

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR “JACY DE ASSIS”**

BETÂNIA BEZERRA FIGUEIRA

**LEI N° 13.964/2019 COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO NA EXECUÇÃO
PENAL: A inconstitucionalidade da aplicação da falta grave nos casos de não fornecimento
de material genético por presos em cumprimento de pena**

Uberlândia-MG

2021

BETÂNIA BEZERRA FIGUEIRA

**LEI N° 13.964/2019 COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO NA EXECUÇÃO
PENAL: A inconstitucionalidade da aplicação da falta grave nos casos de não fornecimento
de material genético por presos em cumprimento de pena**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha.

Uberlândia-MG

2021

**LEI N° 13.964/2019 COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO NA EXECUÇÃO
PENAL: A inconstitucionalidade da aplicação da falta grave nos casos de não fornecimento
de material genético por presos em cumprimento de pena**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, mediante banca examinadora formada por:

Orientador: Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha.

Uberlândia, 26 de Julho de 2021.

Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Examinador (a)

Examinador (a)

Uberlândia-MG

2021

RESUMO

O presente trabalho discute as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no ordenamento jurídico, especialmente com relação à execução penal e a inovação da aplicação de falta grave nos casos de não fornecimento de material genético frente ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Isso posto, realiza-se um estudo da execução penal e seus institutos no ordenamento brasileiro. Além disso, se discute sobre os avanços tecnológicos e a sua utilização na identificação criminal, sendo mencionada a Lei nº 12.654/2012, que em seus dispositivos prevê a obrigatoriedade do fornecimento de material genético, para determinados indivíduos que cometeram crimes, e o funcionamento do banco de dados de perfil genético. Considerando que as disposições dessa lei têm causado discussões acerca da constitucionalidade da adoção da coleta coercitiva de material em pessoas a fim de registro de seus perfis genéticos em bancos de dados estatais, são direcionadas críticas ao pacote anticrime e sua inobservância aos direitos individuais garantidos constitucionalmente.

Palavras-Chave: Pacote Anticrime; identificação criminal; fornecimento de material genético; princípio do *nemo tenetur se detegere*.

ABSTRACT

This paper discusses the changes promoted by Law 13.964/19 in Brazilian legal system, especially in relation to criminal execution and the innovation of the application of serious fault in cases of failure to provide genetic material concerning to the principle of *nemo tenetur se detegere*. That said, a study of penal execution and its institutes in Brazilian legal system is carried out. In addition, we discuss technological advances and their use in criminal identification, mentioning Law 12654/2012, which in its provisions offers the mandatory supply of genetic material for certain individuals who have committed crimes, and the operation of the database of genetic profile. Considering that the provisions of this law have caused discussions about the constitutionality of adopting the coercive collection of material in people in order to register their genetic profiles in state databases, criticism is directed to the anti-crime package and its disregard for individual rights guaranteed constitutionally.

Keywords: Anti-crime package; criminal identification; mandatory supply of genetic material; principle of *nemo tenetur se detegere*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DO CONTEXTO HISTÓRICO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	7
2.1	Da evolução histórica	8
2.2	Da pena privativa de liberdade no Brasil	12
3	DA EXECUÇÃO PENAL	16
3.1	Do histórico da Lei de Execução Penal	17
3.2	Dos princípios da Lei de Execuções Penais	19
3.2.1	<i>Do princípio da isonomia</i>	19
3.2.2	<i>Do princípio da humanidade das penas</i>	19
3.2.3	<i>Do princípio da personalidade ou intranscendência</i>	20
3.2.4	<i>Do princípio da ressocialização</i>	21
3.3	Dos direitos e deveres do preso	21
3.4	Dos institutos da execução penal	22
3.4.1	<i>Da progressão de regime</i>	22
3.4.2	<i>Do livramento condicional</i>	23
3.4.3	<i>Da remição</i>	24
3.4.4	<i>Das faltas disciplinares</i>	25
4	DO FORNECIMENTO DE MATERIAL GENÉTICO	26
4.1	Da identificação humana	27
4.1.1	<i>Da identificação criminal</i>	27
4.2	Do princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i>	28
4.3	Da Lei nº 12.654/2012 e da coleta de material genético	30
5	DO PACOTE ANTICRIME	32
5.1	Das alterações do Pacote Anticrime na legislação penal	33
5.2	Das alterações na Lei de Execuções Penais	35
5.3	Da aplicação da falta grave nos casos de não fornecimento de material genético...	37
6	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, prevalece a imposição da privação da liberdade como punição para infrações, apesar da existência de penas restritivas de direito e medidas alternativas ao cárcere, a perspectiva social não se alterou em relação à aplicação de sanções que restringem o direito de ir e vir de presos provisórios e condenados.

Neste contexto, diante do aumento do contingente carcerário no Brasil e com a adoção de políticas neoliberais e de leis populistas excessivamente rigorosas, de caráter meramente retributivas, o presente trabalho tem como objetivo abordar sobre a inconstitucionalidade da aplicação de falta grave nos casos de não fornecimento de material genético por presos em cumprimento de pena, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.964/2019.

Através do avanço tecnológico e da disponibilização de vários métodos científicos para análise de material genético humano, foi integrada à esfera penal a identificação criminal e os meios de produção de provas. Por meio da Lei nº 12.654/2012 foi regulamentada a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético na identificação criminal (artigo 5º, LVIII, CF, regulamentado pela Lei nº 12.037/2009) e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei nº 7.210/1984, artigo 9-A).

No entanto, os limites dos poderes do Estado para coleta de material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, identificação de perfil genético, e armazenagem dos perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações, são objeto de discussão no sistema jurídico.

Diante desse quadro, a vigência da Lei nº 13.964/2019 representa a concretização do populismo penal, que deslegitima há décadas o exercício do poder punitivo e que reproduz a ideia da existência de um inimigo na sociedade que deve ser combatido por todas as esferas do Direito Penal. Isso posto, serão tecidas considerações sobre a influência do denominado na legislação brasileira, sobre o sistema prisional e a individualização da pena.

Subsidiariamente, esta monografia abordará aspectos da pena privativa de liberdade, suas características, bem como acerca da Lei nº 7.210/1984, que disciplina sobre a Execução Penal no Brasil e tem como pilar, em seus dispositivos, a dignidade da pessoa humana, no caso da pessoa presa.

Para tanto, no primeiro capítulo, será abordado sobre o histórico da pena privativa de liberdade. Serão realizadas breves considerações a respeito da aplicação da privação de

liberdade como sanção penal no mundo e no Brasil, sob a influência do direito canônico na mentalidade social, que anteriormente se pautava na vingança privada.

Já no segundo capítulo, será delineada uma visão geral sobre a Lei nº 7.210/1984, os princípios norteadores, direitos e deveres do preso, seus institutos e a sua aplicação. Ademais, será brevemente abordada a Lei nº 8.072/1990 que dispõe sobre os Crimes Hediondos.

No terceiro capítulo será traçado o uso da identificação genética no país para fins de persecução penal antes mesmo da criação de bancos de dados genéticos, o que ensejou a criação da Lei nº 12.654/2012. Para além, será dissertado a respeito do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que veda a autoincriminação.

O quarto capítulo tratará da Lei nº 13.694/2019. Serão especificadas as alterações por ela trazidas na seara penal e na execução penal, também esclarecerá sobre a relação entre o Pacote Anticrime e o aumento do contingente carcerário.

O método de abordagem será teórico, com a compilação e revisão de diversos materiais de autores de diversas áreas do conhecimento. Diante desse quadro, a presente monografia adotará a transdisciplinaridade como norte, pois é possível construir a temática presente com áreas do conhecimento relacionadas à História, Direito Material Penal, Direito Penal Processual, Execução Penal.

Quanto à metodologia, o trabalho faz a opção pelo método dedutivo e histórico. O método será dedutivo pois analisará amplamente o tema para depois abordar as suas particularidades. Já o método histórico será utilizado como forma de compreensão do atual sistema carcerário, suas mazelas, bem como as políticas de recrudescimento penal adotadas no Brasil.

2 DO CONTEXTO HISTÓRICO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Amplamente utilizada nos modernos ordenamentos, a pena privativa de liberdade, dantes, em período marcado pela vingança privada e castigos corpóreos, meio subsidiário de custódia de acusados, em que se aguardava o início da execução da pena, ganha notoriedade no Direito canônico.

Bitencourt (2010, p. 220) afirma que nas diversas fases da aplicação de penas ocorridas no mundo, a prisão não foi uma das primeiras, surgiu muito mais tarde, quando ficou evidente que vingar-se, matar o ofensor não seria uma forma de corrigir condutas e demonstrar para o restante do grupo que os castigos existem.

Evidencia-se que o método de aplicação da pena evoluiu conjuntamente com a sociedade, afastando-se do estado de barbárie e das condições pífias de segurança e salubridade das quais os indivíduos eram submetidos, visando a resultados positivos através da recuperação do delinquente, no entanto, indaga-se, na presente conjuntura sobre a eficácia da pena de prisão e a sua principal finalidade de ressocialização do indivíduo que incorreu em prática delituosa.

Considerando o grande contingente de pessoas privadas de liberdade e o alto índice de reincidência nos dias atuais, além das rígidas políticas criminais adotadas por legisladores em prol de grupos sociais em detrimento de classes marginalizadas, a pena privativa de liberdade vem se exprimindo como meio de relativização de direitos e princípios fundamentais.

2.1 Da evolução histórica

A origem da pena está atrelada ao surgimento de grupos e ao desenvolvimento social. Caracterizada, anteriormente, por um nível baixo de coesão, a sociedade torna-se ao longo do tempo complexa, fazendo necessário o estabelecimento de regras de convivência.

A partir da criação das regras de convivência, originaram-se as sanções penais com o intuito de coibir e punir violações aos preceitos instituídos no organismo social, sendo, inicialmente, um mecanismo de defesa privado. Frisa-se que, nesse período, prevalecia a vingança, a aplicação de penas degradantes, públicas, avassaladoras, proporcionais à conduta do infrator, sendo prevista a pena de morte.

