

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 10, N. 1
JAN/JUN 2023

QUALIS
B2

(DES) RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ENCARCERADO

A CONTAGEM DA PENA EM DOBRO A PARTIR DO PARADIGMA DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136.961 E A (IN)APLICABILIDADE DO PRECEDENTE AO CASO BRASILEIRO

José Mário Wanderley Gomes Neto

Advogado, Cientista Político, Professor e Pesquisador do U.DATA - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito (UNICAP). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

Victor de Lemos Pontes

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Coordenador Adjunto do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM. Advogado.

Resumo: A decisão judicial colegiada proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso em Habeas Corpus nº 136.961 é o objeto de estudo deste trabalho, cujo problema é questionar a aplicabilidade deste paradigma a todas as situações de encarceramento de presos nos sistemas prisionais brasileiros, sobretudo naqueles já reconhecidos como violadores de direitos fundamentais, em razão das condições de insalubridade e precariedade. O objetivo, então, é analisar a aceitação deste julgado nos tribunais e juízos locais pelo Brasil, para observar se o paradigma possui uma tendência ao seu reconhecimento em casos concretos ou, a exemplo de outras questões de reconhecimento de ilegalidade no tratamento do encarcerado, se tende a distanciar-se da prática. Uma vez realizada a comparação do julgado paradigmático que reconheceu a contagem da pena em dobro para os presos em estabelecimentos prisionais insalubres com outras decisões relativas a ilegalidades carcerárias, foi identificado, a partir do pensamento criminológico de um “direito penal do inimigo” e de ausência de reconhecimento efetivo de direitos aos perseguidos pelo sistema de controle social, que é preciso observar a comparação do discurso com a prática penal para se pensar as agências penais como reprodutoras ou cerceadora das decisões que garantem direitos ao preso.

Palavras-chave: direitos fundamentais; contagem da pena; cárcere.

Submetido em 18 de abril de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objeto de investigação o cumprimento de decisões proferidas nos tribunais superiores que efetivem ou reconheçam direitos fundamentais dos presos no Brasil, por parte do tribunais e juízos locais, a partir da análise de uma decisão paradigma, qual seja, o julgamento do RHC nº 136.961, a qual reconheceu o direito de contagem da pena em dobro para os casos em que os presos estejam em estabelecimentos com condições insalubres.

A justificativa do problema reside no fato de a maioria das decisões que favorecem o apenado ou o preso provisório de alguma forma, ainda que por obrigação decorrente de ordenamentos jurídicos internacionais que sejam recepcionados no Brasil com status constitucional, tenderem a criar um precedente meramente isolado, inaplicável de forma geral a outros casos concretos.

O objetivo é apresentar os pressupostos da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus nº 136.961 e, posteriormente, cotejar a aplicabilidade desta decisão aos demais casos de estabelecimentos prisionais carentes de condições mínimas para abrigar o preso; verificar, portanto, se há uma tendência de reaplicar o entendimento já consolidado pelo STJ (após recomendação internacional) ou se o julgado serviu apenas como uma atitude estratégica da Corte para não contrariar os organismos internacionais.

Por tudo isto, é proposta uma breve análise sobre a formação de um “inimigo”, assim considerado pelas agências de controle social, que não detém a sua característica de cidadão detentor de direitos, para observar a influência da posição social ocupada pelo indivíduo e o efeito vinculante ou cogente da aplicação de direitos que lhes são garantidos legalmente ou reconhecidos judicialmente.

2 O CONTO DA REPÚBLICA QUE RESPEITOU UM DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO E OS DESAFIOS NA REPLICAÇÃO DO COMPORTAMENTO

Na data de 31 de agosto de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos instou o Estado Brasileiro para que observasse e adotasse todas as medidas de proteção das pessoas encarceradas no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017), situado no Rio de Janeiro, a partir de “denúncias” realizadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro àquele tribunal internacional, referente às violações de direitos humanos ocorridas no interior do mencionado estabelecimento prisional.

