uma análise materialista (e científica) permite compreender que o direito penal é o direito desigual e seletivo por excelência¹⁹, cuja função real se volta à

17 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 116-120, 248-53, 462-3 e 584-593.

18 Ver nota de rodapé nº 03 e cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161-164.

19 Cf. BRANDÃO, Claudio. **Poder e seletividade: os processos de criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal**. In: Caderno de Relações Internacionais, vol. 10, nº 18,

(re)produção da desigualdade, controle e disciplina de certas camadas da população, além de ser um forte aparato ideológico de marginalização e concorrência entre setores sociais²⁰.

Com efeito, não se nega a existência de pontos de contato entre direito penal e a ideia segurança pública. Mas é a idealização da pena que lhe atribui finalidades de redução da violência e proteção de bens jurídicos fundamentais, contraditas pela realidade fática. Nesse viés, a finalidade do direito penal enquanto *práxis* deve ser (re)concebida primordialmente – se não apenas – à *limitação* da coerção punitiva para proteção à pessoa humana, pois a pena é em si uma forma de violência²¹.

Afinal, materialmente, já pertence ao Estado o monopólio punitivo e lhes são dados inerentemente os meios para tanto (polícias, sistema de justiça, prisões e forças armadas)²². Não é preciso o direito penal para que o Estado tenha a possibilidade (real) de tolher a liberdade (e a vida) de seus cidadãos. A *delimitação* desse poder não se revela como proteção “à coletividade”, mas ao cidadão, detentor da vida, liberdade e igualdade. Se o *direito penal* é a regulação do poder punitivo do Estado, logo, por definição, é a sua limitação. Evidentemente, quando se aprova uma

jan-jun. 2019, p. 297-319. Além do caso da violação dos direitos autorais, apontado pelo referido autor, pode-se exemplificar com o número de processos pelos arts. 203 e 205 do CP, em cotejo com condenações por supressão fraudulenta de direitos em decisões na Justiça do Trabalho; ou pelo art. 243 do ECA por venda de bebidas alcoólicas em estabelecimentos comerciais. Não se defende com isso a expansão do direito penal; apenas se almeja demonstrar sua seletividade. Ver também BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, op. cit., p. 162-168.

20 Ver nota de rodapé nº 04.

21 CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (Edição do Kindle, cap. 6.1, pos. 3190-3207). Ver também: SOUZA, Taiguara L. S., **Estado penal versus Estado democrático de direito: a hipertrofia do poder punitivo e a pauperização da democracia**. In: Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 237-255, jan./mar. 2013., p. 238 e p. 250-251; e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva**. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 4, p. 94-113, 2009. Não se desconhece ser comum a atribuição ao direito penal a finalidade de proteção de bens jurídicos (ainda que com o adendo de serem estes determinados pela classe dominante), cf. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 111-116. No entanto, como apontado pelo referido autor, esta finalidade vem do emprego idealizado – ou ideologizado – e teoricamente consensual do direito penal, o que não passa de uma ficção político-jurídica originária de outra ficção, qual seja, a noção de igualdade formal. Uma leitura materialista do direito penal enquanto *práxis*, dentro de uma sociedade conflituosa e desigual deve concebê-lo como instrumento de limitação.

22 “A decisão jurídica se estrutura numa somatória de camadas de poder advindas do Estado e do direito, mas, também e em especial, a partir da materialidade das práticas sociais, constituindo relações “naturais”, nas quais a hierarquia, a exploração e a opressão se engendram. No plano mais visível, a decisão jurídica imediatamente é institucional: o Estado dá poderes, formalmente, a determinados agentes, a fim de que decidam. O policial decide ou não atirar porque, em primeiro lugar, foi-lhe constituído juridicamente um poder para tanto, tendo lhe sido dada inclusive uma arma. O magistrado libertará ou não o encarcerado porque foi investido de competências formais para julgar questões de execução penal. Nesse grande campo, a decisão jurídica depende, justamente, das instituições político-jurídicas que lhe dão o talhe.” MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**, op. cit., p. 166-167.

lei criminalizando determinada conduta, reduz-se a linha deste limite e amplia-se a área punível; porém, se pensada a instituição e surgimento do *direito* penal moderno, este significou, materialmente, a delimitação da esfera *formalmente* legítima de punição, até então sujeita ao alvedrio do julgador ou do inquisidor. Em síntese, o direito penal é o *limite* ao poder de punir. Isso deve guiar sua interpretação.