Superada essa fase histórica, a pena que inicialmente era de ordem privada foi remetida à esfera pública, com o ensejo de garantir a segurança e os interesses do próprio Estado. Inicia-se, a privação da liberdade como pena.

O conceito de prisão como pena privativa de liberdade surge no Direito Canônico em mosteiros, através do recolhimento de religiosos em cela. Com o intuito de penalizar monges e clérigos que houvessem perpetrado delitos eclesiásticos bem como aqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da igreja cria-se a concepção de que a reclusão acarretaria o arrependimento, objeto primevo da punição.

Desse modo, a igreja buscou substituir a pena de morte pela reclusão do infrator, além de considerar a punição pública como a única forma correta de aplicar a sanção. Conforme ensinamentos de Prado (2015, p. 84):

O papel da lei penal da Igreja Católica foi de suma relevância, por duas razões: a primeira, porque fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social; a segunda, porque contribuiu para civilizar as práticas

brutais germânicas, adaptando-as à vida pública.

Baseando-se nas penas eclesiásticas, surgem, durante a idade moderna, novas instituições para restrição de liberdade do indivíduo. O Estado, nesse contexto, se interessa pela reforma do delinquente através do labor e do ensino ao invés da aplicação de penas desumanas e suplícios, utilizados até meados do século XVI.

Nesse diapasão, a sanção deixa de ter, como único fim, castigos corpóreos e se transfere para restrição do direito de Liberdade. Apesar de alterações sociais, a pena física não fora extinta completamente nesse período, pois havia códigos penais que ainda acreditavam que a pena corporal aliada ao trabalho e a educação seria uma forma de reabilitação.

A partir do século XVIII, surge o movimento Humanitário, marcado por transformações sociais voltadas ao homem e à liberdade, liderado por pensadores como John Howard, Jeremias Bentham e Cesare Bonesana “Marquês de Beccaria”.

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, publicou, em 1764, o livro *Dos delitos e das penas* abordando aspectos da pena, buscando a abolição do sistema criminal desumano e ineficiente. Inspirado na concepção de contrato social desenvolvida pelo filósofo Jean Jacques Rousseau, o autor possuía a convicção de que o homem abdicaria de sua liberdade ao descumprir o pacto social. Ademais, desenvolveu o raciocínio de que o indivíduo em cumprimento de pena que abdicasse de sua liberdade seria agraciado com mais segurança e que, além disso, se afastaria do cometimento de danos a outrem.

John Howard, escritor de *The state of prisons*, teceu considerações sobre a humanização da pena e a necessidade de criação de institutos penais voltados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sobre a necessidade de isolamento de prisioneiros para garantia do arrependimento, através de reflexões. O pensador opinava que castigos corporais deveriam ser aplicados em delitos extravagantes, não sendo a pena uma forma de vingança do Estado e sim uma forma de prevenção ao crime. Para além, tinha como proposta a construção de estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, assegurando ao apenado um ambiente higiênico, com alimentação adequada e assistência médica.

Por conseguinte, Jeremy Bentham, pensador utilitarista e idealizador da teoria do Panóptico, modelo de estrutura arquitetônica que propunha um arranjo circular do edifício carcerário, onde as celas dos prisioneiros se localizariam em torno de um ponto central, no qual estaria impossibilitada a comunicação deles, de modo a facilitar a fiscalização de inspetores. Acreditando na reabilitação promovida através do trabalho, preocupou-se com as

condições da prisão e sua estrutura propícia para reincidência. Sua pretensão era que a prisão desestimulasse a prática de outros crimes, servindo como alerta para todos.

Com o decorrer do tempo e com a maior aplicação da pena privativa de liberdade como forma de penalidade, surgiram teorias para regulamentar a execução, descendendo delas os sistemas penitenciários.

Os sistemas penitenciários são formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais. Dentre esses sistemas, podem ser elencados quatro, sendo eles: Sistema Filadélfico, Sistema Auburniano, Sistema Progressivo e os reformatórios.

O sistema filadélfico, também denominado de belga ou celular, teve origem na prisão de Walnut Street, na Filadélfia, em 1790, período no qual era disseminada a ideia que a privação de liberdade seria um meio de recuperar o condenado. De acordo com esse sistema, o condenado deveria permanecer em constante isolamento celular, vedado do contato do mundo exterior, com proibição de visitas, sendo permitidos apenas passeios esporádicos pelo pátio e leitura esporádica da bíblia. Posteriormente, esse modelo se implantou nas prisões de Pittsburgh e Cherry Hill.

Através do isolamento, visava-se a sistematizar a execução da pena privativa de liberdade e organizar o sistema prisional existente à época, buscando superar problemas tais como a promiscuidade, fuga, rebeliões.

Em seu transcurso, o sistema foi perdendo a credibilidade por não se atentar aos prejuízos advindos do isolamento em absoluto que privou o mercado da força de trabalho das pessoas privadas de liberdade e atrofiou relações sociais, produzindo problemas psíquicos naqueles que não interagiam com seus companheiros.

O Sistema Auburniano, por sua vez, surgiu na cidade de Auburn em 1818, permitindo, de início, o trabalho de presos em suas próprias celas. Advindo de nova realidade econômica, marcada pela industrialização e pelo surgimento de maquinário em solo americano, admitiu, com o tempo, o trabalho em grupo durante o dia, com a condição de que fosse executado em silêncio.

Dentre as suas características, permaneceu o isolamento celular noturno e a proibição de visitas de familiares, práticas de exercícios físicos, lazer e atividades educacionais. Nesse ínterim, Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006, p. 191) tecem considerações:

[...] *solitary confinement* durante a noite e o *common work* durante o dia. O princípio do *solitary confinement* manteve, numa certa medida, uma influência não desprezível sobre as modalidades de reclusão, perdurando, ainda, a obrigação mais

do que absoluta ao silêncio (às vezes, o sistema de Auburn aparece indicado como *silent-system*) no intuito de evitar contatos entre os internos e de obrigá-los a uma meditação forçada; foram também valorizadas positivamente as funções atribuídas à disciplina e à educação em geral. Em essência, a originalidade do novo sistema consistia na introdução de um tipo de trabalho de estrutura análoga àquela então dominante na fábrica. Chega-se a esse resultado gradativamente. Num primeiro momento, [prosegue o autor] permitiu-se ao capitalista privado assumir, sob a forma de concessão, a própria instituição carcerária, com a possibilidade de transformá-la, às suas expensas, em fábrica. Num segundo momento, aderiu-se a um esquema de tipo contratual, no qual a organização institucional era gerida pela autoridade administrativa, permanecendo sob o controle do empresário tanto a direção do trabalho quanto a venda da produção. Essa última etapa assinalou o momento da completa industrialização carcerária. As peculiaridades desse tipo de organização não se limitava apenas ao setor econômico, compreendendo também, mais especificamente, fenômenos como a *educação*, a *disciplina* e as *modalidades no tratamento enquanto tal*, efeitos, todos eles, da presença do ‘trabalho produtivo’ no cumprimento da pena.

Desse modo, evidencia-se que não constam alterações substanciais entre os sistemas filadélfico e auburniano. A separação de condenados e o isolamento celular noturno eram defendidos por ambos, que se diferem, apenas, no que tange à segregação diurna. Enquanto no sistema filadélfico é defendida a ideia do isolamento celular integral, o sistema auburniano admite o trabalho em grupos durante o dia.

Esses sistemas, no entanto, falharam e deixaram de ser utilizados em suas concepções originais, haja vista que não atendiam às peculiaridades de cada infrator e se pautavam na massa carcerária, não alcançando a recuperação social dos indivíduos.

O sistema progressivo, por sua vez, teve sua implantação no século XIX, momento em que a pena privativa de liberdade se consolidava entre as demais. Esse sistema merece destaque por ser uma premissa da atual estrutura penal.

Criado por Alexander Maconochie e Walter Crofton, baseia-se em marcas (Marks System), pelas quais o condenado poderia obter conforme sua conduta, rendimento no trabalho, e, por consequência disso, reduzir a duração da pena imposta.

Dessa forma, a duração da pena não se pautava, exclusivamente, pela sentença condenatória, dependia também do aproveitamento do preso, de sua dedicação no trabalho e de boa conduta. O preso recebia marcas ou vales se seu comportamento fosse positivo e perdia ganhos com o mau comportamento.

O método desenvolvido por Maconochie e Crofton consistia de três fases, quais sejam: inicialmente o recluso era mantido em isolamento celular diurno e noturno; em uma fase mediadora, o recluso era mantido trabalhando em comum, mas em silêncio absoluto; e no último momento lhe era concedido o livramento condicional, que poderia ser revogado ou convertido definitivamente em virtude de bom comportamento. Dentre os locais que adotaram

o sistema progressivo, pode-se citar a Ilha de Norfolk, lugar onde eram mantidos os criminosos considerados perigosos.

Diante do exposto, o sistema progressivo contribuiu para a individualização da pena, sendo inclusive adotado, com modificações, pelo Código Penal Brasileiro de 1940. Embasados no sistema progressivo, os reformatórios foram instituições de reeducação desenvolvidas nos Estados Unidos para adolescentes e jovens adultos infratores e visam à correção, à educação e à readaptação social de apenados.

Isso posto, em seu percurso histórico a pena sofreu evoluções simultâneas às modificações das relações humanas. Considerando o surgimento de sociedades modernas, o aumento da urbanidade, e, em consequência disso, o agravamento de problemas sociais como a pobreza e a violência, fez-se necessária a aplicação de penas privativas de liberdade.

Assevera-se, porém, que apesar da história recente ter uma nova reflexão sobre o cumprimento de pena e tentar associar a punição à reabilitação do ser humano, o cárcere exerce controle social sobre os indivíduos, proporciona a perda das referências de uma vida saudável em coletividade, impõe condições precárias e desumanas em um cotidiano monótono, estático e privado dos estímulos positivos, necessitando de readequação.

2.2 Da pena privativa de liberdade no Brasil

Colonizado por portugueses, o território brasileiro vivenciou, após 1500, imposições culturais europeias. Aos indígenas, bem como aos negros que já se encontravam nessas terras e tinham como regimento o direito consuetudinário, baseado nas crenças, costumes e regras firmados entre si, foi instituída a legislação lusitana, não lhes sendo atribuída a qualidade de sujeitos de direito.

