Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 152 • fev. / 2019

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 27 • vol. 152 • fev. / 2019

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editora-chefe – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Editores-assistentes – Daniel Leonhardt, Gustavo Noronha de Ávila e Vinicius Gomes de Vasconcellos

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL
Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)
Adriana Padua Borghi (UMC – Mogi das Cruzes/SP) – Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (PUCRS- Porto Alegre/RS) – Alexandre Gonçalves Kassama (Uninter – Curitiba/PR) – Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes (Universidade de Lisboa – Portugal) – Alvino Augusto de Sá (USP – São Paulo/SP) – Américo Bedê Freire Júnior (FDV – Vitória/ES) – Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/USAL – Salamanca/Espanha) – Ana Luiza Gonçalves dos Santos (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ) – Anamaria Prates Barroso (UFPE – Recife/PE) – Brenno Gimenes Cesca (EPM – São Paulo/SP) – Bruno Tadeu Buonicore (Uni. Frankfurt – Alemanha) – Paulo César Busato (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR) – Carolina Llantada

Seibel Scarton (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Christiany Pegorari (PUC – Campinas/SP) – Clecio Lemos (Instituto Carioca de Criminologia – Rio de Janeiro/RJ) – Daiene Kelly Garcia (Faculdade de Direito de Franca – Franca/SP) – Danyelle Galvão (USP – São Paulo/SP) – David Alcântara Isidoro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Diogo Flora (OABRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Diogo Mariano Carvalho de Oliveira (OAB – Curitiba/PR) – Elisa Leonesi Maluf (USP – São Paulo/SP) – Evandro Piza (UnB – Brasília/DF) – Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS)) – Felipe da Veiga Dias (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS) – Fernando Parente dos Santos Vasconcelos (UniCEUB – Brasília/DF) – Gisela Aguiar Wanderley (UnB – Brasília/DF) – Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB) – Isabela Albuquerque Mustafa (Universidade de Coimbra – Portugal) – James William Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Janaína de Souza Bujes (UFRGS – Porto Alegre/RS) – José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ) – Júlio César Faria Zini (UFMG – Belo Horizonte/MG) – June Cirino dos Santos (ICPC – Curitiba/PR) – Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelotas/RS) – Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG) – Luiz Phelippe del Santo (Universidades de Bologna e de Padova – Itália) – Manuela Abath Valença (UnB – Brasília/DF) – Marcus Vinícius Xavier de Oliveira (UFRO – Porto Velho/RO) – Maria Claudia Giriotto (USP – São Paulo/SP) – Maria Eduarda Azambuja Amaral (PUCRS – Porto Aleger/RS) – Maurício Sant'Anna dos Reis (CESF – Porto Alegre/RS) – Milena Tarzia Barbosa da Silva (OAPEC – Santa Cruz do Rio Pardo/SP) – Paulo Thiago Fernandes Dias (Unisinos – Sao Leopoldo/RS) – Rafaela Caldeira Gonçalves (TJSP – São Paulo/SP) – Rafhael Lima Ribeiro (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Renato Gomes de Araújo Rocha (USP – São Paulo/SP) – Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (IFRN – João Câmara/RN) – Rosana Alves Gama Souza da Silva (Instituto Federal Fluminense – Campos dos Goytacazes/RJ) – Ruiz Ritter (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS) – Samyle Regina Matos Oliveira (Universidade Tiradentes – Tiradentes/SE) – Thiago Baldani Gomes De Filippo (USP – São Paulo/SP) – Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS) – Vinícius Abdala (Universidade 9 de julho – São Paulo/SP) – Vitor Gonçalves Machado (UFES – Vitória/ES)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Adriano Antunes Damasceno (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Américo Bedê Junior (FDV – Vitória/ES) – Andreia de Castro Rodrigues (Universidade Lusíada – Porto/Portugal) – Antônio Jaeger (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP) – Érika Mendes de Carvalho (Universidade Estadual de Maringá – Maringá/PR) – Figueiredo Monteiro Neto (Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz – Toledo/PR) – Flávia Siqueira (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Francisco Thiago Rocha Vasconcelos (UNILAB – Redenção/CE) – Gustavo Noronha de Ávila (Universidade Estadual de Maringá – Maringá/PR) – Hamilton Gonçalves Ferraz (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Helena Gerardo (Universidade Lusíada – Porto/Portugal) – Isadora Dourado Rocha (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal – Distrito Federal/DF) – Izabele Kasecker (Humboldt-Universität zu Berlin – Alemanha) – Joice Graciele Nielsson (UNIJUÍ – Ijuí/RS) – Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ – Ijuí/RS) – Maira R. Machado (FGV – São Paulo/SP) – Marcos Vinícius Pinto (FDV – Vitória/ES) – Mariana Lins de Carli Silva (USP – São Paulo/SP) – Maurilio Casas Maia (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE) – Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE) – Olga Cunha (Universidade Lusíada – Porto/Portugal) – Patrícia Bocardo Batista Pinto (FGV – São Paulo/SP) – Paulo César Busato (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR) – Rodrigo Faucz Pereira e Silva (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Thayara Castelo Branco (Universidade Estadual de Maringá – Maringá/PR) – Tiago Joffily (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 152 • fev. / 2019

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 152 • fev. / 2019

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Diretora Editorial
Juliana Ono