Assim, o cerne do direito penal é: não há pena sem prévia cominação legal e não se admite o *excesso ou desvio* de execução (art. 1º do CP e art. 185 da LEP). O contrário não encontra restrição: medidas de abrandamento podem ser empregadas sem “violação” ao direito penal e ao princípio da legalidade. Exemplo disso são a permissão *constitucional* da graça, indulto e anistia, e a Súmula Vinculante nº 56²³. E mais, política de “segurança pública” não é sinônimo de intervenção penal ou permanência na prisão – tais medidas significam já a falha da *segurança pública*.

No entanto, esta noção vem indevidamente perdendo espaço a um fictício “direito fundamental à segurança pública”, do qual o direito penal seria mero instrumento. Ora, segurança (e prevenção) não são garantidas *pelo* direito penal, que sempre atua *após* a conduta a qual se queria evitar, mas por meios diversos: politização e (re)humanização social, policiamento desmilitarizado e comunitário, redução de desigualdades e políticas de Estado-social ou previdenciário²⁴.

Cabe observar aqui a genealogia das previsões jurídicas sobre segurança. Primeiramente, em tratados internacionais, restou elencada no art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e art. 9º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), como segurança pessoal contra violações de direitos pelo Estado. Prevista também no art. 9º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais (1966) como “seguro social”, ou seja, das condições materiais de vida.

Em âmbito nacional, até 1946 todas as Constituições faziam menção à “segurança individual”, como direito do cidadão contra atos arbitrários ou autoritários do Estado. A ideia de “segurança pública” aparece vinculada à suspensão de reuniões e à censura das comunicações na CF/37 (art. 122, 10 e 15, “a”) e menções à “segurança nacional” eram vinculadas à defesa do país diante de agressões *estrangeiras*. Todavia, a partir do regime militar, em 1967, suprimiu-se a expressão

23 Impossibilidade de manutenção do preso em regime de pena mais gravoso na falta de estabelecimento adequado.

24 Quanto a este último ponto, considere-se inclusive ser a maioria tanto das vítimas quanto dos réus pessoas economicamente desfavorecidas, de baixa escolaridade, jovens, negros e residente de regiões das periferias urbanas. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil**, op. cit., p. 97.

“individual” da previsão de segurança, com instauração da política de “segurança nacional” como defesa *interna* (art. 86), paralelamente ao aumento do poder de perseguição estatal. Desde 1988, prevê-se a segurança como direito individual (art. 5º), social (art. 6º), e também a segurança pública (art. 144), a partir do que se geram os debates sobre a configuração deste direito à segurança como interesse coletivo e superior.

Contudo, uma leitura histórica e materialista vê o paradigma atual de superação do regime militar e da política de segurança nacional com a restauração de direitos sociais e do fundamento da dignidade humana (art. 1º, III). Assim, compreende-se que não se pode pretender instrumentalizar o cidadão como meio de fomentar uma política de segurança pela via penal, utilizando-o com finalidade preventiva geral por meio da sanção penal. A leitura sistemática da Constituição exige a compreensão da segurança pública enquanto política social e interdisciplinar, que passa desde a garantia de condições materiais mínimas (vida, alimentação, saúde, educação, pleno emprego e assistência social) e não com um suposto status de “direito difuso” apto a afastar a proteção a direitos individuais e sociais diversos, seja pela condição de réu, seja pela condição de apenado.

Por tais razões, não há embate direto, contraposição ou sopesamento entre direitos individuais do preso ou acusado e segurança pública. Diante dessa falsa dicotomia, transpõe-se a lição de Nilo Batista de que, no fundo, há “outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação” necessários para compreender a política criminal atual, que elege a “guerra como método”²⁵.

Por fim, como contrassenso da noção de prevenção ou de segurança pública vinculada à pena, traz-se, por fim, o *fator criminógeno* das prisões. Isto é, o ambiente prisional, ao invés de conter, estimula a prática de atos antissociais. Isto decorre: das precárias condições materiais, prejudiciais à condição físico-psíquica do interno; de fatores psicológicos – internalização da astúcia, dissimulação e contradisciplina deste ambiente; ou de condições sociológicas de desadaptação do convívio social²⁶. No Brasil, o fator criminógeno, reforçado pela hipertrofia do sistema

25 BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. 5/6, v. 3, 1998, p. 77-78.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da pena de prisão**: op. cit., p. 165-202.

prisional e pela política repressiva de lei e ordem, resultou no nascimento das “facções”²⁷.