Diante da dimensão territorial do Brasil e da necessidade de centralização para administrar a recém área conquistada, fez-se a importação das ordenações da coroa.

As Ordenações Afonsinas foram as primeiras a vigorar no Brasil. Publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consistem em uma compilação de regimentos, concordatas e leis régias com a influência do Direito Canônico e do Direito Romano. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas determinadas por D. Manoel I, descritas como burocráticas.

Essas primeiras ordenações, no entanto, não foram eficazes na colônia portuguesa da América em razão da divisão territorial em capitânicas hereditárias e do exercício de poder discricionário e ilimitado pelos donatários. Considerando que cada capitania possuía suas

normas internas, o regime jurídico vigente à época era desalinhado, com resquícios de mentalidade feudal.

Sucessivamente, são promulgadas as Ordenações Filipinas, por Filipe II, em 1603. Caracterizadas por severas punições como o açoite, galés, pena de morte, essas ordenações perduraram por dois séculos na sistemática brasileira, sendo ratificadas por D. João VI em 1643 e por D. Pedro I em 1823. Nesse momento, sob o amparo da mentalidade escravagista, prevaleciam punições corporais, públicas de senhores sobre escravos.

No período colonial, o Brasil não possuía um sistema carcerário. As cadeias existiam tão somente para assegurar a aplicação da pena, sendo local em que se aguardava a execução. Logo, manter o sujeito encarcerado não era uma pena, mas sim uma medida de garantir que o condenado recebesse a sua verdadeira penalidade.

Após a Proclamação da Independência, em 1822, e superadas as ordenações, foi promulgada a constituição imperial de 1824, na qual se encontra prevista a pena de prisão:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admitte: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto (BRASIL, 1824).

Elaborado em virtude de determinação do constituinte de 1824, conforme artigo 179, XVIII, o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro código autônomo da América Latina, inspirado nas ideias de Bentham, Beccaria, no Código Penal Francês de 1810, no Código Penal Napolitano de 1819 e no Código da Louisiana de 1825, instituiu o primeiro registro das penas privativas de liberdade no Brasil.

Conforme disciplina Luís Francisco Carvalho Filho (2002, p. 37), “a pena privativa de liberdade só foi instituída pelo Código Criminal do Império, em 1830”.

Distribuído em quatro partes: I- dos crimes e das penas; II- dos crimes públicos; III- dos crimes particulares; IV- dos crimes policiais, o documento previa a legalidade penal, abordava sobre os aspectos da ação e da omissão, tentativa, elemento subjetivo, autoria e participação e declarava isentos de responsabilidade penal os menores de 14 anos e loucos de todos os gêneros. Estabeleceu as hipóteses de coação irresistível, causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade), obediência hierárquica, agravantes, atenuantes e a reparação civil.

Não obstante ao primeiro registro de penas privativas de liberdade no ordenamento brasileiro, mantinha-se a aplicação de castigos corporais, prisões cruéis e capitais, em razão da mentalidade e da perpetuação do regime escravocrata.

Em relação à pena, o artigo 33 do código de 1830 fixava a regra geral cominada a pena de morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, suspensão do emprego, perda de emprego, açoites e dispunha sobre o perdão do ofendido e sobre a imprescritibilidade das penas. Ademais, determinava que nenhum crime fosse punido com penas que não estivessem estabelecidas nas leis conforme a gradação de máximo, médio e mínimo, em razão das possíveis atenuantes ou agravantes.

A referida legislação influenciou grandemente o Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal português de 1852, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico. Consagrou, pela primeira vez, conforme destacado por Régis Prado (2015) e Zaffaroni (2001, 2006), o sistema de dias-multa para sanção pecuniária:

Antes da publicação da lei belga (sobre responsabilidade sucessiva nos delitos de imprensa) já este sistema se achava constituído em todas as suas particularidades no artigo 7 do Código Criminal, de sorte que, com melhor direito, se poderia denominar sistema brasileiro. Nesta parte, como em outras matérias, o Código de 1830 teve intuição próprias que lhe dão o cunho de um trabalho original e dele fazem um monumento legislativo (MARTINS, Salgado apud PRADO, 1993, p. 44).

Com a Proclamação da República, foi elaborado em 1890, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Constituído em meio à ascensão da forma republicana de governo e após a abolição da escravatura, o novo Código Criminal suprimiu as penas que atingiam diretamente aos escravos e estabeleceu a lei penal universal. A pena privativa de liberdade foi colocada no centro do sistema penal, seja pela prisão disciplinar ou pelo trabalho obrigatório.

Dentre as alterações promovidas pelo novo código está o estabelecimento de uma relação de estrita proporcionalidade entre delito e pena, sendo excluído o arbítrio judicial. A culpabilidade torna-se pressuposto da responsabilidade penal e as agravantes e atenuantes da pena são disciplinadas em rol taxativo.

O código da República Velha, no entanto, foi alvo de críticas dos setores da elite republicana. Elaborado de forma apressada e anterior à Constituição Federal de 1891, é colocado em posição inferior quando comparado ao Código Criminal do Império, em face da cultura jurídica da época.

Apesar de avaliações negativas, o Código Penal elaborado na primeira fase da república brasileira, teve vigência entre os anos de 1890 e 1940. Em face de inúmeras

alterações e do acréscimo de leis penais extravagantes para complementação do Código de 1890, consolida-se em 1932 as Leis Penais de Vicente de Piragibe.

Nesse período, haja vista a insatisfação com o código em vigência, surgiram vários projetos de Código Penal. O primeiro, apresentado em 1893 por João Vieira de Araújo, não logrou êxito. Outrossim, o projeto de Galdino Siqueira em 1913, não foi objeto de apreciação legislativa. Em 1928, Virgílio Sá publicou seu projeto de Código Penal completo, mas sem sucesso.

Em 1937, foi submetido ao crivo de comissão revisora o projeto de Código criminal brasileiro desenvolvido por Alcântara Machado. Sancionado pelo Decreto-Lei de 1940, conhecido como Código Penal, passou a vigorar em 1942 e perdura até hoje, com modificações.

O Decreto-Lei nº 2.848/1940 emergiu de um processo amplo de reforma legislativa marcado pela feitura e publicação do Código de Processo Civil (1939), Código de Processo Penal (1941), Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). Sancionado durante o período do Estado Novo e da suposta ameaça comunista, o Código teve algumas alterações promovidas por leis, em especial, pela Lei nº 6.416/1977, que atualizou as sanções penais e Lei nº 7.209/1984, que elaborou nova parte geral com influência finalista.

O Código Penal, apesar de pertencer ao período ditatorial é considerado como progressista, classificando a pena privativa de liberdade em reclusão e detenção, bem como a Lei das Contravenções Penais (MUKAD, 1996, p. 20).

Com o golpe militar em 1964, e a formação de Estado impetuoso, marcado pela repressão e desamparo da parcela mais frágil da população, a legislação penal foi alterada em 1969. A junta Militar decretou um novo Código Penal, projetado por Nelson Hungria, “que possuía modificações tecnológicas do Código de 1940, mas manteve as penas extraordinariamente graves e as medidas de segurança com uma moldura autoritária idealista” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 195). Após vacância de quase dez anos, o Código foi revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de novembro de 1978.

Conforme elucida Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 247-248), a Lei nº 7.210/1984 humanizou as sanções penais adotando penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil no sistema dias-multa. A reforma promovida pela supracitada lei e a edição da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), valorizaram o sistema penitenciário progressivo, pautado em regimes de cumprimento de pena e no alcance de benesses através da obtenção de exigências formais. A progressão de regime foi alçada a uma posição de especial importância

no processo de reabilitação, com o intuito de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O Código de 1940 estabelece as penas de reclusão, detenção e multa e acessórias. Há preocupação com a individualização da pena, sendo analisadas as circunstâncias, os motivos do crime e a personalidade do criminoso. No entanto, em virtude da ausência de políticas públicas, da falta de vontade de governantes e, conseqüentemente de orçamento inadequado para efetiva criação da infraestrutura para o cumprimento de pena, o sistema que tinha o intuito de se tornar um instrumento de substituição das penas desumanas, como as de morte e as de tortura, não tem desempenhado o seu papel, incrementando, em verdade, a violência e a demanda social em prol da maximização do Direito Penal.

Isso posto, tendo em vista que as condições materiais das penitenciárias brasileiras são, em sua grande maioria, absolutamente precárias, detentos lidam diariamente com falta de higiene básica, alimentação deficitária, ausência de saneamento para necessidades pessoais, proliferação de moléstias, entre outros fatores que vão além de uma privação da liberdade (ZAFFARONI, 2001, p. 135).

Diante de problemas relativos ao cárcere como a superlotação de presídios e a insalubridade é notório que o Direito Penal não obteve sucesso em impulsionar uma convivência social harmônica, falhando ao longo dos tempos na contenção da criminalidade, bem como na reintegração do delinquente.

Dessa forma, vivemos em permanente tensão entre avanços e retrocessos em torno da função que deve desempenhar o Direito Penal na sociedade brasileira.

3 DA EXECUÇÃO PENAL

Disciplinada na Lei nº 7.210/1984, a execução da pena privativa de liberdade é caracterizada como atividade complexa, eclética, mista em que determinadas normas pertencem ao direito processual, enquanto outras que a regulam pertencem ao direito administrativo.

Haja vista sua natureza jurisdicional, na execução são observados princípios tais como de legalidade, imparcialidade do juiz, dignidade da pessoa humana, intranscendência das penas, humanização das penas, entre outros.

Ao juízo da execução é cabível o cumprimento de comando contido em sentença penal condenatória ou absolutória imprópria após transitada em julgado. Outrossim, cabe exercer a função de fiscalização do cumprimento da pena bem como do estabelecimentos penais em que os sentenciados se encontram custodiados.

Frisa-se que a Lei de Execuções Penais não apenas busca a prevenção, mas também a humanização. Dessa forma, punir e humanizar estão entre os objetivos da execução de penas no sistema jurídico brasileiro. Deve haver a prevalência de mecanismos de reinclusão social do preso em seus direitos e deveres.