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [02-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [20.12.2018]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1º Vice-Presidente
Thiago Bottino
2º Vice-Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2º Secretário
Roberto Corcioli Filho
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional Das Coordenadorias Regionais E Estaduais
Carla Cilene Gomes
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
Membros
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira
Ouvidor
Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação
Gabriel de Freitas Queiroz
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Thayná Yaredy
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Maria Helena Rolim
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Jornal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Christiano Fragoso
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida
24º Seminário Internacional
Silvio Luiz Almeida

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Natália Macedo Sanzovo
Departamento IBCCRIM Coimbra
Presidente
Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Luciana Zaffalon
Equipe
Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Alexandre Soledade de Oliveira
Camila dos Santos Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Priscila Nicastro
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Carolina Diniz
Equipe
Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Cristina Uchôa
Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Amarilis Regina Costa da Silva
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Manuela Santos
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 152 • fev. / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial
Coordenação
Iviê A. M. Loureiro Gomes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Rafaella Araujo Akiyama

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier e Daniela Medeiros Gonçalves Melo

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Controle de Qualidade de Diagramação: Rafael Ribeiro

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Sumário

Direito Penal

A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos

Perverse "jurisdictionalisation" in criminal execution: critical thoughts on the transformation of a fundamental guarantee into a further obstacle to the exercise of rights

Bruno Shimizu 19

Consentimento informado, intervenções cirúrgicas e esterilização involuntária: reflexões a partir do caso I.V. *vs.* Bolívia

Informed consent, surgical interventions and involuntary sterilizations: considerations regarding the case I.V. vs. Bolivia

Flávia Siqueira e Izabele Kasecker 65

O *Habeas Corpus* 143.641/SP e a tutela coletiva do *status libertatis:* condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil

Habeas Corpus *143.641/SP and the collective guarantee of the status libertatis: condition of possibility for the humanization of the female prision in Brazil*

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson 89

A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP

Over punishment: multiple sanctioning in inmates misconduct at São Paulo Court of Appeal Decisions

Maira Rocha Machado e Patrícia Bocardo Batista Pinto 117

Curandeirismo: o bem jurídico saúde pública a serviço de uma política criminal racista

Healerism: the criminal juridical asset public health serving a racist criminal policy

Mariana Lins de Carli Silva 145

O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: *custos vulnerabilis*?

The penal garantism, vulnerable prisoners and Public Defense's intervention in penal execution: custos vulnerabilis*?*

Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurilio Casas Maia 173

Algumas razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas: expansão ou necessidade?

Some political-criminal reasons to the criminal liability of legal persons: expansion or necessity

Paulo César Busato 211

Memory conformity and eyewitness testimony: a review

Conformidade de memória e prova testemunhal

Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Antônio Jaeger 233

Processo Penal

Presunção de inocência e execução da pena no Supremo Tribunal Federal: o dito pelo não dito

Presumption of innocence and criminal enforcement in the Supreme Federal Court: the said by not said

Adriano Antunes Damasceno 261

A audiência de custódia e sua incapacidade de contenção do poder punitivo

Custody hearing and its inability to contain punitive power

Figueiredo Monteiro Neto 277

A aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal

The applicability of article 489, paragraph 1, of the Code of Civil Procedure to criminal proceedings

Marcos Vinícius Pinto e Américo Bedê Junior 315

Crime e Sociedade

Transições na história da criminologia no Brasil: redes acadêmicas, circulação de ideias e problemas públicos entre 1947-1980

Transitions in the history of criminology in Brazil: academic networks, movement of ideas and public problems (1947-1980)

Francisco Thiago Rocha Vasconcelos 349

Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao Estado penal brasileiro

Democracy and mass incarceration: political theory provocations on the Brazilian penal State

Hamilton Gonçalves Ferraz e Tiago Joffily 383

A perceção de reclusos(as) acerca do papel das atividades durante o cumprimento da pena privativa de liberdade

Inmates' perception regarding the role activities hold while serving prison sentences

Helena Gerardo, Andreia de Castro Rodrigues e Olga Cunha..... 423

Feminicídio e as tensões de sua criminalização em processos judiciais no Distrito Federal

Feminicide and its criminalization tensions on criminal cases at Distrito Federal

Isadora Dourado Rocha..... 465

A (in)visibilidade das medidas de segurança no Brasil: um estudo empírico das publicações em revistas brasileiras sobre ciências criminais

The (in)visibility of safety measures in Brazil: an empirical study of publications in Brazilian journals about criminal sciences

Thayara Castelo Branco, Gustavo Noronha de Ávila e Érika Mendes de Carvalho 499

Índice Alfabético-remissivo 533

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 541

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 551

Condições para Submissão (*Checklist*)..... 555

A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos

Perverse "jurisdictionalisation" in criminal execution: critical thoughts on the transformation of a fundamental guarantee into a further obstacle to the exercise of rights

Bruno Shimizu

Doutor (2015) e Mestre (2011) em Direito Penal e Criminologia pela USP. Defensor Público do Estado de São Paulo. Membro da Diretoria Executiva do Ibccrim (biênio 2017/18).
shimex@hotmail.com