Com estas premissas, (re)enquadra-se a situação do réu ou do preso nas categorias propostas na obra de Alexy. Busca-se este esclarecimento devido à forte influência de suas lições na teoria jurídica pátria. Como ponto de partida, o cidadão tem em seu favor um direito de defesa, pautado na legalidade e na proibição do excesso, no sentido de que a prisão não pode afetar *nada mais* do que a liberdade²⁸ da pessoa condenada criminalmente, e apenas nos *limites máximos* estabelecidos em lei – tempo e grau de restrição²⁹. Visto de outro modo, há um dever de abstenção do Estado em violar estes limites máximos, por força, principalmente, do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 3º da LEP. Existindo direito penal positivado, com todos seus problemas de desigualdade e seletividade, deve ser pensado como direito de *defesa* da liberdade individual.

Já no que concerne às condições materiais de vida na prisão, emerge necessariamente um *direito a prestações* que garantam as condições de vida e dignidade – em outras palavras, um *dever de proteção* aos direitos fundamentais do cidadão. Violado este dever, o abrandamento da pena não encontra óbice, eis que *a via do direito penal* deve ser pautada primariamente pela *liberdade* da pessoa criminalizada (enquanto direito de defesa).

Enfim, o dever de proteção decorre da Constituição Federal, em seu art. 5º, III (vedação ao tratamento desumano ou degradante), XLVII, “e” (vedação a sanções cruéis) e XLIX (respeito à integridade física e moral dos presos), e art. 6º e 196 (direito à saúde, alimentação e educação). Inserem-se aqui elementos como proteção à vida e saúde do preso, assistência social, condições de salubridade, acesso à água e alimentação suficientes e adequadas, oportunidade de trabalho e estudo, assistência jurídica, entre outros. A LEP, em diversos dispositivos, detalha previsões sobre estes aspectos. Com isso, tenta-se superar o quarto e último problema apontado no início desta seção.

27 Sobre o tema, duas visões de viés sociológico: GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. São Paulo: Boitempo, 2017; FELTRAN, Gabriel. **Irmãos**: uma história do PCC. São Paulo: CIA das Letras, 2018, p. 145-164 (Edição Kindle).

28 Sem excluir os efeitos secundários da pena, como suspensão dos direitos políticos, perda de cargo público, destituição do poder familiar, etc. Restringe-se a análise aqui às condições físicas e materiais da pessoa condenada.

29 Entendidos aqui, por exemplo, como respeito aos regimes diferenciados e sua progressão (fechado, semiaberto e aberto), liberdade condicional, prisão domiciliar, saídas temporárias e trabalho externo. Também atividades – v.g. banho de sol e visita íntima – e o direito à privacidade, honra e imagem que não podem ser devassados.

Feita esta readequação em ambas as categorias, permite-se a devida análise de medidas voltadas à questão carcerária, desde as soluções da Súmula Vinculante 56, as relativas ao COVID-19 previstas na Recomendação 62/2020 do CNJ (alterada pela Recomendação nº 78), e as pleiteadas na ADPF 684, até outras que visam ao desencarceramento para sanar o problema da superlotação.

5 PROPOSTAS DE ABRANDAMENTO OU A INGENUIDADE DE CUMPRIR A LEI

5.1 AS MEDIDAS PROPOSTAS EM FACE DO COVID-19: ATOS PARA DESENCARCERAMENTO E A NATUREZA DE MERA “RECOMENDAÇÃO”:

Inicia-se este tópico com a análise das medidas propostas na situação da pandemia do COVID-19, para posteriormente se passar à análise mais geral. No âmbito do Poder Executivo, expediram-se Portarias como a Interministerial nº 07 do Min. da Justiça e Min. da Saúde, e Notas Técnicas em âmbito estadual, para identificação de casos suspeitos e isolamento e distanciamento de presos. Na prática, houve apenas a suspensão de visitas presenciais e, em alguns locais, de saídas temporárias, bem como certo grau de higienização e controle nas entradas. Previsões adicionais permaneceram no âmbito abstrato, devido à dificuldade de implementação na realidade prisional.