Diante do exposto, no presente capítulo serão analisados alguns dos princípios que regem a execução penal, bem como os institutos previstos na LEP, partindo-se do pressuposto da finalidade de ressocialização do apenado.

3.1 Do histórico da Lei de Execução Penal

A execução penal é uma ciência autônoma, com seus próprios institutos relacionados ao cumprimento da pena no ordenamento jurídico brasileiro. Compete à citada lei a regulação de penas privativas de liberdade, das penas alternativas e seus respectivos institutos, tais como o livramento condicional, falta grave, progressão de regime, entre outros.

Disposta na Lei nº 7.210/1984, a matéria de execução criminal, anteriormente estava contida no Código Penal. Dessa feita, diante da necessidade de construção de normas relativas ao direito penitenciário no Brasil, surgiram, no decorrer do tempo, vários projetos de código de execução penal.

O primeiro projeto data de 1933. Presidido pelo jurista Cândido Mendes de Almeida, o código que previa a instalação de colônias penais, a suspensão condicional do processo, o livramento condicional e a individualização da pena, não foi discutido em sede parlamentar em virtude da instauração do Estado novo.

Em 1951, o deputado Carvalho Neto projetou normas gerais de direito penitenciário, porém, sem êxito.

Diante da necessidade de uma lei que abordasse sobre a execução da pena, é sancionada a Lei nº 3.274, em 1957. Considerando a sua insuficiência, foram desenvolvidos projetos por juristas como Roberto Lyra que dispunha sobre questões relativas às detentas, se preocupando, também, com a humanidade e a legalidade na execução da pena privativa de liberdade. O projeto, no entanto, não foi sancionado.

Nos anos 1970, na tentativa de aprovar um código penitenciário, surgem os projetos do professor Benjamim Moraes Filho com colaboração de juristas como José Frederico Marques, e o de Cotrim Neto, o qual apresentava como inovações às questões da previdência social e do regime de seguro contra os acidentes de trabalho sofridos pelo detento, baseado na ideia de

que a recuperação do preso deveria ter pilares na assistência, educação, trabalho e na disciplina. Ambos, sem sucesso.

Eis que em 1983 é aprovado o projeto de lei de autoria do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Ackel, o qual se converteu na Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, a atual e vigente Lei de Execução Penal.

Considerada lei de vanguarda por assegurar inúmeros direitos do preso, reafirmando, inclusive, tratados internacionais, a LEP surge no contexto de redemocratização do país. Através de sua promulgação, estabeleceu-se o exercício de uma jurisdição centrada na figura do juiz de execuções penais para dirimir conflitos de interesses na execução da pena, tomar decisões referentes ao cumprimento de pena e fixar benefícios.

Na Lei de Execução Penal, estão estabelecidas as normas fundamentais que regerão os direitos e obrigações do sentenciado no curso da execução da pena, tendo como finalidade atuar como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do preso.

Dessa forma, observa-se que a execução penal brasileira não se preocupou tão somente com as questões relativas ao cárcere, mas buscou estabelecer medidas que tenham como finalidade a reabilitação do condenado.

Assim, nas palavras de Nucci (2018, p. 17), a execução penal é “a fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude da finalidade da sanção penal”.

Logo, é requisito essencial da execução penal a existência de título executivo judicial consistente em sentença criminal condenatória, que tenha aplicado pena restritiva de liberdade ou privativa de direito, ou sentença imprópria àquela que aplica medida de segurança.

No que tange à natureza jurídica do processo, salienta-se que a execução é formada por procedimentos administrativo e judicial, segundo Busana e Grinover (1987, p. 7):

Não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo.

Percebe-se, ante o exposto, que a existência da atividade administrativa não anula a jurisdicional. Além disso, a execução penal mantém relação direta com o direito penal e processual penal.

3.2 Dos princípios da Lei de Execuções Penais

A Lei de Execução Penal regula todos os aspectos relacionados ao cumprimento de pena e mantém relação direta com o Direito Penal e processual penal. A fim de garantir ao

sentenciado uma custódia legítima, a execução penal é composta por princípios norteadores próprios aliados a princípios constitucionais.

Dessa forma, na execução da pena são considerados e garantidos os princípios da legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, oficialidade, ampla defesa, contraditório, imparcialidade do juiz, igualdade entre as partes, razoabilidade, proporcionalidade, humanização das penas, intranscendência, verdade real, persuasão racional ou livre convencimento, presunção de inocência com relação aos fatos ocorridos durante a execução, duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Para além, conforme disposto nos Artigos 5º, XLIX da CF, artigo 38 do CP e artigo 3º da LEP, serão, elencados, resumidamente, alguns deles:

3.2.1 Do princípio da isonomia

O princípio da isonomia é encontrado na Constituição da República, que estabelece, em seu artigo 5º, que não deve haver distinção entre os presos, e descreve no artigo 3º, IV o objetivo fundamental de proporcionar o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Deve haver correlação entre o critério de diferenciação e a pessoa discriminada, por assim dizer, devendo tal diferenciação ser pautada nos princípios constitucionais e dentro dos limites da Lei de Execuções Penais.

3.2.2 Do princípio da humanidade das penas

O princípio da humanidade das penas derivado da Constituição Federal de 1988, está baseado em seu artigo 5º, XLVII e aborda especialmente o aspecto da humanidade das penas e a dignidade da pessoa humana. Em sua última parte, proíbe penas cruéis. Nenhuma pena que afete a dignidade da pessoa humana pode ser aplicada contra o ser.

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental no ordenamento brasileiro. Em decorrência disso, o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionam a constituição físico-psíquica dos condenados.

Sendo assim, qualquer pena que colida com a dignidade da pessoa do apenado deve ser abolida do sistema jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, segundo Ferrajoli (2014, p. 365), para que o réu não se torne pior, é necessário que as condições de vida dentro da prisão, sejam para todos, as mais humanas e menos aflitivas possíveis.

Ante o exposto, o princípio da humanidade está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos, apresentam-se como limitadores essenciais ao exercício do poder punitivo do Estado.

Tal princípio deve orientar toda ação estatal voltada ao condenado, não só na feitura da lei e no âmbito do cumprimento efetivo da pena, como também na aplicação da sanção administrativa e no resgate do condenado como pessoa humana, independentemente de o ato por esta cometido ter sido ou não revestido de crueldade, deve prevalecer sobre a pena aplicada.

3.2.3 Do princípio da personalidade ou intranscendência

O princípio da intranscendência da pena, também denominado de princípio da personalidade, garante que apenas a pessoa sentenciada, poderá responder pelo fato praticado, pois a pena não pode passar da pessoa do condenado. Há a impossibilidade de se propor ou se estenderem os efeitos da pena para terceiros que não tenham participado do crime, salvo nos crimes sancionados com obrigações de dar valor pecuniário ou de reparar danos, os quais poderão passar aos herdeiros do condenado.

A pena não pode ser universal, padronizada a todos aqueles que cometeram determinado crime. Deve ser adequada de forma individual, específica e detalhada diante de cada caso concreto, baseando-se na culpabilidade, antecedentes e personalidade do réu. Esse princípio também implica que cada condenado deverá cumprir pena em estabelecimento específico, com distinção de sexo, de acordo com o crime cometido.

Conforme o artigo 5º, XLV da CF:

Art 5º, XLV, CF – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (BRASIL, 1988).

Sendo assim, a carta magna impede o cumprimento de penas por terceiros que não tenham tido qualquer participação na prática de ato ilícito.

Vale ressaltar que o princípio da intranscendência da pena não se aplica apenas a penas privativas de liberdade, mas também a penas restritivas de direitos e penas alternativas.

3.2.4 Do princípio da ressocialização

A execução da pena tem como objetivo garantir que o cidadão infrator retome sua vida em sociedade, não apenas o excluindo do meio.

Conforme disposto no artigo 1º da LEP, a execução tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Dessa forma, o legislador, ao elaborar a lei de execuções, visou a garantir que fossem reintegrados à sociedade os indivíduos condenados por qualquer tipo de crime.

Trata-se o princípio da ressocialização, portanto, de medida político-criminal cujo fim consiste na reinserção social do condenado, mediante ao cumprimento de requisitos e condições.

3.3 Dos direitos e deveres do preso

Aos sentenciados são cabíveis obrigações, inerentes ao seu estado, bem como são garantidos direitos.

Dessa forma, dentre os deveres do Estado para com o preso são elencadas a garantia de condições básicas de saúde, higiene, vestuário, educação, de trabalho e previdência social, visita do cônjuge, assistência jurídica por meio de entrevistas pessoais e reservadas com advogado e a manutenção da integridade física, assegurando o cumprimento de pena e garantindo o retorno social do sentenciado.

Cumprir ressaltar que é assegurado, também, o direito do preso de receber informações quanto à pena cumprida, para que se tenha um panorama da condenação. O juiz da execução penal, deve informar, por atestado, o montante de pena a cumprir, a parcela já extinta, os benefícios eventuais auferidos e aqueles que foram indeferidos.

Outrossim, é dever do sentenciado o comportamento disciplinado, urbanidade e respeito com outros condenados, obediência aos servidores do presídio, conduta oposta a movimentos de fuga e de subversão à ordem, execução do trabalho e das tarefas que lhe são incumbidas, manter a higiene, entre outros.

Conforme item 63 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

63. A instituição dos deveres gerais do preso (artigo 37) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 38), representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra. Sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado

como ônus naturais da existência comunitária (BRASIL, 1984).

Sendo assim, cabe a pessoa encarcerada aceitar a privação da liberdade de ir e vir, a diminuição do seu direito de se associar, de se comunicar com terceiros e a imposição de horários para se alimentar e para dormir.

3.4 Dos institutos da execução penal

Realizada a abordagem sobre direitos e deveres de pessoas privadas de liberdade, serão tecidas considerações a respeito de alguns institutos que compõem a Lei de Execuções Penais, com ênfase na falta disciplinar, objeto deste presente estudo. Dentre os institutos da Execução Penal, serão destacados: Progressão de Regime, Livramento Condicional, Remição e Falta Disciplinar.