Recebido em: 02.08.2018
Aprovado em: 01.10.2018
Última versão do(a) autor(a): 19.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo versa sobre o fenômeno da jurisdicionalização perversa na execução penal brasileira, verificando que, na história da inserção do Poder Judiciário na execução penal, essa inserção deu-se não como uma garantia ao sentenciado, mas como uma forma de obstaculizar a implementação de medidas desencarceradoras, pensadas como institutos seletivos e residuais. A Lei de Execução Penal, apesar de ter afirmado a jurisdicionalização como uma garantia, repetiu procedimentos anteriores, provocando a falência do sistema progressivo. Somam-se a isso construções pretorianas e correntes administrativistas, que desnaturalizaram o caráter jurisdicional dos poderes atribuídos ao juiz das execuções para ordenar ao Estado o correto funcionamento das unidades. O estudo elege três eixos de análise da jurisdicionalização perversa

Abstract: This essay deals with the phenomenon of perverse "jurisdictionalisation" in Brazilian criminal execution, verifying that, in the history of judiciary insertion in criminal execution, this insertion occurred not as a guarantee to the convicted, but as a way of hindering the implementation of institutes that could release the person, thought as selective and residual institutes. The Brazilian "Criminal Execution Act", despite having affirmed the "jurisdictionalisation" as a guarantee, repeated previous procedures, causing the failing of the progressive system. Added to this are praetorian constructions and administrative currents, which have distorted the jurisdictional nature of the powers attributed to the judge of executions to demand from the State the correct functioning of the units. This paper chooses three axes of analysis of the

e seus impactos práticos: o sistema progressivo, o processo de apuração de faltas disciplinares e a atividade judicial comumente denominada "corregedoria dos presídios". Ao cabo, o trabalho conclui-se com a formulação de um conteúdo mínimo para que o princípio da jurisdicionalização da execução penal assuma contornos de uma verdadeira garantia do sentenciado.

Palavras-chave: Execução penal – Jurisdicionalização – Sistema progressivo – Faltas disciplinares – Corregedoria dos presídios.

perverse "jurisdictionalisation" and its practical impacts: the progressive system, the inquiry of disciplinary offenses, and the judicial activity commonly known as "prison magistracy". In the end, the paper concludes with the formulation of a minimum standard so that the principle of the "jurisdictionalisation" of criminal execution becomes a true guarantee for the convicted.

Keywords: Criminal execution – "Jurisdictionalisation" – Progressive system – Disciplinary offenses – "Prison magistracy".

Sumário: 1. Introdução: a garantia da jurisdicionalização da execução penal e suas limitações. 2. O fracasso do sistema progressivo apesar da jurisdicionalização. 3. Retrospecto histórico de construção da jurisdicionalização perversa na execução. 4. Os incidentes na execução e a lógica do tratamento dos direitos como "benefícios". 5. Jurisdicionalização perversa e sistema progressivo. 6. Jurisdicionalização perversa e processo de apuração de falta disciplinares. 7. Jurisdicionalização perversa e "corregedoria dos presídios". 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

1. Introdução: a garantia da jurisdicionalização da execução penal e suas limitações

À época da entrada em vigor da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), bem como nos anos que a sucederam, intensificou-se o debate sobre a natureza jurídica do processo de execução criminal, sobretudo acerca de sua jurisdicionalidade. A LEP, em sua exposição de motivos, adere à corrente jurisdicional, reafirmando que "o Juízo da Execução é o foro natural para o conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade, na execução das penas e das medidas de segurança" (Item 173).

Com efeito, a fixação de um rol extenso de competências jurisdicionais no curso da execução (art. 66 da LEP) – que englobam a decisão sobre punibilidade, forma de cumprimento de pena e a fiscalização e tomada de providências sobre irregularidades violadoras de direitos individuais ou coletivos –, somada à previsão de um procedimento judicial, ainda que timidamente disciplinado entre os artigos 194 e 197 da LEP, não deixam dúvida acerca do reconhecimento, pelo legislador, da necessidade de jurisdicionalização da execução.

Acerca do caráter jurisdicional da execução no Brasil, após o advento da LEP, manifesta-se Brito (2011, p. 27-28):

> A execução penal brasileira é eminentemente judicial. O processo é conduzido pelo Judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referentes a um processo penal como a ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência etc. Também é de competência do juiz a resolução dos incidentes e demais questões que sobrevenham à execução da pena. Nem mesmo a direção dos estabelecimentos penais por uma autoridade administrativa elide o caráter jurisdicional das decisões sobre os rumos da execução. O juiz, a todo o momento, é chamado para exercer plenamente sua função jurisdicional.

A jurisdicionalidade, assim, erigiu-se como um princípio da execução penal pelos doutrinadores mais recentes, baseando-se no entendimento de que o modelo administrativo de execução – entendimento majoritário na literatura anterior à LEP – contribui para a insegurança jurídica do sentenciado, ao abrir espaço para que a discricionariedade administrativa defina os contornos do direito fundamental à liberdade[1]. Com efeito, não parece minimamente coerente que a execução penal, a qual se pode argumentar ser o ramo do direito com as