Como alternativa, aportou a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, a qual almejava principalmente a reavaliação de prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 dias e a possibilidade de recolhimento domiciliar, inclusive para presos definitivos do aberto ou semiaberto, para pessoas integrantes do grupo de risco ou em estabelecimentos com capacidade superior à máxima ou que estejam sob ordem de interdição. Conforme demonstrado pelos autores da ADPF 684³⁰, não houve grande recepção destas medidas, à exceção de alguns casos ou comarcas em específico. Argumento recorrente nas decisões que almejam negar as medidas previstas no ato do CNJ é sua natureza de “recomendação”, sem caráter normativo ou vinculante³¹.

30 Ver nota de rodapé nº 08.

31 Nesta seção, extraídos julgados do TJRS de modo exemplificativo. Sobre o tópico: TJRS, Habeas Corpus nº 70084409168, 2ª Câmara. Crim., Rel.: Viviane F. Miranda, j. 25/08/2020 (paciente integrante do grupo de risco).

Não obstante, suas disposições *apenas reforçam medidas decorrentes da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional e também da jurisprudência vinculante do STF*. Inclusive, este foi o entendimento do Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 660, ao negar seguimento a ação na qual se postulava o reconhecimento da invalidade do ato do CNJ. Assim, não há inovação no ordenamento, sendo as medidas ali constantes dotadas de caráter normativo e obrigatório.

Com visto, há um dever de abstenção (ou direito de defesa do preso), pelo qual não se pode restringir em maior grau a liberdade em relação aos limites legais, ou seja, *agravar* sua situação em relação ao que prevê a lei (em sentido amplo). É esta a questão de princípio central à origem da Súmula Vinculante nº 56 – citada como parâmetro na Recomendação nº 62. Ao mesmo tempo, deve-se ainda observar o dever de proteção, garantido ambiente habitável, salubre e digno. Basta transpor a ilegalidade do regime de cumprimento de pena, objeto da referida súmula, para outras ilegalidades, como a superlotação ou a inobservância de condições materiais de habitação, saúde e higiene – potencializadas pela pandemia do COVID-19, mas cotidianas no cárcere.

Com efeito, a readequação da análise da questão penal dá à ADPF nº 684 argumentos favoráveis (inclusive de uma medida liminar nesse sentido): afinal, não se pede nada além do cumprimento da lei e da Constituição³². No entanto, quando se trata da população carcerária, preventiva ou definitiva, esta exigência básica de uma democracia constitucional é indevidamente colocada em cheque. De qualquer sorte, passam-se a outras medidas de caráter geral.

5.2 A QUESTÃO DA ABERTURA DE NOVAS VAGAS *VERSUS* A REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA:

Sendo as condições materiais nas prisões e o superencarceramento problemas centrais na questão da execução penal, talvez a resposta imediata seja “maior investimento para construção de novas alas ou presídios e aumento do

32 A proposta dos autores da ADPF consistiu na declaração do descumprimento de preceitos relativos à vida, saúde, liberdade e dignidade humana, no que tange a medidas eficazes de evitação da pandemia no sistema prisional, além de i) emissões de ordens aos juízes e Tribunais e ii) emissão de provimentos mandamentais direcionados à Administração Pública. O cumprimento das ordens se consumaria com Tribunais de Justiça e aos Estados, o DEPEN, o CNJ e outros órgãos ou entidades atuando pela célere identificação de beneficiários, por meio de comunicação às respectivas administrações prisionais, ressalvada a identificação de casos excepcionalíssimos, nos quais ainda assim providências diversas deveriam ser adotadas para salvaguarda da saúde (p. 86-8 e p. 90-102).

número de vagas.” Entretanto, não se pode defender a pura e simples criação de novas vagas para frear o aumento excessivo da população carcerária. Não se deve inchar o “Estado Policial”, mas garantir condições de igualdade material à população em geral, o que fomenta a política de segurança, além de providenciar-se o necessário à dignidade de quem já está no cárcere³³. Quando se propõem reformas, há de se observar o caráter do direito penal como direito de defesa de garantias, de limite do poder punitivo e de redução do seu campo de intervenção, para que o horizonte ao qual a reforma aponta não seja de mera expansão e legitimação, mas sim uma medida capaz de produzir “reais transformações qualitativas do sistema e [...] superá-lo parcialmente”.³⁴