Dentre várias ações recomendadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à República Federativa do Brasil, estava presente a obrigação de “erradicar concretamente os riscos de morte e de atentados contra a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no centro penitenciário”, assim como a elaboração de um Diagnóstico Técnico e um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação e superlotação naquela instituição prisional.

É certo que há muito se revela como um problema endêmico no Brasil a questão referente à superlotação carcerária, irradiando para a maioria (senão todos) os estabelecimentos prisionais do país, não tendo sido esta a primeira oportunidade na qual o Estado brasileiro foi instado e sancionado em razão do desrespeito aos direitos humanos e direitos fundamentais das pessoas que se encontra(va)m encarceradas. Inclusive, diante das múltiplas notícias de omissões do Estado brasileiro acerca da tutela dos direitos dos presos, é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347/DF, reconheceu – em 09 de setembro de 2015 – de maneira expressa, que o sistema carcerário brasileiro era um “estado de coisas inconstitucional” (BRASIL, 2015), declarando a situação caótica das prisões no Brasil.

Portanto, apesar de a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 31 de agosto de 2017 ter se destinado, exclusivamente, às violações de direitos humanos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, é certo que as ilegalidades ali verificadas se aplicam aos demais estabelecimentos prisionais do país, posto que não são celeumas meramente pontuais verificáveis apenas em estabelecimentos específicos, mas podem ser observadas em qualquer panóptico tupiniquim.

Assim como todas as dificuldades de ordem estrutural e de matrizes profundas em questões culturais enfrentadas pelo Estado brasileiro, a questão carcerária passa não só por uma necessidade de melhoria pontual, mas em todo o sistema retroalimentante do cárcere, desde os processos de criminalização primária, em que o legislador estabelece quais as condutas que serão criminalizadas, até o processo de criminalização terciária, consistente na efetiva execução da pena e as nuances da relação entre política criminal e execução penal. O que se observou, portanto, é que, conforme o previsto à época, não obteve êxito o Estado brasileiro na transformação desses déficits estruturais relativos à tutela do encarcerado e das melhorias das condições do cárcere.

Em resposta à ineficiência estatal em reparar os danos anteriormente apontados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, este Tribunal emitiu a Resolução de 22 de novembro de 2018 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018), no qual se constatou a continuidade das práticas arbitrárias e inobservantes aos direitos humanos e fundamentais do

encarcerado e, diante disso, requereu a imposição de medidas mais drásticas ao Estado brasileiro. Dentre as 12 (doze) medidas requeridas para a assimilação pelo Estado brasileiro, a de número 4 é a que mais urge à superfície pelo fato de indicar contagem de prazo inédita na jurisprudência e na lei brasileira:

4. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Para todos os casos de pessoas presas no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, que ali não estejam em razão do cometimento de crimes contra a vida, contra integridade física ou crimes sexuais, em razão das condições cruéis e degradantes do estabelecimento prisional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomendou que a pena fosse computada em dobro.

Essa recomendação partiu do pressuposto de que os presos no Instituto Penal Plácido de Sá estariam sofrendo uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico superior ao que é intrínseco a uma pena privativa de liberdade, de modo que se tornaria justa a redução do tempo de encarceramento desse indivíduo, assumindo o estado, desta forma, a falência de todo o sistema de execução penal.

Em seguida à decisão, o Brasil foi notificado acerca das recomendações em 22 de novembro de 2018 e, cerca de 1 (um) ano e 06 (seis) meses após – em meados de 2021 -, o Superior Tribunal de Justiça, de modo pioneiro, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 136.961/RJ, reconheceu a ilegalidade de condição de preso no Complexo Prisional de Gericinó, em Bangu/RJ, para que fosse cumprido o ponto 4 da Recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018, isto é, que a pena daquele recorrente/paciente fosse computada em dobro.

Nada obstante a referida decisão ter sido prolatada por meio de órgão colegiado (5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça), o que fortaleceria a aplicabilidade da decisão para outros casos – sobretudo em razão da característica deste tribunal superior de unificar a jurisprudência nacional – encontrou-se resistência de atores do sistema de justiça criminal, tanto na aplicabilidade deste precedente, como também nos limites espaciais e temporais desta decisão.