1. Apesar da relação feita pela doutrina entre jurisdicionalização e redução de espaço de discricionariedade – o que é, a princípio, correto a partir da lógica do processo jurisdicional –, vale ressaltar que a execução penal sempre terá algum aspecto discricionário, identificado por parte da doutrina como "direito penitenciário", consistente na parte da execução penal que remanesceria sob o âmbito de regulação do direito administrativo. Assim, a jurisdicionalização da execução pregará a submissão ao contraditório judicial das decisões que disserem respeito ao exercício de direitos fundamentais, entre os quais incluem-se todas as decisões que tiverem impacto sob a liberdade individual. Por outro lado, não se afasta o poder regulamentar, fiscalizatório e executório da administração pública, no que toca, por exemplo, ao estabelecimento de horários de refeições em unidades prisionais, da forma de exercício dos direitos sociais no ambiente prisional (das assistências de que trata a LEP, que poderão ser prestadas diretamente, por convênios, por contratos etc.), ou da regulamentação dos turnos de trabalhos dos técnicos e dos agentes penitenciários e de escolta e vigilância. Acerca da persistência de algum grau, maior ou menor, de discricionariedade no âmbito da execução penal, cf. Rodrigues (2000, p. 53):"Independentemente da concessão expressa de poderes discricionários – questão cuja legitimidade não cabe aqui tratar –, sendo de execução vinculada a atividade exercida pelos seus órgãos competentes, deve esta comportar uma capacidade de conformação que melhor permita uma adequação de necessidades especiais e concretas à finalidade específica que compete satisfazer. Sendo mais visível em certos casos, esta margem de discricionariedade é, contudo, inevitável, especialmente quando se adota uma técnica 'preventiva' de regulação e restrição de liberdades em que se impõe a intervenção da autoridade administrativa como condição do exercício do direito".

consequências potencialmente mais gravosas e violadoras ao cidadão, não se revista de um devido processo legal submetido ao contraditório judicial[2].

Nesse sentido, argumenta Roig (2014, p. 105):

> Não se pode olvidar ainda que as concepções administrativistas – ou mesmo mistas –, desconsiderando a existência do conflito de interesses e de pretensões, acabam por incorporar em seus discursos elementos inquisitoriais refratários ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade e devido processo legal. O mesmo não se verifica na concepção jurisdicional de execução penal, uma vez que a própria acepção de jurisdição demanda a existência de contraditório entre as partes, o desempenho de ampla (e técnica) defesa e a emanação de um provimento imparcial e processualmente correto.

Com efeito, do ponto de vista de um "dever-ser" jurídico, o raciocínio supra é irretocável. A necessidade de resguardo de direitos fundamentais contra o arbítrio ou a discricionariedade encontra resposta, no ordenamento brasileiro, na institucionalização de um contraditório jurisdicional real e efetivo, erigido a cláusula pétrea pela Constituição da República (art. 5º, LV).

O razoável consenso na doutrina mais recente em torno da jurisdicionalização da execução penal brasileira, acompanhado pela instalação de varas de execução especializadas e do estabelecimento de um processo vinculado aos órgãos envolvidos na execução (Poder Judiciário, Defensoria Pública, advocacia e Ministério Público), contudo, não impediu que o mesmo padrão de violações e arbitrariedades constatado na execução penal antes da LEP continuasse sendo a tônica no tratamento atribuído ao preso.

A jurisdicionalização do processo de execução, por um lado, representa inquestionável avanço dogmático, na medida em que coloca o sentenciado na posição de sujeito da execução, ou seja, de parte em um processo jurisdicional acusatório, e não como mero objeto de uma atuação administrativa[3]. Logo, a ju-

2. A exigência constitucional de jurisdicionalização da execução foi assentada na forma de súmula pelas "Mesas de processo penal" da Faculdade de Direito da USP, conforme informam Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (1991, p. 6): "Súmula 85: são garantias plenamente aplicáveis ao processo de execução penal, como decorrência dos princípios constitucionais do 'devido processo legal', ainda que a lei processual não as assegure expressamente, a igualdade, a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade".
3. Nessa esteira, cf. Barros (2001, p. 134-135): "Consequência da jurisdicionalização da execução, o processo de execução penal está vinculado aos princípios e garantias decorrentes do 'devido processo legal'. Tendo, pois, o processo de execução penal natureza

risdicionalização da execução, mais que uma corrente dogmática, é imposição da Constituição da República, decorrência da dignidade humana, fundamento que seria incompatível com o entendimento de que restrições à liberdade do cidadão sentenciado pudessem se dar fora do contraditório judicial.

Por outro lado, o transcurso de mais de três décadas desde a edição da LEP demonstra que a jurisdicionalização da execução, tema tido como resolvido por boa parte da doutrina, não teve o condão de, do ponto de vista da eficácia, transformar o processo de execução em um rito justo, no qual o juízo fique equidistante das partes e em que haja duração razoável do processo.

Em suma, a jurisdicionalização da execução não evitou o fenômeno do hiperencarceramento e a precarização do processo; direitos na execução são denegados por exigências periciais protelatórias, pela extrema demora das varas de execução, pela atuação ideológica do Ministério Público e do Judiciário, pela construção de teses jurídicas e interpretações contrárias ao *favor libertatis*[4] e pelo sucateamento de boa parte dos ofícios judiciais de execução criminal no Brasil.