3.4.1 Da progressão de regime

Nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal, as penas privativas de liberdade devem ser executadas de forma progressiva, de acordo com o mérito do condenado. Adota-se no Brasil o sistema progressivo de cumprimento de pena, no qual o condenado, após cumprir parte da pena passará gradativamente de um regime mais severo para outro mais brando.

Conforme o artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), para que se processe a progressão exige a lei, o alcance de requisitos objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos, estão relacionados ao lapso temporal, ao tempo de cumprimento de pena, enquanto os requisitos subjetivos baseiam-se no atestado de boa conduta carcerária, apresentada pelo diretor da Unidade Prisional, ausência do cometimento de faltas graves em determinado período de tempo, entre outros.

Marcão (2015, p. 123) salienta que:

a progressão de regime prisional, desde que satisfeitos os requisitos legais, é um direito público subjetivo do sentenciado. Integra-se ao rol dos direitos materiais penais. Importa ressaltar, contudo, que em sede de progressão de regime vigora o princípio *in dubio pro societate*.

Frisa-se que é incabível, como regra, a progressão de regime *per saltum*, ou seja, a passagem do regime fechado para o aberto diretamente, sem o necessário estágio no regime intermediário, o regime semiaberto.

A progressão de regime, em momento anterior, era vedada a sentenciados por crimes hediondos. A Lei nº 8.072/1990 que tem por fundamento o artigo 5º, inciso XLIII, da

Constituição da República, e disciplina sobre os crimes hediondos, foi elaborada sob escopo de tratamento penal mais severo aos crimes hediondos e aos a eles equiparados, em um contexto de altos índices de criminalidade e de crimes que geraram grande comoção. Dessa forma, em sua redação original, a Lei de crimes Hediondos dispunha sobre a impossibilidade de concessão da progressão de regime para apenados pela prática de crimes classificados como hediondos, estabelecendo o cumprimento integral da pena em regime fechado.

A constitucionalidade da referida legislação fora questionada e ao STF e coube a declaração de inconstitucionalidade dessa determinação infraconstitucional.

O surgimento da Lei nº 8.072/1990 fez reacender a discussão sobre a aplicação intertemporal da norma de execução criminal. Naquela ocasião, Alberto Silva Franco se posicionou pela irretroatividade dos rigores da referida lei, seja em relação à proibição de progressão de regime ou à obtenção de livramento condicional (FRANCO, 1991, p. 80-82 e 116-120).

Recentemente, a Lei nº 13.964/2019 trouxe relevante alteração no regramento atinente à progressão de regime a réus condenados por prática de crimes hediondos. Dessa forma, o artigo 2º, § 2º da Lei nº 8.072/1990 foi expressamente revogado pela nova legislação. Assim, o tema passou a ser disciplinado pelo artigo 112 da Lei de Execuções.

Até dezembro de 2019, a progressão era obtida após o cumprimento de 2/5 (40%) da pena, se o apenado for primário; e de 3/5 (60%), se reincidente, nos casos de crimes hediondos ou equiparados, com a vigência da lei denominada pacote anticrime, houveram alterações nos cálculos para alcance dos requisitos objetivos para a progressão.

Ante o exposto, dentre as alterações para o alcance da benesse, em entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), presos reincidentes condenados por crime hediondo podem progredir de regime ao completar 40% da pena, desde que a reincidência não tenha sido por delito de natureza semelhante ao crime hediondo, como homicídio ou estupro.

3.4.2 Do livramento condicional

O livramento condicional, importante instituto da execução penal brasileira, consiste na última etapa do cumprimento da pena do sistema progressivo, visando à reinserção antecipada do condenado ao convívio social. É concedido aos reeducandos que se encontrem em quaisquer dos regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, conforme dispõe o artigo 83 do Código Penal.

Assim como a progressão de regime, o livramento condicional será concedido desde que cumprido o requisito objetivo, qual seja o cumprimento de determinada fração da pena que dependerá do tipo de crime cometido e da reincidência do reeducando.

Ressalta-se, no entanto, que o livramento condicional pode ser indeferido e inalcançável para alguns sentenciados. Conforme o inciso V no artigo 83 do Código Penal, inserido pela Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre crimes hediondos, fica vedada a concessão de livramento condicional nos casos de reincidência específica. Será reincidente específico o condenado por crime hediondo que vier a praticar outro crime hediondo ou assemelhado.

Para além, a Lei nº 13.964/2019 estabeleceu nova proibição ao livramento condicional ao condenado primário em crime hediondo ou assemelhado com resultado morte, ao alterar o artigo 112, VI, alínea "a" da Lei de Execução Criminal.

3.4.3 Da remição

Conceitua-se a remição como “desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, conforme a proporção prevista em lei”. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laboral ou ingresse em curso, aperfeiçoando a sua formação” (NUCCI, 2018, p. 173).

A remição pela atividade laboral se aplica nos casos de trabalho interno, realizado no cárcere e de trabalho externo, extra grades, mediante apresentação de proposta de emprego. Conforme estabelecido no artigo 126, §1º, II, da LEP, para cada três dias de trabalho regular, será abatido um dia de pena a ser cumprida.

Já a remição por estudo, regulamentada pela Lei nº 12.433/2011, estabelece que a cada 12 horas de estudo, será remido um dia de pena e ainda que, com a conclusão de ensino fundamental, médio ou superior por parte do apenado, serão acrescidos um terço no total de dias remidos. Conforme os itens 132 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

132. A remição é uma nova proposta ao sistema e tem, entre outros méritos, o de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. Três dias de trabalho correspondem a um dia de resgate. O tempo remido será computado para a concessão do livramento condicional e do indulto, que a exemplo da remição constituem hipóteses práticas de sentença indeterminada como fenômeno que abranda os rigores da pré-fixação invariável, contrária aos objetivos da Política Criminal e da reversão pessoal do delinquente (BRASIL, 1984).

Dessa forma, o instituto da remição, prevista nos artigos 126 a 130 da LEP, se justifica no seu potencial de fomentar o trabalho, em meio ao cárcere, motivando e incentivando o

retorno do indivíduo à sociedade, além de promover o estudo e a leitura, contribuindo para a qualificação educacional do sentenciado.

3.4.4 Das faltas disciplinares

As faltas disciplinares podem ser classificadas, conforme artigo 49 da Lei de Execuções Penais, em leves, médias e graves. Em relação às faltas leves e médias, estipula-se a criação delas por meio de legislação estadual, logo essas sanções disciplinares se adequam às particularidades de cada região. Quanto às faltas graves, previstas, expressamente, no artigo 50 da Lei de Execução Penal, há regulamentação federal.

Assevera-se que, em consonância ao princípio da legalidade, não haverá falta e nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar

Dispõe o artigo 50 da Lei de Execução Penal:

comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório (BRASIL, 1984).

A prática de falta grave pelo executado durante o cumprimento de pena acarreta a regressão de regime, conforme artigo 118, I, da LEP. Ademais, interrompe o lapso temporal para obtenção de benefícios. Em regra, o lapso temporal deve ser recontado a partir da data do cometimento da falta grave.

Outrossim, acarreta a revogação de saída temporária, artigo 125 da LEP, na perda de dias remidos, artigo 127 da LEP e da conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade artigo 181, § 1º, d, e § 2º da LEP.

De acordo com o artigo 59 da Lei de Execuções Penais, a prática de falta disciplinar requer a apuração por meio da instauração de procedimento administrativo disciplinar, assegurando o direito de defesa do acusado. Havendo defesa técnica, o contraditório e a ampla defesa ficam assegurados, sem qualquer prejuízo para o condenado.

Nessa direção, dispõe a Súmula 533 do STJ:

Súmula 533 - Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado

por advogado constituído ou defensor público nomeado (BRASIL, 2015).

O cometimento de falta disciplinar cria empecilhos para a reinserção social do indivíduo, e suscita sanções disciplinares, sendo elas: advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos; isolamento na própria cela; inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Ante o exposto, para a aplicação de sanção disciplinar por falta grave, deve ser assegurado ao preso o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de nulidade. Em audiência de justificação, a defesa técnica poderá pleitear junto ao juiz da execução a eliminação da falta grave anotada no prontuário do preso.

4 DO FORNECIMENTO DE MATERIAL GENÉTICO

Nas relações sociais, a identificação humana é de grande relevância. A todo momento, surgem questionamentos sobre nossa origem, características pessoais e a forma de relacionamento em sociedade. Sendo assim, os métodos de identificação humana assumem papel primordial na atividade estatal de modo a permitir a diferenciação de indivíduos, seja na esfera civil, seja na criminal.

Aprofundando o estudo na seara penal, por meio da identificação humana, pode-se reconhecer um autor ou de autores de determinado fato típico definido pela legislação penal como crime e apurar as nuances da conduta.

Partindo-se desse pressuposto, foram introduzidas legislações no sistema brasileiro que abordam sobre a sistemática da identificação criminal. No presente capítulo, será dada ênfase à Lei nº 12.654/2012, que estipulou sobre a criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), mecanismo destinado ao armazenamento de perfis genéticos de investigados e condenados para fins de identificação criminal.

Ante o exposto, serão tecidas considerações a respeito das alterações da supracitada lei, a Lei de execuções penais, ante a obrigatoriedade da coleta do perfil genético de condenados pela prática de crime doloso, perpetrado com grave violência à pessoa, ou hediondos e seus reflexos na Lei nº 13.964/2019, que determina que o sentenciado incorrerá na prática de falta grave, sendo sujeitado às sanções elencadas na Lei de Execuções Penais, como regressão de regime prisional, e perda de dias remidos, uma vez que se negar a fornecer material biológico.

4.1 Da identificação humana

Todas as pessoas ou coisas apresentam atributos que as definem como, por exemplo, a cor, a estatura, o cabelo, a voz, o gênero, entre outros. Através da identificação humana ocorre a individualização de determinado ser e são realizadas distinções com o fim de particularizar e separar aquilo que é diferente.

Com a evolução do processo de identificação ao longo dos anos, houve a criação de um vínculo entre o indivíduo e o Estado, de modo que este impõe àquele uma série de obrigações relativas à sua identificação para a própria confirmação de sua cidadania e pertencimento.