Logo, a medida que foi inicialmente recomendada pelo tribunal internacional e posteriormente convalidada pelo Estado brasileiro para ser aplicada a um caso concreto, considerando, ainda, que a situação do IPPSC se assemelha em diversos aspectos aos demais

estabelecimentos prisionais do Brasil, não está sendo cumprida de maneira pacífica para casos concretos, no que se refere a pedidos feitos aos juízos das execuções penais e aos tribunais de justiça locais. Esta repulsa dos atores do sistema que se recusam a aplicar a decisão, passa não apenas por uma noção de seletividade penal referente à execução penal (considerando as pessoas que efetivamente cumprem pena encarcerados no Brasil), mas também em razão de uma estrutura macro imbuída de discursos sediciosos e eminentemente punitivistas que norteiam a atividade dos referidos *players* do sistema de justiça criminal.

Pretende-se, portanto, a partir da análise de condições particulares da realidade brasileira, verificar a origem da referida resistência na aplicação dos precedentes e as raízes estruturais que fomentam a atuação prática destes operadores do sistema de justiça.

3 O ESTADO HIPOBÓLICO NA TUTELA DO “OUTRO”: DIREITO PARA QUEM TEM DIREITO.

A prisão, reconhecidamente, não cumpre com as suas funções declaradas e, por este motivo, o discurso do tratamento que deve ser dispensado ao preso difere da prática operada pelo estado em relação à observância dos direitos fundamentais do cidadão encarcerado. O cidadão preso, apesar de a ele serem impostas algumas restrições, do ponto de vista de liberdade e de exercício de direitos políticos, não é a ele imposta qualquer medida cerceadora dos seus direitos fundamentais, sendo este detentor de todos os direitos que possui(a) quando se encontra em estado de liberdade.

No entanto, pelo fato de o cidadão preso ser visto como “o outro”, o inimigo da sociedade, a prática criminal demonstra que a sociedade e, principalmente, o estado – que possui a função de garantir os direitos e cumprir os objetivos insculpidos na Constituição da República – são responsáveis pelas graves violações de direitos humanos no âmbito do cárcere, desrespeitando os direitos e garantias fundamentais a que o encarcerado faz jus.

As citadas violações também passam a ser naturalizadas e legitimadas, a partir da racionalidade do “Direito Penal do Inimigo”, concebido como uma epistemologia de burla aos direitos fundamentais diante de situações específicas. Tanto é assim, que a doutrina do Direito Penal do Inimigo, que tem como um de seus patronos, o alemão Gunther Jakobs (2003, p. 55) defende que: “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro”.

O preso, tipo por delinquente, é reconhecido – por esta doutrina - como o inimigo, já que age de maneira “desviada”, de modo que não receberia o *status* de cidadão e isso legitimaria o desrespeito aos direitos fundamentais, conforme preconiza, ainda, Gunther Jakobs (2003, p. 56):

2. En el Derecho natural de argumentación contractual escrita, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (HOBBS, KANT). 3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido. (JAKOBS, 2003, p. 56).

Portanto, a própria condição de humanidade do cidadão que se encontra cumprindo pena privativa de liberdade é retirada, o que apesar de ser uma doutrina, não é uma realidade longínqua à praxis da execução penal brasileira, tornando-se necessária a reivindicação dos direitos fundamentais que seriam inerentes a qualquer cidadão, e não necessitariam de qualquer postura ativa no sentido de buscá-los.

Inclusive, a tônica maior dos direitos a que faz jus as pessoas que se encontram privadas de liberdade e que são mais reivindicados, devido à sua natureza intrínseca à própria condição de humana do indivíduo, é o da dignidade da pessoa humana, que dele decorre a proibição de penas cruéis e degradantes (art. 5º, inciso XLVII, CR) e a garantia do cidadão-presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX, CR). Apesar da previsão dos direitos e garantias fundamentais do preso na Constituição da República e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o país possui um histórico – não tão recente – de omissões estatais no que concerne à política de resguardo aos direitos fundamentais – não só dos presos.