O objetivo do presente ensaio centra-se em compreender as razões que levaram a jurisdicionalização do processo de execução penal a frustrar as expectativas nela depositadas, no sentido de garantir eficiência e legalidade no cumprimento da pena. Para tanto, recorrer-se-á a dados empíricos, constantes de relatórios oficiais, a fim de identificar e demonstrar a falência do processo de execução brasileiro, sobretudo pela ineficácia do sistema progressivo. A partir disso, será possível revisitar a história do direito pátrio com o fito de entender de que forma a

jurisdicional, o condenado, como parte ou sujeito da relação processual, é titular de direitos, sendo-lhe assegurado o direito a um processo de execução penal com todas as garantias. 'O devido processo legal' implica um conjunto de garantias processuais inspiradas nos princípios constitucionais que asseguram sua efetiva tutela: juiz natural e imparcial, contraditório com produção de provas, ampla defesa com assistência técnica indispensável, decisões adequadamente fundamentadas, duplo grau de jurisdição e direito a um processo sem dilações indevidas. Enfim, a garantia de um processo equitativo, com igualdade de tratamento e de 'armas'.".

4. Faz-se referência, aqui, à dimensão hermenêutica do princípio geral do processo do *favor rei* ou *favor libertatis*, conforme definem Aguilar Cavallo e Nogueira Alcalá (2016, p. 16): "El principio favor persona en la directriz 'favor libertatis' lleva a interpretar la norma en el sentido más favorable a la libertad y la eficacia y optimización jurídica de la norma, asimismo, inversamente, cuando se trata de normas que tienen por objeto restringir o limitar el ejercicio de derechos, además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, ellas deben interpretarse en forma restringida y nunca analógicamente, ya que en la materia juega la fuerza expansiva de los derechos".

jurisdicionalização da execução veio se constituindo até sua adoção pela LEP, permitindo-se a conceituação e o delineamento, ao final, da "jurisdicionalização perversa", fenômeno identificável pela inserção do Poder Judiciário na execução penal como forma de entrave a políticas de desencarceramento, e não, como seria o esperado, de garantia de direitos do sentenciado. O delineamento das formas de incidência dessa "jurisdicionalização" perversa, por fim, será possível a partir de uma análise dogmática do ordenamento respectivo e da jurisprudência sobre o tema. Trata-se, portanto, de um trabalho que se pretende a um ecletismo metodológico sem o qual não seria possível atingir uma visão mais ampla do fenômeno.

2. O fracasso do sistema progressivo apesar da jurisdicionalização

Os dados do Infopen relativos ao ano de 2016 deixam bastante clara a situação de inefetividade da execução penal brasileira no que diz respeito aos objetivos do processo. O desrespeito ao sistema progressivo de cumprimento de pena, por exemplo, considerado pelo Supremo Tribunal Federal como condição para o objetivo de "harmônica integração" do sentenciado, conforme colocado no art. 1º da LEP[5], é desnudado pelos dados oficiais.

Consta do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 7-13) que, em 2016, o Brasil contava com 726.712 pessoas presas. Desse universo, 40% eram presos provisórios[6], 38% estavam cumprindo pena em regime fechado, 15% estavam cumprindo pena em regime semiaberto e 6% cumpriam pena em regime aberto[7].

O dado mais espantoso é, sem dúvida, o número inaceitável de presos provisórios no Brasil, o que constitui indicativo incontornável de que o critério para a

5. Refere-se aqui, sobretudo, ao entendimento assentado no julgamento do HC 82.959/SP, em que o STF declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da previsão do regime integralmente fechado trazida pelo artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.
6. Vale recordar que o conceito de "preso provisório" utilizado pelos relatórios do Infopen é atécnico, já que, a partir das informações dos Estados, são computados como presos provisórios apenas aqueles que ainda não foram julgados em primeira instância. Desconsidera-se que a prisão no curso da execução provisória continua sendo uma forma de prisão cautelar, em atenção ao art. 5º, LVII, da Constituição da República e ao art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal.
7. O número de sentenciados em regime aberto é sub-representado no relatório, já que se verifica que estados que não dispõem de casa do albergado, como São Paulo, não contabilizaram o número de presos em cumprimento de pena em regime aberto na forma da prisão albergue domiciliar.

decretação de prisões processuais seguido pelos juízes se afasta muito das hipóteses legais e da excepcionalidade da constrição corporal provisória que decorre da Constituição Federal (art. 5º, LXVI). Os presos provisórios, aliás, acabam por cumprir parte substancial de uma pena que potencialmente poderia ser aplicada em Centros de Detenção Provisória ou em Cadeias Públicas, estabelecimentos de condições materiais geralmente ainda piores que aquelas que se encontram em unidades prisionais destinadas ao cumprimento de privação de liberdade em regime fechado.

Os dados relativos aos presos já sentenciados, contudo, também trazem conclusões relevantes, sobretudo no que diz respeito à ineficiência da jurisdição como forma de efetivação dos direitos na execução penal. O fato de que o número de presos em regime fechado supera o dobro do número de presos em regime semiaberto é um forte indicativo de que o sistema progressivo na execução vem sendo frustrado, já que aponta para a existência de uma boa parcela de pessoas cumprindo pena integralmente em regime mais gravoso, sem chegarem a progredir ao regime intermediário[8].

A comparação dos dados oficiais de 2016 com os dados do relatório Infopen de 2014 (Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 27) demonstram que a desproporção entre o número de presos em regime fechado e semiaberto não constitui uma distorção pontual. Do relatório de 2014 consta que 46% dos presos estavam em regime fechado, sendo que apenas 18% estavam em regime semiaberto[9].