O vínculo formado entre o Estado e seus cidadãos torna indispensável a identificação da pessoa humana, seja para pleitear direitos perante o Estado ou para que lhe seja atribuída alguma sanção por descumprimento de regras impostas pelo sistema jurídico.

Segundo Nicolitt e Wehes (2014, p. 127):

A identificação humana compreende um critério objetivo para a identificação civil e criminal por meio do estudo de características físicas que definem e individualizam a pessoa, como impressões digitais, perfil genético, marcas pelo corpo, dentre outras.

No Brasil, a identificação civil é de caráter obrigatório. Conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 12.037/2009, é possível que a identificação civil seja atestada por meio de documentos, como a carteira de identidade, a carteira de trabalho, o passaporte, carteira de identificação funcional, dentre outros.

Quanto à identificação criminal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assenta, em seu artigo 5º, inciso LVIII, que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Dessa forma, infere-se que o processo de identificação criminal é de natureza subsidiária.

4.1.1 Da identificação criminal

Para Nucci (2014, p. 691), identificar significa determinar a identidade de algo ou alguém. No âmbito jurídico, que dizer, apontar individualmente e exclusividade de uma pessoa humana (...). No campo criminal individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal.

A primeira norma dedicada a regulamentar a identificação criminal, após a Constituição da República Federativa do Brasil (CR/1988) foi a Lei nº 10.054/2000. O

legislador à época definiu a identificação criminal como gênero da qual a fotografia e datiloscopia, *numerus clausus*, são espécies. (AVENA, 2011, p. 197.)

Posteriormente introduzida no ordenamento jurídico, a Lei nº 12.654/2012 alterou os dispositivos das Leis nº 12.037/2009 e 7.210/1984, possibilitando a realização da identificação criminal a partir da coleta de perfil genético do acusado, para fins de prova, e do condenado por crime hediondo ou por crime doloso contra pessoa cometido com grave violência, que poderá ser extraído das moléculas de DNA. Além disso, determinou a criação de um banco de dados para armazenamento de material genético, como forma de seleção, identificação e controle penal de indivíduos socialmente marginalizados.

Especificamente, no que tange a execução penal, a Lei nº 12.654/2012 introduziu o artigo 9º-A à LEP, prevendo a criação do banco de dados de perfis genéticos por meio da extração obrigatória de DNA de condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos.

Diante disso, a referida lei que impõe obrigatoriedade da identificação do perfil genético para condenados em determinados delitos, demonstra a finalidade de enrijecimento do sistema penal por parte dos legisladores brasileiros, que com essas reformas, desconsideram direitos e garantias fundamentais, fazendo com que o réu produza provas contra si próprio, que será pontuado no presente capítulo.

Neste seguimento, é promulgada a Lei nº 13.964/2019, denominada de pacote anticrime, que dentre as alterações promovidas no Direito penal, processual penal e na execução penal, estabelece no artigo 50 da LEP que o não fornecimento de material genético, durante a execução da pena acarretará a aplicação de falta grave e suas consequências, configurando uma violação da autonomia do condenado sob o próprio corpo.

4.2 Do princípio do *nemo tenetur se detegere*

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é um meio de proteção do indivíduo contra excessos que possam vir a ser praticados pelo Estado para compelir em sua colaboração frente a um inquérito policial, processo penal, processo civil, processo administrativo ou comissão parlamentar de inquérito. Desse modo, baseia-se no direito à não autoincriminação que poderá ser invocado para garantir que as práticas do Estado com relação à produção de provas não violem o direito ao silêncio, a dignidade humana, a intimidade e a intangibilidade corporal. Apesar de não previsto em texto constitucional, o *nemo tenetur se detegere* pode ser

classificado como uma garantia fundamental, uma vez que se encontra fixado em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte.

Em 22 de novembro de 1969, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, o princípio do *nemo tenetur se detegere* veio insculpido no artigo 8, parágrafo 2, “g”, que dispõe que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor no dia 23 de março de 1976, estabelece que todo aquele que for acusado da prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado, conforme artigo 14, n. 3, “g” (QUEIJO, 2012, p. 26).

No processo penal brasileiro, no qual vigora o princípio da verdade real, o direito de não produzir prova contra si mesmo tem grande repercussão. Uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio, impõe limites ao artigo 6º, V, do Código de Processo Penal, e aos artigos 198 e 260, do mesmo diploma legal. O preso tem o direito de se calar perante a autoridade judicial e perante a autoridade policial, sendo-lhe conferido o direito pela Constituição Federal.

Para Ferrajoli (2002, p. 608), o princípio do *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório e dela se seguem, como corolários, além do direito ao silêncio, a faculdade de o imputado faltar com a verdade em suas respostas

Ante o exposto, verifica-se que, no processo penal brasileiro, o direito ao silêncio foi incorporado ao interrogatório, mas também em outros momentos da produção probatória em que o acusado consegue exercer o direito fundamental de não se autoincriminar. Dessa forma, a falta de advertência ao acusado quanto ao seu direito ao silêncio, a ausência de informação de que o exercício desse direito ao silêncio não pode gerar consequências negativas para sua defesa; a utilização de detector de mentiras, tortura e outras práticas que visem à colaboração do querelado, de maneira coercitiva, para se autoincriminar, conduzirão à ilicitude da prova. Se o incriminado é coagido para reconstituir os fatos criminosos, se submete ao exame de sangue para coleta de DNA sob coação, essas provas deverão ser consideradas ilícitas e não poderão servir de elemento para formação do convencimento do juiz.

Reforçando essa assertiva, Queijo (2012, p. 54-55) disserta:

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Nesse sentido, Vassali, Grevi e Zuccala já se manifestaram. Cuida-se do direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio. Parece acertado referido entendimento, de acordo com as notas

características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Em suma: é resguardada, nos direitos fundamentais, a dignidade humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado. Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações. Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado.

Por fim, cumpre ressaltar que o *nemo tenetur se detegere* deve ser observado e respeitado, o acusado não pode ser visto como objeto de prova, e que há limites para a busca da verdade no processo, sendo certo que as práticas do Estado com relação a produção de provas não podem violar direitos do acusado.

4.3 Da Lei nº 12.654/2012 e da coleta de material genético

O aprimoramento dos métodos de identificação e investigação criminal são relevantes para a busca pela promoção de direitos de quem teve seu bem jurídico violado, todavia é necessário observar os limites para tanto, os quais podem ser extraídos da própria Constituição Federal e dos Pactos Internacionais, sobretudo os referentes a direitos humanos.

Conforme aludido em momento anterior, a Lei nº 12.654/2012 regulamentou para além do processo datiloscópico e fotográfico, previstos anteriormente nas Leis nº 10.054/2000 e 12.037/2009, como forma de identificação criminal, a utilização do exame de DNA no processo penal brasileiro, promovendo alterações na Lei nº 12.037/2009 e na Lei nº 7.210/1984 para normatizar a extração do material genético. Para isso, prevê a coleta de perfil genético de pessoa investigada ou acusada para produzir prova em determinada investigação policial ou instrução judicial em andamento; ou de pessoa condenada com trânsito em julgado para armazenamento em um banco de dados e utilização em futuras investigações criminais.

De acordo com o artigo 3º, IV, combinado com o artigo 5º, parágrafo único da Lei nº 12.654/2012, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é essencial às investigações. Os dados poderão ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Em relação aos dados dos condenados, de outro modo, serão coletados como consequência da condenação. Não havendo previsão de eliminação de perfis.

Em ambos os casos, os perfis genéticos são armazenados em banco de dados. Os dados podem ser usados para instruir investigações criminais e para a identificação de pessoas desaparecidas. Conforme a legislação, são destinados aos perfis genéticos instrumentos de

proteção da privacidade o caráter sigiloso dos dados e a vedação da inclusão de informações relativas aos traços somáticos ou comportamentais, salvo quanto ao gênero.

Ademais, cabe distinção entre banco de dados, instituído pelo Decreto nº 7.950/2013 e perfis genéticos. Enquanto o banco visa a armazenar os dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes, a rede visa a permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, Estados e do Distrito Federal.

Concernente à execução penal, a citada Lei, inseriu o artigo 9º-A na LEP, para estabelecer que os condenados por crime doloso com violência de natureza grave contra a pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990 sejam submetidos à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor. No entanto, a constitucionalidade da alteração tem sido questionada no Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 973837/MG, ainda pendente de julgamento na Suprema Corte, considerando que fere, conforme já abordado acima, garantias e direitos fundamentais básicos, contrariando, portanto, a Carta Magna e tratados internacionais, sobretudo os que versam sobre direitos humanos.

O supracitado recurso tem como tema a análise da constitucionalidade do artigo 9º-A, da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei nº 12.654/2012, que instituiu o banco de perfil genético para a identificação pessoal de condenados a crimes de alto potencial ofensivo, mediante coleta obrigatória de material genético. A relevância da matéria é de interesse público, tendo em vista a violação ao princípio constitucional da não autoincriminação, da presunção de inocência e a garantia de que a ninguém será imposta conduta ativa ou passiva, sem que esta esteja prevista em lei e em conformidade com os princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Embora a dignidade humana seja considerada um direito fundamental na maioria dos ordenamentos jurídicos, Maria Elizabeth Queijo (2012) ressalta que, quando se trata de intervenção corporal para obtenção de provas, esses mesmos ordenamentos entendem, de forma majoritária, inexistir violação ao referido princípio.

A contraposição da Lei nº 12.654/2012 ao princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser feita em dois momentos distintos. Isso porque, referida lei, segundo Basso (2014, p. 68), “promove a inserção da identificação criminal por meio de extração de material biológico em duas fases do processo penal completamente equidistantes entre si, sendo a primeira na investigação e a segunda na execução”.

Dessa forma, evidencia-se conflito entre o exercício de um direito fundamental, no caso, o direito à não autoincriminação e o interesse da coletividade, representado na Constituição Federal, como a segurança pública, dentre outros.