O fenômeno de inobservância dos direitos fundamentais no Brasil passa pela crise do *Welfare State*, a partir da década de 80, nos países centrais, e que provocou diversas modificações na ambiência política e econômica do globo, tendo criado as condições adequadas para a implementação de políticas neoliberais no final do século passado (MELOSSI; PAVARINI, 2019). A partir deste paradigma neoliberal é que se observou a redução e a supressão dos investimentos estatais na estrutura de apoio do correccionalismo penitenciário, tendo sido deslocado o centro das atenções econômicas estatais para promoção de políticas públicas na área social.

O estado, portanto, passa a relegar para segundo plano a “recuperação” dos presos – até mesmo pela crítica criminológica à intervenção estatal para com a “correção” dos indivíduos encarcerados -, para, a partir deste novo paradigma, se abster de prestar e de garantir a eficácia

dos direitos dos presos. Este novo modo de observar o fenômeno das prisões inaugura o conceito de “vontade de punir” (SALAS, 2005), tanto por parte da sociedade, como por parte do próprio estado.

É esse movimento de “vontade de punir” que funciona como a “força-motriz” das “macropolíticas punitivistas, os movimentos político-criminais encarceradores e das teorias neocriminológicas neocoservadoras” (CARVALHO, 2010), que resultam em um populismo punitivo, responsável pela modificação dos discursos e das práticas estatais no tratamento da questão criminal, o que dá azo a comportamentos ativos do estado (no sentido de promover maior encarceramento, por exemplo) e passivos (ao não atribuir um direito ou não preocupar-se com o exercício desse direito como contraprestação a esse punitivismo exacerbado da política criminal).

O desafio de promoção dos direitos fundamentais dos presos, portanto, reside na realidade político-criminal contemporânea do estado brasileiro, classificada como *punitivista*. Larrauri preconiza como “punitivista” a sociedade que possui elevadas taxas de encarceramento e, em termos de controle informal, é bastante intolerante com o delito e o desvio (LARRAURI, 2009). Pode-se empregar, portanto, a noção de que punitivismo confunde-se com a percepção de elevadas taxas de prisionalização (por ser esta uma das ferramentas do populismo punitivo),

A partir dessa definição de punitivismo traçada, é que se pode identificar a sociedade brasileira como punitivista, dos discursos às práticas de prevenção e repressão ao crime. O elevado grau de punitivismo esborra para as práticas reificadoras dos indivíduos submetidos ao cárcere e transporta essa (ir)racionalidade para uma lógica do encarceramento, pautado justamente na crise do *Welfare State* e na ascensão da visão do cárcere com o mercado de trabalho (neoliberalismo) (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1968). Portanto, a repugnância aos direitos fundamentais do preso passa não apenas por violações pontuais, mas por uma estrutura social de afastamento dos “indesejados”, o que se torna uma política estatal.

As graves violações aos direitos humanos decorrentes, sobretudo, da adoção desse modelo encarcerador pelo estado, ensejam uma reação social por parte daqueles que são vítimas desse sistema proposto para o controle social e não para responder, efetivamente, à criminalidade. Uma das formas de reagir ao fenômeno do hiperencarceramento é revelar e delatar aos organismos internacionais, de caráter jurisdicional, as violações ocorridas em *terrae brasilis*, para constranger o Estado brasileiro a adotar medidas protetoras dos direitos violados.

Portanto, uma saída possível e comumente adotada na prática pelos irrisignados é o de provocar o Poder Judiciário para que este, em exercício do sistema de “*checks and balances*”,

tenha ingerência sobre a atuação omissiva do Poder Executivo para que este seja compelido a praticar ações de modo a respeitar a ordem jurídica vigente.