Cabe apontar que não apenas o número bruto de pessoas encarceradas, mas também a taxa de aprisionamento vem aumentando anualmente no Brasil. Conforme dados do INFOPEN (2019)³⁵, o nº de pessoas presas a cada 100.000 habitantes: em 1990 era de 61,00; chegou a 137,00 em 2002 (239,345 pessoas); alcançou 214,00 em 2006 (401.236 pessoas); e representa 356,95 em 2019, com cerca de 750.000 presos. O deficit de vagas aumentou de 82.913 postos faltantes em 2002, para 312,925 em 2019 - um aumento de 3,77 vezes. Assim, a taxa de superlotação é de aproximadamente 170%. Por fim, cumpre ressaltar que mais de 70% das pessoas encarceradas referem-se a delitos patrimoniais ou vinculados à lei de drogas.

O cenário não deve ser abordado de modo a manter esta crescente taxa de aprisionamento e tão somente aumentar-se o número de vagas. Mantida a atual (re)produção das relações sociais de desigualdade e admitindo-se sempre a possibilidade do superencarceramento, a medida apenas fará com que mais pessoas ingressem e permaneçam sujeitas ao controle penal. As medidas adequadas, que respeitam o dever de abstenção do Estado e o emprego do direito penal como *ultima ratio*, devem mirar o sentido oposto: o desencarceramento.

Daí a importância de se adotar como questão de princípio o *numerus clausus*, conforme explicado por Rodrigo Roig: “cada nova entrada de uma pessoa no âmbito

33 “Supor que boas penitenciárias darão segurança pessoal a todos é o mesmo que equacionar em bons hospitais a saúde pública – esquecendo a alimentação, a higiene, o sistema de água e esgoto, etc. O serviço policial preventivo se interessa pelas variáveis gerais da mudança social, e dentro delas pelos projetos que diretamente representem uma considerável diminuição no número de pessoas disponíveis para o desvio. Os criminólogos do século XIX diziam que construir escolas é economizar em penitenciárias.”. BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 173.

34 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, op cit., p. 221-222.

35 Ver nota de rodapé nº 05.

do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em *estabilidade ou tendencialmente em redução*”, sendo “um princípio que preconiza a redução de população carcerária, não a criação de novas vagas”, pois “definitivamente não é a solução para a contenção do quadro de superlotação.”³⁶

5.3 *NUMERUS CLAUSUS* E ANTECIPAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME, LIVRAMENTO CONDICIONAL ESPECIAL OU COLOCAÇÃO EM PRISÃO DOMICILIAR:

O postulado acima encontra positivação no ordenamento jurídico pátrio? Acredita-se que sim, no art. 85 da LEP, o qual expressa: “o estabelecimento penal *deverá ter lotação compatível* com a sua estrutura e finalidade”, sendo o *limite máximo* de capacidade definido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Semelhante previsão há no art. 92, “b”, da LEP.

Veja-se, a legislação *atual* é clara e imperativa: “deverá” e “limite máximo”. A prisão que extrapole o limite máximo é, portanto, ilegal. A Constituição Federal dá a resposta mediante outra ordem expressa: “a prisão ilegal *será* imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, LXV). A mesma construção pode ser feita em relação ao art. 88 da LEP – a prisão de uma pessoa em ambiente que não respeite aquelas condições materiais mínimas é ilegal. Mas tratemos, por ora, apenas da questão referente ao limite de vagas, por ser medida passível de execução imediata.

Quanto à sistematização desta metodologia para se garantir a estrita observância da lotação prisional, deve-se determinar periodicamente a capacidade máxima, não podendo ser superada em qualquer hipótese (v.g., se a estrutura é para 1.000 pessoas, alcançadas 1.001, alguma medida deve ser adotada). O ingresso de um excedente deve corresponder à progressão antecipada ao próximo regime, fazendo-se o mesmo em cascata até a concessão de livramento condicional ao integrante do regime aberto mais próximo de alcançá-lo. Em casos excepcionais (ou para a questão da prisão preventiva), pode-se empregar a prisão domiciliar e/ou

36 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Um princípio para a execução penal**: numerus clausus. Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 15, São Paulo, jan.-abr. 2014, p. 107-108.

monitoramento eletrônico. No caso de violação das regras pelo liberado, retorna-o à prisão e repete-se o processo com outro detento³⁷.