Nesse diapasão, Lopes Jr. e Gloeckner (2013, p. 236) deduzem que o fim da Lei nº 12.654/2012 é a constituição probatória. A alteração da Lei de Identificação Criminal visa a formar prova para crime em investigação e a modificação da LEP busca alimentar banco de dados para apuração de crimes que poderão ocorrer. Os escritores afirmam que a prova genética, na identificação criminal, deve ser especializada com relação ao caso, ou seja, somente pode ser utilizada para a investigação que dá ensejo à identificação e não deve ser autorizada de ofício pelo juiz, pois deve ter base na essencialidade para a investigação.

Na esteira das disposições contidas na Lei nº 12.654/2012 a respeito do fornecimento de material genético, é promulgado pacote anticrime, Lei nº 13.964/2019 que determina a aplicação de sanção penal para recusa a tal procedimento, na execução penal. Alheio a constitucionalidade e o conflito com direitos fundamentais que já enfrenta o texto atual do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, o Projeto de Lei Anticrime atinge um número ainda maior de pessoas. Isso posto, serão feitas, adiante, considerações sobre esse instrumento de repressão estatal, objeto do presente estudo e a sua introdução no ordenamento brasileiro, objeto do presente estudo.

5 DO PACOTE ANTICRIME

Sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro em 2019, a Lei nº 13.694/2019, denominada de pacote anticrime, alterou o ordenamento penal, processual penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, o Código Eleitoral, dentre outras normas, sob justificativa de combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção.

Influenciada pelo sistema norte americano em que aplica o plea bargain, onde os acusados podem pactuar acordo com o Ministério Público antes do trâmite inicial da ação penal, a Lei nº 13.964/2019, espelha a atual conjuntura de populismo penal que correlaciona o recrudescimento penal com diminuição da criminalidade.

Dessa forma, o pacote anticrime, reforça, através de seus institutos, o dogma punitivista da pena de prisão, ampliando os dispositivos de controle da população e mantendo a violência institucional e a estigmatização de grupos sociais, compostos, principalmente, por negros e periféricos.

Outrossim, consagra o encarceramento em massa, problema que se perpetua no sistema prisional brasileiro, e para o qual não são apresentadas políticas públicas efetivas, uma vez que o sistema penal é marcado pela sua eficácia invertida. Ao invés de controlar a criminalidade e ressocializar o delinquente, o sistema cria, de forma seletiva, tipos de criminosos, imprimindo-lhes a mácula de ex-presidiários.

Observa-se, desse modo, a conservação e o fortalecimento de um processo penal autoritário que prevalece nas violações aos direitos fundamentais. Sendo assim, depreende-se que através dessa reforma legislativa na seara penal, que visa a solucionar questões de segurança pública por meio da retirada de criminosos perigosos de circulação, com investigações, processos e punições efetivas e rápidas, é reforçado o controle social e a eterna nódoa de da alcunha de criminosos sobre indivíduos.

5.1 Das alterações do Pacote Anticrime na legislação penal

A aprovação da Lei nº 13.964/2019 no congresso promoveu algumas mudanças na legislação penal. Identifica-se em seus dispositivos legais avanços, no que tange a tentativa de se desvincular do sistema inquisitório, marcado pela ausência do direito à ampla defesa e contraditório e, retrocessos jurídico-sociais, relacionados a desconsideração de marcos jurídicos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Dessa forma, serão elencados algumas alterações promovidas por essa reforma legislativa de 2019.

No modelo atual de processo penal, o juiz que atua na fase investigatória é o mesmo que profere a sentença, sendo assim, não há sistema investigatório puro no Brasil, o magistrado tem contato com o réu desde a instrução. Nesse diapasão, o pacote anticrime inseriu em seus dispositivos a figura do juiz de garantias que atuará na fase investigatória até o recebimento da denúncia ou queixa-crime.

Disciplinado no artigo 3-B do Código de Processo Penal, ao juiz de garantias compete o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda de direitos individuais. Além disso, cabe a análise de Habeas Corpus impetrado pela defesa.

A figura do juiz de garantias, no entanto, está suspensa do ordenamento jurídico sob a justificativa da falta de orçamento prévio para contratação de novos servidores para exercer a função de magistrado, além da alegação de incompetência do legislativo para disciplinar sobre organização judiciária.

Outra alteração promovida pela lei, diz respeito ao limite de 40 anos de cumprimento de pena, previsto na redação atual do artigo 75 do Código Penal. Anteriormente, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não ultrapassava 30 anos.

Na visão de Nucci (2020, p. 10), tomando-se por base um condenado a mais de 100 anos de prisão – o que não é raro – com seus 20 e poucos anos, poderá deixar o cárcere com aproximadamente 60 e poucos anos, com expectativa de mais dez anos de vida. Não se pode considerar essa alteração inconstitucional, por ferir a vedação de pena de caráter perpétuo. Muito menos pena cruel, pois quem precisa se beneficiar desse limite para sair do cárcere, com certeza cometeu barbaridades inúmeras, ultrapassando – em muito – os tais 40 anos.

O autor assegura a constitucionalidade da mudança, uma vez que não contraria a Constituição Federal e a sua vedação à prisão perpétua. Conforme artigo 5º, XLVII, b da CF, não haverá pena de caráter perpétuo, o indivíduo não pode ficar a vida toda preso.

No que tange ao instituto da legítima defesa, foi incluído pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 25 do CP, o parágrafo único, estendendo a legítima defesa ao agente de segurança que repele injusta ou iminente agressão a vítima mantida refém durante prática de crimes. Nesse caso, não houve mudança efetiva na disciplina normativa, visto que a legítima defesa se configura nos casos de repelir injusta agressão atual ou iminente do direito de si ou de outrem. Dessa forma, trata-se de uma mensagem política de apoio aos agentes de segurança pública.

Além disso, foi incluído o acordo de não persecução penal para crimes praticados sem violência ou grave ameaça, em que tenha confissão do réu e a pena mínima seja inferior a 4 anos. As condições para o acordo devem ser estabelecidas pelo Ministério Público.

As condições para firmar o acordo se encontram na reparação do dano, renúncia voluntária dos bens e direitos indicados pelo MP como instrumento, produto ou proveito do crime, a prestação de serviços comunitários, a ser indicados pelo juízo da execução penal, entre outros.

Nos casos em que o agente já tenha sido beneficiado pelo acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, nos últimos cinco anos, será vedado o acordo de não persecução penal. Além disso, não é permitido o acordo de não persecução penal nos casos de violência doméstica no familiar ou em razão da pessoa ser do sexo feminino.

Para formalização do acordo de não persecução penal deverá ser designada audiência. Se o juiz considerar que os termos do acordo são inadequados ou insuficientes, serão

devolvidos os autos para o MP reformular a proposta. Ademais, não será homologado o acordo de não persecução penal quando não forem atendidas as condições legais.

Recentemente, em 19 de abril de 2021, foram derrubados diversos vetos presidenciais à Lei nº 13.964/2019. Evidencia-se a retomada da pena do homicídio qualificado quando praticado com arma de fogo de uso restrito ou proibido, o aumento da pena nos crimes contra honra e o fim do veto ao dispositivo que considera legal, em matéria de defesa, a realização de gravação ou escuta por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

Quanto aos procedimentos para coleta e tratamento de material de exame de DNA de condenados por crimes hediondos, o dispositivo foi retomado na votação. O resultado foi a alteração da lista de crimes nos quais esse material será coletado, como é o caso do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

5.2 Das alterações na Lei de Execuções Penais

A Lei nº 7.210/1984 sofreu mudanças substanciais com o advento do pacote anticrime. Os artigos 5º ao 9º-A da LEP contém a previsão de individualização da pena. Posto isso, quando uma pessoa ingressa em estabelecimento prisional deve ser feita sua classificação em relação aos seus antecedentes e personalidade.

No artigo 9º-A, acrescentado pela Lei nº 12.654/2012, e que prevê a identificação do sentenciado pelo perfil genético, nos casos de cometimento de crimes praticados dolosamente com violência ou grave ameaça contra a pessoa ou nos casos de crimes previstos, no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, as alterações do pacote anticrime compreendem a coleta de material genético do réu.

No §1º-A do artigo 9º-A, tem-se a previsão legal de que os dados genéticos devem ser protegidos. Enquanto no §3º, são garantidos os direitos do titular do material genético, que pode acessar seus dados constantes e todos os documentos que geraram esses dados, para poder exercer seu direito de defesa em amplo contraditório. No quarto parágrafo, a coleta do material genético pode ocorrer enquanto o condenado cumpre sua pena, caso a coleta não tenha ocorrido justamente por sua prisão.

O oitavo parágrafo assegura o direito do condenado de ter seu perfil genético identificado e confirmado. Frisa-se que se encontram suspensos os parágrafos 5º, 6º e 7º. Ainda, o pacote anticrime impôs, no artigo 50 da LEP, a aplicação de falta grave nos casos de recusa do sentenciado no fornecimento de material genético: “Art. 50. Comete falta grave o

condenado à pena privativa de liberdade que: VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”.

Por meio dessas alterações promovidas, que configuram séria afronta à autodeterminação do réu enquanto indivíduo sob o próprio corpo, não deixando margem para a discricionariedade, serão, posteriormente, tecidas críticas.

Presente no artigo 52 da LEP, o regime disciplinar diferenciado, em que se aduz sobre a aplicação de sanções ao preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, nos casos de cometimento de falta grave ou subversão à ordem, passou por alterações no que diz respeito à sua duração, a visita, direito a banhos de sol.

No primeiro inciso a duração máxima do RDD é alterada de 360 dias para 2 anos, sendo a nova redação: “I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;”

Através da Lei nº 13.694/2019, foi estabelecida a gravação de visitas em sistema de áudio ou de vídeo e a fiscalização de agente penitenciário, mediante autorização judicial. O quarto inciso também foi alterado, sendo o banho de sol agora realizado grupos de até 4 pessoas e sem contato entre presos do mesmo grupo criminoso.

Para além disso, reforçando entendimento sumulado, o pacote incluiu em lei a fiscalização de conteúdo da correspondência.

No artigo 112 da LEP, foram promovidas mudanças substanciais com a instituição de novos parâmetros para a progressão de regime, que passa agora a ser calculada por meio de percentuais.