4 O RECONHECIMENTO DA FRAGILIDADE ESTATAL NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS: CONTAGEM DA PENA EM DOBRO NA DECISÃO DO RHC Nº 139.961

Na data de 28 de abril de 2021, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 136.961/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus para reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, apesar de ter confirmado a possibilidade da contagem da pena em dobro, teria estabelecido um marco de contagem diverso do pleiteado pela defesa do recorrente/paciente. Enquanto a defesa pugnava que a contagem da pena em dobro deveria se dar a partir do início do cumprimento da pena do recorrente no estabelecimento prisional, o TJRJ sustentava que a contagem em dobro deveria ocorrer apenas a partir da data em que o Brasil foi notificado acerca da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese defensiva, para permitir que toda a pena do recorrente fosse computada em dobro, justamente em virtude das condições degradantes e desumanas pelas quais o então apenado teve que passar durante o período em que esteve custodiado no Complexo Prisional de Gericinó, em Bangu/RJ. Foi reconhecido, portanto, não só a necessária aplicação da recomendação ofertada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do cômputo em dobro da pena, como também se inovou, pelo fato de a decisão ser aplicado em um preso de estabelecimento prisional diverso, justamente por reconhecer a similitude de condições vivenciadas nas unidades carcerárias. O caso foi assim ementado, com destaque para os trechos mais relevantes:

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDADE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE -DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018,

que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse "em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução". (...) 4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório. 5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena. (...) 11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (...) (BRASIL, 2021).

Tendo sido reconhecida a aplicação da recomendação à unidade prisional diversa do IPPSC – unidade que foi inspecionada e que foi paradigma para a elaboração da recomendação pela CIDH – seria esta decisão colegiada, de plano, inegavelmente espelhada aos diversos casos de presos custodiados em estabelecimentos com condições igualmente insalubres e precárias como as que foram reveladas pela análise técnica da corte internacional.

No entanto, partindo da concepção da *criminologia do outro*, analisada por David Garland (1999) na observação das estratégias punitivas da Grã-Bretanha, em realidade que impera na estrutura brasileira de justiça penal, é necessário observar que a prisão não se demonstra uma resposta ao desviante propriamente dita, mas teria como maior preocupação os hábitos sociais e econômicos da população, como uma forma de controle social dos considerados indesejados. O modelo de encarceramento praticado em *terrae brasilis* intenta promover uma subcultura carcerária, para que os indivíduos mais débeis sejam constrangidos a papéis de submissão e de exploração, replicando o modelo neoliberal e capitalista da sociedade externa (BERGALLI, 1976).

A inferência que se faz é que uma decisão judicial, ainda que proferida por um tribunal superior, em sessão colegiada, com as "razões de ser" do julgado bem delimitadas, não é simplesmente observada e cumprida por todos os tribunais do país, sendo contrariada muitas vezes pelo próprio tribunal que emitiu a decisão, em virtude do punitivismo vigente na cultura brasileira, de desrespeito aos direitos humanos e fundamentais do preso. Se demonstra um desafio a aplicação de precedentes que reconhecem a ilegalidade nos processos de criminalização

do sistema de justiça criminal, justamente em razão de se pretender no Brasil promover essa exclusão e essa “subculturalização” do indivíduo encarcerado, sem qualquer intenção correccionalista ou restauradora.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal deu origem ao importante precedente da Súmula Vinculante nº 56, sendo certo que a súmula vinculante é obrigatória para todos os órgãos jurisdicionais, de aplicação cogente e que só podem ser modificadas pelo próprio STF, como se leis fossem. Em 2016, portanto, esta Suprema Corte elaborou o enunciado nos seguintes termos: “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Portanto, o Poder Judiciário brasileiro, em todas as suas instâncias, reconhece em situações eventuais as graves violações a direitos humanos dos presos, o que poderia causar uma impressão de respeito aos direitos mais basilares e fundamentais previstos na Carta Constitucional. Porém, o que se observa em relação ao cumprimento da Súmula Vinculante nº 56, por exemplo, de aplicação cogente, é que não se respeita o preconizado no referido enunciado.