Inclusive, recentemente, o STF decidiu pela adoção do princípio do *numerus clausus* no caso de medida de internação de adolescentes, ao vedar a superlotação mediante a aplicação de medidas alternativas. Ratificou-se que o dever de proteção impõe a preservação de direitos de pessoas com restrição à liberdade, não podendo a análise se pautar por clamores ou sentimentos sociais de rigor ou severidade da reprimenda (HC 143.988, julgado em 21/08/2020).

Agir nesse sentido não apenas garante condições adequadas à pessoa privada de liberdade, como também permite ao Estado o redirecionamento orçamentário para atender situações de vulnerabilidade social. Especialmente a “clientela em potencial” do direito penal, que historicamente se vê sem vagas nos sistemas educacional e de saúde, sem vagas de trabalho e sem vagas no sistema prisional; porém neste último, o ingresso ocorre mesmo na ausência de vagas.

Outros instrumentos como a formação de “lista de espera” e o indulto especial também podem ser cogitadas aqui³⁸. Entretanto, para os propósitos e restrições espaciais deste texto basta a provocação acerca do limite de vagas e a tendência à redução da população carcerária.

5.4 A QUESTÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS: ANTECIPAÇÃO DE PENA E “GRAVIDADE DO DELITO”:

Outro aspecto que possui impacto direto no excesso da população carcerária e na garantia de condições mínimas exigidas pelo dever de proteção representa, ao mesmo tempo, uma violação cotidiana do dever de abstenção do Estado: o emprego inadequado e excessivo de prisões provisórias. Trata-se de questão debatida à exaustão e cuja menção aqui se restringirá a uma das alterações pela Lei 13.964/2019, qual seja, a vedação do emprego da prisão preventiva com finalidade de antecipação de pena ou decorrência imediata de investigação ou recebimento de denúncia (art. 313, §2º, do CPP).

Vedar a antecipação da pena significa confirmar a função cautelar ou instrumental da medida, em respeito à regra de tratamento que decorre da

37 Cf. BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**, op. cit., p. 130-131.

38 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Um princípio para a execução penal**, p. 114-15.

presunção constitucional de inocência. Portanto, não se prende preventivamente para punir ou reprimir, nem para finalidades preventivas gerais (resposta a clamor público ou dissuasão ao cometimento de infrações).

A questão peculiar diz respeito à gravidade *concreta* do fato, até então admitida pela jurisprudência como fundamento. Argumentar que a acusação é grave e, portanto, o réu deve permanecer preso é antecipar a sanção prevista em lei como proporcional à gravidade do fato. É também antecipar o juízo de culpabilidade. Permitir este fundamento significa velar a seguinte afirmação: “*independentemente de haver risco imediato e atual na colocação em liberdade, a acusação narra fato grave, então o réu deve permanecer preso.*” Comumente, fala-se que a permanência em liberdade por fato grave gera “sensação de impunidade”. Ora, se o problema da liberdade é a sensação de *impunidade*, quer dizer que a prisão está fazendo vez de *punição*. Levado a sério o direito, o juiz que decretasse a prisão preventiva por esses motivos seria impedido de julgar³⁹.

A prisão *cautelar*, como o nome denuncia, e como expressamente previsto em lei (art. 282, I, c/c arts. 311 e 312, do CPP), somente pode ser empregada como medida de *cautela*, assecuratória e instrumental ao processo. Exemplos seriam indícios concretos de atentados contra testemunhas, destruição de provas, ou risco de fuga. E qual a relevância disso para as condições carcerárias? Cerca de 30% dos presos são preventivos, número que chegou a 40% em 2014 (INFOPEN, 2019). Hoje, 220 mil vagas nos estabelecimentos prisionais são ocupadas por pessoas ainda inocentes.