Anteriormente, a sistemática estabelecida era a fração de 1/6 (um sexto) da pena para os crimes comuns, sejam os apenados reincidentes ou não e, em se tratando dos condenados por crimes hediondos, as frações estabelecidas passariam para 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e 3/5 (três quintos) da pena, na hipótese de reincidência.

Isso posto, os delitos equiparados aos hediondos perderam o direito de alterar o regime da pena. O Pacote Anticrime, principalmente no contexto da progressão de regime, evidencia que o legislador desconhece a atual situação degradante do cárcere no Brasil, onde é preciso que saia um apenado para que outro entre.

Outro conceito modificado pela lei em questão foram os requisitos para o livramento condicional, disciplinado no artigo 83 do CP. O benefício da execução da pena que se baseia na antecipação da saída do condenado de estabelecimento prisional mediante ao cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos, agora, será concedido nos casos de alcance do lapso

temporal, bom comportamento e ausência do cometimento de falta grave no período de 12 meses e aptidão para o retorno ao convívio social.

5.3 Da aplicação da falta grave nos casos de não fornecimento de material genético

Obrigar a submissão de alguém a uma intervenção corporal e reconhecer como falta grave a recusa do réu em fornecer seu material genético, bem como o registro em banco genético de criminosos por um período de, pelo menos, 20 anos no caso de condenação, assevera o ultra punitivismo do sistema penal e sua constante busca pela expansão das formas de controle, tais como nas penas corporais.

Nessa lógica, conforme destaca Foucault (1999, p. 163), na obra *Vigiar e Punir*, tem-se a docilização dos corpos para torná-los homogêneos e úteis, fazendo-se uso dos processos disciplinares para puni-los e normalizá-los. Assim, vão sendo fabricados corpos submissos e educados para a vida em sociedade.

Na visão do referido autor, é possível a subalternidade por meio da vigilância hierárquica, da sanção normalizadora e do exame. A partir de uma etiologia positivista, o Estado Penal se engrandece e a sociedade da vigilância e do controle passa intervir pré e pós o cometimento de delitos.

Isso posto, a lei anticrime, ao incluir como mais uma hipótese de falta grave a recusa do condenado na doação de seu DNA, e conflitar com os direitos fundamentais relacionados a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/1988), o direito à intimidade (artigo 5º, X, CF/88), o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF/1988) e o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, além das disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, reflete e reforça os mecanismos repressivos de poder do Estado.

A partir dessa perspectiva, disserta Lopes Jr. (2014, p. 642) que “submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso”.

Embora a modernização e aprimoramento dos métodos investigativos dos aparatos da justiça criminal seja de extrema relevância ao combate à impunidade, a compulsoriedade na extração do material genético promove reflexões sobre a autorização e a previsão da intervenção corporal pelas leis infraconstitucionais, considerando que há institutos na

Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que disciplinam sobre a vedação a punição corporal.

Para Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martínez (2020, p. 173):

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, em seu artigo 14, 3, g, e o Pacto de San Jose da Costa Rica, no artigo 8 °, 2, g, tutelam o princípio da não autoincriminação, portanto, recordando que as pessoas presas também são titulares de garantias, de modo que a identificação forçada viola o direito de não produzir provas contra si mesmo. Segundo o Defensor Público, Rodrigo Roig, o artigo 9º-A da LEP também atenta ao direito à intimidade e caminha na contramão da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 11, n ° 2), a qual dispõe que ninguém poderá ser submetido a ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada e ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, que de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 12), a Lei deve proteger todo ser humano de interferências ou ataques. Entretanto, neste caso, a Lei é a própria responsável por violar normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Salienta-se, ainda, a possibilidade da utilização da identificação criminal como prova no processo penal. O direito de o identificado criminalmente não ter material coletado, sem a sua anuência ou sem o seu conhecimento, seria afetado, quanto à finalidade de transformação em meio de prova.

Segundo Lopes Jr. (2014, p. 675), a totalidade da carga probatória encontra-se nas mãos do acusador, de modo que não poderia ser exigido o fornecimento do material por parte do acusado. Por isso, o suspeito deveria ter o direito de se recusar a fornecer material, sem que isso lhe acarrete consequências jurídico-processuais.

A lei torna-se um meio abusivo de produção de prova e de identificação criminal, uma vez que afronta à não autoincriminação e também ao contraditório. Não é necessária a afirmação de que há nessa questão o objetivo oculto de, quando houver repetição, ser possível a identificação e a construção de forma facilitada a “carreira criminosa” (BARATTA, 2002, p. 167) do agente.

Com o novo texto da LEP, ou o condenado submete-se à extração do DNA e integra o banco de dados genéticos, ou é obrigatoriamente penalizado com alguma das sanções disciplinares previstas na legislação.

Dessa forma, diante do conflito com os direitos fundamentais, e a constitucionalidade da intervenção questionada no Supremo Tribunal Federal, as modificações trazidas pela Lei anticrime sobre a coleta de perfil genético deveriam ter sido afastadas. Com isso, ainda que inconscientemente, o pacote anticrime estabelece imbricada conexão entre a individualização do condenado e sua forçosa disciplina dentro do ambiente carcerário.

Ante o exposto, o pacote anticrime pode gerar consequências graves, aprofundando a crise carcerária do estado sem a propositura de qualquer política de segurança pública comprovadamente efetiva. As mudanças propostas pela lei, que se resulta do anseio público por segurança, além de terem viés inconstitucional, fortalecem o grave estado de encarceramento, implicando principalmente em um aumento do número de presos, o que, na contramão, torna ainda mais robusto o desrespeito aos direitos fundamentais de tais indivíduos, influenciando diretamente a qualidade de vida dos presos e suas expectativas para o futuro.

6 CONCLUSÃO

A falácia permanente, que associa recrudescimento penal com diminuição da criminalidade, infelizmente, demonstra a dificuldade do Estado Brasileiro em respeitar os valores democráticos trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, as condições pelas quais é exercido o poder punitivo no Brasil nos últimos anos contribui para um agravamento exponencial da situação carcerária, implicando no aumento do número de presos, o que, na contramão, torna ainda mais robusto o desrespeito aos direitos fundamentais de tais indivíduos.

Sendo assim, diante da aspiração pública por segurança, pelo afastamento social daqueles que infringem as normas, predominam-se leis populistas de extremo rigor. A referida supressão recai sobre um ente perigoso, um “inimigo”, que a partir de então, não é mais visto em sua individualidade, mas sim, como parte de um grupo que ameaça o bem-estar social.

Ante o exposto, os direitos fundamentais que anteriormente eram vistos como pilares em um Estado Democrático de Direito para limitar os anseios punitivos e as ambições inquisitoriais, passaram a ser entendidos pela sociedade em geral e por determinados atores jurídicos como impasses à “eficiência” do Estado em exercer seu poder punitivo.

Nesse diapasão, conforme abordado ao longo do presente trabalho, a Lei nº 13.964/2019 caminha no sentido de, primeiramente, aumentar o grau de seletividade e de incidência do sistema penal na sociedade. As disposições contidas na referida lei promovem rígidas alterações nos dispositivos penais que são empecilhos para saída do indivíduo do ambiente carcerário.

Através de alterações na Progressão de Regime, Livramento Condicional, Regime Disciplinar Diferenciado, aumento do tempo máximo de cumprimento da pena, reproduz-se a ideia de que o indivíduo está a salvo da criminalidade, prejudicando, em si, na aplicação e no

alcance de princípios e direitos fundamentais por aqueles privados de liberdade. A implementação de medidas restritivas ao retorno do preso prejudicam diretamente a sua ressocialização.

A respeito da obrigatoriedade do fornecimento de material genético inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.654/2012 que prevê a coleta compulsória de material genético do investigado e dos condenados, por prática de crime doloso de natureza grave, e da criação do Banco Nacional de Identificação Genética, o pacote anticrime, ao obrigar o fornecimento de material genético por presos sob a aplicação de falta grave, contribui, grosso modo para o aumento do contingente carcerário.

Considerando que todas as penas, caracterizam, em verdade, a supressão, com a chancela penal, ainda que transitória de direitos e garantias fundamentais individuais, essa nova espécie de falta grave na execução penal, ao violar o princípio da autodeterminação e do direito de não produzir prova contra si, revela-se desproporcional, inconstitucional e inconveniente. Diante da vulnerabilidade dos indivíduos privados de liberdade, seja de acesso a itens básicos da sociedade ou de assistência jurídica, além da expansão do tempo de armazenagem de material genético coletado, trazida à luz pela Lei nº 13.964/2019, há mais chances de condenação em virtude do suposto cometimento de delito superveniente. Logo, em caso de recusa do fornecimento de material genético pelo preso, não cabe ao Estado valer-se da aplicação de falta grave como meio de coação, considerando que será afetada a individualidade e serão atentados os direitos humanos.

Dessa forma, a visível superlotação dos presídios aliada ao atributo da insalubridade, denuncia o ultraje do sistema carcerário no que diz respeito aos direitos fundamentais dos detentos. Outrossim, o legislador penal nem sempre tem demonstrado respeito aos princípios constitucionais que impõem limites para o exercício do ius puniendi estatal, exemplo disto é o advento da Lei nº 13.964/2019, que roboras as condições precárias do sistema carcerário brasileiro, afetando diretamente a pessoa do condenado e seus direitos.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASSO, Miguel Ângelo. **A identificação criminal por meio da coleta do material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12**. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFGRS), Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112107/000954095.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro: Imperador D. Pedro I, 1824 [2016?]. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Disponível em: 20 abr. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 e 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil

genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal.. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 533**. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 15 junho 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/S%C3%BAmulas%20Organizadas/45082/stj-sumula-533>. Acesso em: 15 maio 2021.

BUSANA, Dante; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal: Mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GAMA, Alison Andreus; LAZARI, Rafael de. O aumento da violência na execução penal pela Lei nº 13.964/2014. **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n. 331, jun./2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/446>. Acesso em: 15 mai. 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)? **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n. 236, jul./2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5560/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTÍNEZ, Ana Maria; MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. 1. ed. Barueri: Editora Atlas, 2020.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.

NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 288 p.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964/2019**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Multa penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal:** teoria geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ ; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** Teoria geral do direito penal, v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.