A frustração do sistema progressivo apontada por esses dados tem, certamente, mais que uma única causa, sendo fenômeno complexo. A ausência de dados mais detalhados não permite, por ora, que se responda com precisão quais são os "gargalos" procedimentais que geram essa distorção. Contudo, é possível reconhecer que há um número grande de pessoas em regime fechado que, de acordo com os critérios legais, já poderiam estar em regime menos gravoso.

Ainda que não haja dados detalhados, contudo, qualquer das hipóteses que busque responder a esse problema passa pela presença do juízo das execuções

8. O fato de que o número de presos em regime fechado supera o sêxtuplo do número de presos em regime aberto também parece corroborar a conclusão de que o sistema progressivo não funciona do Brasil. Concentra-se a análise no número de presos em regime fechado e semiaberto, contudo, dada a já mencionada sub-representação do número relativo a pessoas em regime aberto.

9. A ausência de dados consolidados anteriores não permite que se trace uma série histórica mais consistente, fato que denota ausência de interesse político do Governo Brasileiro em zelar pela transparência do sistema prisional e pela produção de dados que permitam a formulação de políticas coerentes.

no processo. As pessoas privadas de liberdade não progridem de regime quando atingem o lapso para tanto por, ao menos, alguma das seguintes razões: i) não houve processamento de pedido judicial de progressão em prazo razoável, seja por ausência de assistência jurídica, seja pela ineficiência do cartório; ii) houve exigência de diligência protelatória pelo juízo, impedindo o julgamento do pedido em prazo razoável (exame criminológico, parecer do Conselho Penitenciário etc.); iii) o pedido foi deferido, mas a progressão não foi levada a efeito pela ausência de vaga em unidade prisional de regime mais brando[10]; iv) o pedido foi indeferido, seja por motivo considerado idôneo pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (existência de condenação definitiva por falta grave não depurada), ou por motivo inidôneo ("pena longa", "crime grave", apontamentos negativos sobre a personalidade em laudo criminológico etc.).

Qualquer das hipóteses acima – todas verificadas diuturnamente nos processos de execução – tem estrita relação com o funcionamento do juízo das execuções como um entrave, e não como uma garantia ao sentenciado. A construção de entendimentos conservadores e contrários ao *favor libertatis* denota uma adesão de parcela do Judiciário a uma ideologia punitivista, em que os juízes, por discordarem do sistema progressivo de cumprimento de pena, frustram-no por meio de subterfúgios jurídicos[11]. De outra banda, a ineficiência dos cartórios e da admi-

10. Sobre esse entrave ao sistema progressivo, ainda não há dados que permitam compreender o impacto da Súmula Vinculante 56, aprovada em 2016 pelo STF: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

11. Entre esses subterfúgios, tem destaque a construção ideológica do "pseudo-princípio" denominado *in dubio pro societate*. Ainda que sem embasamento legal ou acadêmico, boa parcela dos juízes e promotores atuantes no processo de execução sustentam que as decisões emanadas pelo Poder Judiciário após o advento da condenação criminal definitiva, que venceria a presunção de inocência, deveriam ser o mais desfavoráveis possível ao sentenciado. Sobre a evidente inexistência de embasamento constitucional e legal a esse "pseudo-princípio", também sustentado em outros ritos e procedimentos, como no inquérito policial e no encerramento do sumário da culpa no rito do júri, cf. Orsi Netto (*2009, p.* 14): "É recorrente em parcela da jurisprudência nacional o argumento de que no processo de execução criminal incide o suposto princípio do *in dubio pro societate*, determinando que o interesse público deva prevalecer ao direito do sentenciado à gradual liberdade de locomoção, ainda que este tenha preenchidos os requisitos legais para a sua consecução, sempre que o magistrado '*incorrer em dúvida acerca da adesão do criminalmente condenado aos mecanismos estatais de reintegração à sociedade*".

nistração penitenciária no cumprimento da lei e das decisões em prazo razoável revela o descompromisso do Poder Judiciário em exercer seu papel fiscalizatório como órgão da execução[12].

3. Retrospecto histórico de construção da jurisdicionalização perversa na execução

Uma compreensão mais sólida acerca da disfuncionalidade da execução penal jurisdicionalizada no Brasil pode ser buscada em uma reconstituição desse processo, que culminou com a institucionalização da presença judicial na execução como garantia processual, na forma da LEP.

Em visão histórica sobre da presença do Poder Judiciário no curso da execução penal, Teixeira (2009, p. 75) informa que, "mesmo após o advento da República, não haveria ainda que se falar em funções fiscalizatórias junto ao cárcere ou

Essa corrente jurisprudencial, no entanto, é omissa em explicar o fundamento jurídico que justifique a existência desse princípio no sistema penal pátrio. Esse silêncio argumentativo decorre de uma lógica natural: do nada, nada surge. Não é possível "criar" um princípio jurídico a partir de (pré) conceitos empíricos do julgador.

[...]

No Brasil adotou-se como valor-fonte e irradiante de todo o seu sistema jurídico a dignidade da pessoa humana, fundamento desta República que impõe ao Estado a afirmação das integridades física e moral do ser humano, pressupondo, portanto, a autonomia deste em relação ao corpo social. Tem-se, portanto, como aviltante a este fundamento um princípio que traça como diretriz a preponderância do interesse de uma determinada coletividade ao direito de liberdade de pessoa individualmente considerada. Ademais, não é arriscado concluir que é dever do Estado brasileiro proporcionar ao condenado condições dignas de retorno à sociedade livre.