Contudo, mesmo após as alterações legislativas, verifica-se que não há tendência a revisar o rigor da fundamentação para que se decretem prisões cautelares. Pelo contrário, dizer que a prisão cautelar não é “antecipação de pena”, vem sendo empregado como fundamento para que não se analise a desproporcionalidade da prisão preventiva em relação ao regime de pena mais brando que seria aplicado em eventual condenação⁴⁰. Em muitos casos, alia-se a

39 Uma análise pelo *Grupo de ensino, pesquisa e extensão Poder, controle e dano social UFSC/UFSC* de 486 decisões do TJRS sobre pedidos de liberdade ou prisão domiciliar demonstrou que 92% (448) restaram negados, sendo a “gravidade do delito” fundamento em 52% (254) dos casos. *Casos diferentes, respostas padronizadas*: 92% dos pedidos de liberdade fundamentados na COVID-19 são negados pelo TJRS em maio. Disponível em: <<https://www.covidnasprisoas.com/blog/tjrs-nega-pedidos-de-liberdade?categoryId=184056>>. Acesso 18 set. 2020.

40 TJRS, HC nº 70084395003, 8ª Câmara Criminal, j. 26-08-2020; HC nº 70083532671, 8ª Câmara Criminal, j. 29-01-2020.

fundamentação à ideia de que a necessidade de resguardar a segurança coletiva se sobrepõe a direitos individuais como presunção de inocência e devido processo legal⁴¹. Este viés deve ser prontamente superado.

5.5 CONDIÇÕES MATERIAIS (MÍNIMAS):

Talvez aqui resida o ponto de maior relevância, pois “[a] verdade do direito penal, mais do que as normas do Código Penal, é o cárcere. É lá que o poder se manifesta em sua forma mais bruta. O momento normativo não revela a verdade do direito.”⁴² Daí o porquê de pensar em quem, hoje, é levado à prisão. Aportes orçamentários devem implementar exigências mínimas de saúde, higiene, alimentação e habitação dentro das unidades prisionais – por exemplo, visando à observância das exigências do art. 88 da LEP, a qual prevê cela individual, ambiente salubre e área mínima⁴³. O desrespeito a estas regras também implica em ilegalidade e violação ao dever de proteção⁴⁴.

Enquanto desatendidas as condições, deve-se compreender como inexistente estabelecimento *adequado*, que não pode ser vista apenas como a garantia “em abstrato” de vaga no regime correto (v.g., no fechado quando o adequado seria o semiaberto), mas também “concretamente” (v.g., se o preso tem garantidas de fato alimentação, saúde, espaço físico, etc.). A finalidade dessas exigências é a manutenção da dignidade, saúde e integridade física. Como consequência, devem-se adotar medidas *adequadas para tanto*, incluindo-se a progressão antecipada para regime com estrutura material adequada, nos termos da SV 59 – tanto pela inexistência absoluta de vaga, quanto no caso de existir a vaga nominalmente, porém as condições materiais não atenderem às exigências legais (v. g. arts. 12, 82 a 85, 88, 89, 92, da LEP). Apenas assim atende-se ao dever de proteção.

41 TJRS, HC nº 70084410638, 2º Câm. Criminal, j. 25-08-2020; HC nº 70084274042, 2ª Câm. Criminal, j. 26-06-2020.

42 MASCARO, Alysson Leandro. Introdução ao estudo do direito, op. cit., p. 57.

43 O condenado *será* alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. [...] São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

44 Se as condições materiais não atendem ao mínimo, pode-se exigir inclusive judicialmente a realização de obras necessárias (STF, RE 592581/RS).

Como a análise desta categoria partiu da doutrina originada da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, traz-se precedente da referida corte⁴⁵. Em causa referente à responsabilidade civil do Estado, declarou-se que a dignidade é inviolável e constitui limite à esfera penal, constituindo “obrigação do Estado [...] projetar o sistema penitenciário de forma humana, ou seja, conceder o nível de subsistência que é essencial para uma existência humana”. Para apreciação das condições, referiu-se que os “principais fatores que indicam uma violação da dignidade humana decorrente das condições espaciais da prisão são a área ocupada por recluso e a situação das instalações sanitárias”.

O caso tratava de pessoa presa em *cela de 8m² com um companheiro*, banheiro separado apenas por um feixe de madeira ajustável, com mesa para refeições a 01m do sanitário. Citaram-se precedentes nos quais se entendeu violada a dignidade humana por inobservância: de *área mínima de 06 a 07m² por recluso*, sem banheiro separado e ventilado; ou de *cinco reclusos em cela de 16m²*; ou, ainda, de um *apenado, sozinho, em cela de 5,25m² sem separação espacial do banheiro*.