A súmula é clara – e não comporta discricionariedade – no sentido de que inexistindo vagas em estabelecimento prisional ou em caso de superlotação/superpopulação carcerária os juízes das execuções penais deveriam determinar a saída antecipada do preso, quer através de liberdade eletronicamente monitorada ou prisão domiciliar, porém isso não ocorre na realidade brasileira. A prisão mantém-se ilícita durante todo o período de cumprimento da pena, permanecendo a violação contínua e constante dos direitos fundamentais a que faria jus qualquer pessoa em regime de prisão.

Não foi diferente, portanto, o tratamento do julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 139/961/RJ como precedente para demais casos de custodiados que se encontravam em condições insalubres em sistemas prisionais. Diante da publicação da referida decisão, em 30 de abril de 2021, em razão de o problema da superlotação carcerária ser um problema endêmico no Brasil, vários pedidos de cômputo da pena em dobro foram endereçados aos juízes das execuções penais de todos os estados da federação.

Caso os direitos fundamentais dos presos fossem autoaplicáveis – como deveriam ser, pela própria lógica constitucional – todos os pedidos de cômputo da pena em dobro seriam atendidos, quando cumpridos os requisitos estipulados pela recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e nos estreitos limites exposto no precedente firmado. No

entanto, em virtude do punitivismo (*país que muito prende*), os juízes não atendem os pleitos, sob as mais diversas justificativas, denotando que a inserção – e posterior manutenção – do indivíduo no cárcere, não é um problema de resposta ao “desvio”, mas de controle social das classes marginalizadas.

A prática, quase sempre, vem acompanhada de um discurso que a legitima. Na situação em específico, acerca da decisão que permitiu o cômputo da pena em dobro em razão das condições degradantes do cárcere, os únicos óbices aventados como requisitos para a concessão desta forma de contabilização são de ordem objetiva, em razão da natureza do crime. No entanto, o Ministério Público do Paraná, por exemplo, no seu site institucional, veiculou a informação de que seria apenas um caso isolado e que não poderia ser generalizado, conforme notícia transcrita a seguir (MPPR, 2021):

No último dia 15, a 5ª T do STJ confirmou decisão monocrática do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, proferida no RHC n. 136.961/RJ, que determinou que fosse contado em dobro período de prisão cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu/RJ. Muito embora tenha sido feito grande alarde com a notícia, é importante ressaltar a absoluta excepcionalidade da situação que levou a este reconhecimento. Além de estar vinculada a diversas inspeções efetuadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o ora decidido lastreia-se em determinação daquela própria Corte, proferida ainda em novembro de 2018. Uma vez mais, valem aqui as inúmeras cautelas para evitar a generalização e banalização do quanto decidido (MPPR, 2021).

Portanto, é evidente que esta compreensão não passa por apenas um membro do Ministério Público, mas representa o manifesto de toda uma instituição, demonstrando que a preocupação não é com o respeito aos direitos fundamentais, mas com a “soltura” – que é um direito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (na Súmula Vinculante nº 56) – do preso que se encontra em um estabelecimento prisional superlotado.

Além da celeuma da seletividade penal, de colocação de pessoas que se encontram em condições específicas no cárcere, esta atuação omissiva do Poder Judiciário em sua maioria demonstra a inaplicabilidade dos direitos fundamentais e direitos humanos dos presos, em toda a sua extensão. Portanto, percebe-se como insuficiente a tutela positivada dos direitos na Constituição da República ou em organismos internacionais; o tratamento do preso como cidadão e não como inimigo, é imprescindível para que se desfaça a racionalidade do “Direito Penal do Inimigo” e o preso não seja mais visto como o “outro”.