Outrossim, a característica principal de um Estado Democrático de Direito, como sói ser o Brasil, é a prevalência dos direitos humanos, ainda que eventualmente contrarie interesse da maioria, sob pena de o regime democrático tornar-se a capa de uma indisfarçável ditadura".

12. Nesse sentido, cf. Cacicedo (2018, p. 417): "O cotidiano nas varas de execução penal no Brasil demonstra que o funcionamento da maior parte destas é verdadeiramente caótico, como apontou relatório do Conselho Nacional de Justiça. Para além de um funcionamento burocrático e irregular, trata-se de verdadeira violação de direitos com efeitos concretos sobre a liberdade das pessoas sob jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação tanto ao art. 196 da Lei de Execução Penal, quanto à determinação constitucional de duração razoável do processo".

mesmo relativas ao acompanhamento do cumprimento da pena". A atuação judicial na execução surgiu, no plano normativo, com a edição do Decreto 16.665, de 1924, que regulamentou o instituto do livramento condicional, prevendo sua concessão por parte do "juiz da causa". Esse "juiz da causa", que seria o juízo da condenação, contudo, não teria poderes para a concessão do livramento condicional sem que houvesse um parecer por parte de um órgão administrativo criado por esse mesmo decreto: o Conselho Penitenciário.

Em estudo da história do direito acerca do *sursis* e do livramento condicional no Brasil, Queiroz (2006) identifica o surgimento desses institutos em um movimento de "modernização conservadora" do direito brasileiro, período que ele situa entre as décadas de 1920 e 1940. Tal movimento é conceituado pelo autor como uma modernização que fosse suficiente para adequar o ordenamento "aos padrões intelectuais e às exigências funcionais de seu tempo, de um lado, mas que nem por isso implicasse mudanças radicais na estrutura social de outro" (p. 176).

Assim, esses primeiros "institutos desencarceradores" brasileiros foram introduzidos como forma de adequar a execução penal às exigências de uma sociedade que renunciara formalmente ao escravagismo e assistira à proclamação da República, com a edição de um Código Penal alinhado ao ideal positivista. O conservadorismo dos meios político e jurídico de então, contudo, garantiram que essa modernização dos institutos jurídicos não tivessem um impacto estrutural sobre os padrões de criminalização e seletividade do sistema penal.

O livramento condicional e o *sursis*, assim, permitiriam que, sob o escrutínio administrativo e judicial sobrepostos, pudesse o sentenciado ser desencarcerado, sob a análise de condicionantes do "direito penal do autor", a demonstrarem que tal condenado não se enquadraria nos critérios preconceituosos do estereótipo criminal. Logo, ainda que fossem institutos desencarceradores em essência, o *sursis* e o livramento condicional afiguraram-se como forma de substituir a implementação de um sistema progressivo real na execução penal brasileira, garantindo que apenas pessoas selecionadas por sua posição familiar e histórico pessoal de inserção social pudessem ser beneficiadas por tais institutos[13].

13. Sobre a funcionalidade do *sursis* como instituto desencarcerador seletivo e classista em sua origem, manifesta-se Queiroz (2011, p. 112): "O que se viu, portanto, foi a recepção do *sursis* pela elite política da época como uma espécie de corretivo das respostas penais: quando eventualmente um indivíduo *bom* fosse capturado pelas instâncias penais de controle social – que se voltavam exclusivamente para os *maus*, lembremo-nos –, o *sursis* deveria ser concedido para que ele, mesmo condenado, não viesse a padecer dos males que só os *maus* mereciam. As fontes da época mostram, outrossim, que esse juízo de bondade/maldade era muitas vezes pautado por critérios socioeconômicos, a

Queiroz (2006, p. 200-202) debruça-se sobre as posições da Comissão Legislativa responsável pela redação da minuta do decreto de livramento condicional a fim de demonstrar a preocupação, na elaboração do instituto e de sua operacionalização, com a manutenção dos mesmos padrões históricos de punição seletiva. Nesse sentido, por exemplo, cita o trabalho de Astolpho Rezende, um dos integrantes da comissão, que atestou, em defesa do instituto, seu limitado e seletivo potencial de desencarceramento: "O livramento condicional aplica-se a uma minoria de elite" (Rezende apud Queiroz, 2006, p. 201)[14].

A primeira experiência de inserção da atividade do juiz criminal sobre a execução da pena no Brasil, assim, não se deu como forma de garantia de um devido processo legal no curso da execução, em favor da segurança jurídica do condenado. Ao revés, a inserção da apreciação judicial surgiu como forma de tornarem-se ainda mais restritos os critérios de aplicação de institutos desencarceradores, submetendo-se o condenado à fiscalização e à discricionariedade, por critérios deliberadamente subjetivos, de instâncias administrativas e judiciais sobrepostas. Em vez de constituírem uma forma de repelir a discricionariedade, portanto, as primeiras experiências nacionais de jurisdicionalização de expedientes da execução se prestaram, por meio da criação de critérios intencionalmente subjetivos, à instituição de um "duplo filtro" socioeconômico e moral para o desencarceramento, a ser exercido pelo recém-criado Conselho Penitenciário e pelo Poder Judiciário.