Condições que talvez fossem pejorativamente tachadas de “luxo” ao preso, quando no Brasil se trataria de mero cumprimento da lei e da Constituição. Antecipam-se argumentos de que a realidade de um país de capitalismo central como a Alemanha é diversa de um periférico como o Brasil. Porém, a dignidade humana na Alemanha e no Brasil não pode ser considerada diferente.

Nesse viés, o STF já reconheceu que a manutenção de pessoa presa em condições de afronta à dignidade enseja direito a indenização (RE 580252/MS, j. em 16/02/2017). Porém, se um dos pressupostos à responsabilidade civil é o ato *ilícito*, então, nestas condições, a prisão é *ilícita* – ou seja, ilegal. Lembra-se: a prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada. Logo, ausentes condições materiais mínimas, não apenas a reparação a posterior deve ser imposta, mas prontamente garantidas as prestações materiais, a progressão antecipada para local que tenha estas condições, ou então concedida a liberdade ou prisão domiciliar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho permitiu a abordagem da realidade prisional e da questão penal, em paralelo às premissas teóricas de proteção a direitos fundamentais. O

45 Sentença 1 BvR 409/09, j. 07/11/2011. Disponível em: <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/bverfg/09/1-bvr-409-09.php>.

aporte teórico do trabalho permite perceber certa dissonância entre a realidade material do direito penal e a ficção jurídica cada vez mais arrastada pelas correntes da segurança pública, que vem encontrando ressonância na doutrina e jurisprudência.

Talvez assista razão a Alysson Mascaro quando afirma, em sentido mais amplo, que “[o] arcabouço jurídico não salva as sociedades das crises; antes, permite-as”⁴⁶. Em sendo verdade, é dever dos juristas atuar o quanto possível para frear e combater a suposta “crise permanente” do cárcere e seus discursos legitimantes, de um direito penal preventivo, ressocializador e de defesa social.

Com efeito, enquanto subsiste a atual forma jurídica e seu modelo de justiça penal, fortemente alicerçado na pena de prisão, a análise proposta permite concluir que medidas de abrandamento da pena não implicam em violações a qualquer dever estatal. Pelo contrário, exigências legais e constitucionais preconizam que a pena somente pode ser concebida como limite máximo ao poder punitivo. Concomitantemente, prestações materiais que lhe garantam dignidade se constituem em obrigações a serem cumpridas em favor da população carcerária, sob pena de tornar-se ilegal a prisão e exigível medida de alternativa imediata, sempre e tão somente tendentes ao abrandamento da pena.

Do contrário, há verdadeira dissonância cognitiva das autoridades e da sociedade em geral, em buscar o cumprimento da *lei* (penal) mediante a colocação do cidadão em condições de frontal violação à *lei* (penal e constitucional). Na antiga concepção de Hegel, o crime era a negação do direito, e a pena a “negação da negação” que restaurava a ordem jurídica racional; parafraseando essa ideia, a pena em condição que também negue o direito nada mais é do que um novo “crime” e a perpetuação de negações do direito.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva**. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 4, p. 94-113, 2009.

46 MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e pandemia**. São Paulo: Boitempo, p. 10.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. 5/6, v. 3, 1998, p. 77-78.

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

BRANDÃO, Claudio. **Poder e seletividade**: os processos de criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. In: Caderno de Relações Internacionais, v. 10, nº 18, jan-jun. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento Semanal COVID-19**. Boletim de 16 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos>>. Acesso em 18 set. 2020.

_____. **INFOPEN/SISDEPEN**, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em 15 set. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (Edição do Kindle).

FELTRAN, Gabriel. **Irmãos**: uma história do PCC. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 145-164 (Edição Kindle).

GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia**: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. São Paulo: Boitempo, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e pandemia**. São Paulo: Boitempo, 2020.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Um princípio para a execução penal**: numerus clausus. Revista Liberdades, n. 15, p. 104-120, São Paulo, jan.-abr. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

SOUZA, Taiguara L. S., **Estado penal versus Estado democrático de direito: a hipertrofia do poder punitivo e a pauperização da democracia**. In: Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 237-255, jan./mar. 2013.