O desafio maior percebido para a execução e respeito aos direitos fundamentais dos encarcerados e os respectivos direitos humanos não encontra oposição no reconhecimento de normas, tanto do ponto de vista legal, como do ponto de vista constitucional, muito menos de

reconhecimento e visualização por parte do Poder Judiciário, mas encontra o seu conflito na irracionalidade do propósito da pena, já que os atores do sistema de justiça criminal é que são os principais responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais aos que se encontram em pena privativa de liberdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o reconhecimento de direitos fundamentais dos presos a partir da análise do julgamento do RHC nº 136.961, notadamente no que diz respeito à efetiva aplicação prática do decidido no julgado, demonstrou que não apenas nesta decisão acerca da possibilidade de contagem da pena em dobro, mas em outras já estatuídas (até mesmo de aplicação cogente), o discurso que acompanha os votos não ressoa na práxis forense, de modo que há uma discrepância abissal entre o julgado e o aplicado.

Essa conclusão foi possível de ser aferida a partir do cotejo feito a partir de decisões anteriores dos tribunais superiores que, apesar de reconhecerem as graves violações a direitos fundamentais e direitos humanos do preso, não se responsabilizaram pelo seu (des)cumprimento posterior.

Uma explicação para o tratamento que desrespeita o princípio da igualdade, insculpido constitucionalmente, ao relativizar as conquistas institucionais ao encarcerado obtidas a partir do reconhecimento judicial, é o paradigma do “direito penal do inimigo”. A atribuição de um status social diverso ao preso, em relação ao que se estipula a um cidadão, a partir da discrepância no rol de direitos e garantias – sejam elas garantidas a partir de ordenamentos ou de decisões judiciais -, cria um comportamento seletivo das agências de controle, as quais não se preocupam com a efetivação do direito garantido.

A tendência a não observar, na prática, os direitos daqueles etiquetados como “inimigos” pelas instituições do sistema de controle social, a despeito do reconhecimento jurídico de modo público e notório, se dá em razão de um comportamento “estratégico” dos tribunais, dos juízos e das agências de criminalização primárias (a exemplo do Poder Legislativo na elaboração de normas), que se reconhecem como garantidoras e mantenedoras dos direitos fundamentais, apenas a fim de manter uma reputação de corte “garantista” para as cortes internacionais.

Por todo o exposto, é que se observa que a estipulação do preso como um “inimigo” das agências penais e a urgência na demonstração de uma boa reputação para todas as instituições já referenciadas do sistema de controle social, como justificativas para o tratamento sem equidade

entre as decisões que reconhecem direitos aos mais débeis e frágeis socialmente e as que preconizam garantias para grupos mais privilegiados. Desta forma, observa-se uma tendência evidente que a decisão do STJ no RHC nº 136.961 seja apenas mais uma em que o tribunal pretendeu mostrar uma subordinação aos organismos internacionais, mas que acaba por impor óbices ao seu cumprimento interno, não fazendo valer a contagem da pena em dobro para presos nas unidades carcerárias brasileiras mais insalubres.

REFERÊNCIAS

BERGALLI, Roberto. **Readaptación social por médio de la ejecución penal? Notas a proposito de la Ley Penitenciaria Nacional Argentina y del Proyecto de Reformas a la Parte General del Código Penal**. Madrid: Imprenta, 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Marcos Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 23 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 136.961 RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 de junho de 2021. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2069460&num_registro=202002844693&data=20210621&peticao_numero=202100442356&formato=PDF. Acesso em: 23 de julho de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 31 de agosto de 2017**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em:

https://fesudeperj.brdeploy.com.br/arquivos_material/2019.01.07-09.59.2222MATO2.pdf.

Acesso em: 28 de julho de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 28 de julho de 2021.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del enemigo**. 1ª edición. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

LARRAURI, Elena. **La Economía Política del Castigo**. /n: Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia (RECPC), v. 11, n. 06, 2009. ISSN 1695-0194 versão *online*. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>. Acesso em: 02 de agosto de 2021.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Execução Penal – contagem em dobro de pena cumprida e excepcionalidade. **CAOP informa**, Paraná, 23 de junho de 2021. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/2021/06/578/EXECUCAO-PENAL-Contagem-em-dobro-de-pena-cumprida-e-excepcionalidade.html>. Acesso em: 23 de julho de 2021.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALAS, Denis. **La Volontè de Punir: Essai sur Le Populisme Pénal**. Paris: Hachette, 2005.