---

pretexto de serem esses os melhores indicadores da personalidade e da índole do réu – e, portanto, da probabilidade de ele voltar ou não a delinquir. Por conseguinte, o sujeito que tivesse ocupação lícita e se conduzisse publicamente de acordo com o esperado de sua posição social era em princípio *bom*; aquele que, ao contrário, ostentasse uma origem social em que predominasse falta de educação, más condições de trabalho, miséria, vícios, situação desfavorável dos progenitores etc. (palavras de Whitaker) seria potencialmente perverso e, por conseguinte, *mau* em princípio".

14. Sobre a adesão de Astolpho Rezende ao projeto de "modernização conservadora", explica Queiroz (2006, p. 202): "Esclarece Rezende que, quando propôs o livramento condicional, ele tinha em mente que o juiz deveria apreciar mais do que o comportamento carcerário do apenado; deveria também considerar sua índole, seu caráter, seu procedimento na prisão, suas relações familiares e afetivas, sua situação econômica e seus planos de trabalho para quando fosse liberado. Tal qual se dava no *sursis*, vê-se que o passado socioeconomicamente desfavorável tinha um enorme peso na 'individualização da pena' para fins de livramento condicional. Por isso, o livramento também deveria funcionar de forma análoga ao *sursis*: seria um fator de calibração do sistema repressivo, amenizando a resposta penal em relação àqueles que por um 'acidente de percurso' em suas vidas tinham ido para a prisão".

Nesse sentido, acerca da sobreposição das instâncias de controle, manifesta-se Queiroz (2006, p. 182):

> Posicionando-se na contramão do que defendiam muitos autores das escolas positivistas, o ato de concessão do livramento foi depositado nas mãos do Poder Judiciário (art. 8º, §§ 1º e 2º) e não nas de autoridades administrativas. Era tão forte a pressão pela "desjudicialização" dos atos de execução da pena à época que o decreto, não contente em haver determinado expressamente a competência judicial para a concessão do livramento, firmou ainda que "em caso algum poder[ia] o livramento condicional ser concedido por ato de qualquer autoridade administrativa, nem sem prévia audiência do Conselho Penitenciário (art. 12)".

A lógica do ingresso do Poder Judiciário na execução, nesse diapasão, tinha o escopo não de garantir segurança jurídica ao sujeito da execução, mas sim, de garantir uma sensação de segurança pública diante da possibilidade de desencarceramento.

Essa mesma lógica perversa da jurisdicionalização foi absorvida pelo Livro IV do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941), que regulava a execução até a entrada em vigor da LEP. A disciplina do CPP, de forma bastante clara, tratava a execução como um adendo administrativo do processo de conhecimento, reservando ao Poder Judiciário quase exclusivamente, após expedição e encaminhamento da "carta de guia", a decisão sobre os "incidentes na execução"[15]. Com efeito, a análise do Livro do CPP relativo à execução demonstra que a lei atribuiu pouca atividade decisória ao juízo, descrevendo atividade propriamente jurisdicional apenas como requisito à concessão de direitos ao sentenciado, como na especificação de condições do *sursis*, na concessão de livramento condicional e no parcelamento ou prorrogação do pagamento da multa (art. 687).

Scarance Fernandes (1994, p. 35) define o conceito de incidente processual como um "acidente" no curso do processo, ou seja, como um evento que "produz mudanças no seu trajeto, ao exigir para sua resolução a prática de novos atos, diversos dos que eram previstos para a sua normal tramitação"[16].

---

15. CPP, art. 671: "Os incidentes da execução serão resolvidos pelo respectivo juiz".

16. Vale transcrever a diferenciação entre incidente processual, questão incidental e procedimento incidental feita por Scarance Fernandes (1994, p. 25-26): "É preciso distinguir entre três figuras jurídicas: o incidente processual, a questão incidental e o procedimento incidental, tendo havido grande confusão a respeito delas.

    A ideia central é a de questão incidental, tendo havido grande confusão a respeito deles.

Sob a égide da legislação de 1941, foram expressamente tratados como incidentes na execução justamente o *sursis* e o livramento condicional, sendo disciplinados de forma muito próxima ao que eram antes da entrada em vigor do Código. Não houve a criação de um sistema progressivo, sendo que os institutos desencarceradores que já existiam continuaram a ser tratados como benefícios exclusivos a determinada parcela dos condenados, a ser selecionada mediante o "duplo filtro" administrativo e jurisdicional, por critérios eminentemente subjetivos e classistas. O art. 710 do CPP, por exemplo, condicionava o livramento condicional à "ausência ou cessação de periculosidade" e à "aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto".

Acerca de seu processamento, disciplinou-se que o pedido de livramento condicional seria requerido ao diretor do presídio, a quem incumbiria encaminhar "minucioso relatório" ao Conselho Penitenciário. Esse, após parecer, podendo determinar diligências, encaminharia o expediente ao juiz, a quem incumbiria a decisão final (arts. 710 e ss.). Apesar da disciplina burocrática complexa do incidente, não há previsão de participação da defesa ou do Ministério Público, o que parece comprovar que a previsão de intervenção judicial não teve como escopo a formação de contraditório judicial, mas apenas a criação de mais uma barreira à implementação de medida desencarceradora.

Segue-se a ideia, assim, de que o livramento condicional e o *sursis* não são direitos na execução, mas sim "benefícios", vocábulo com que, até hoje, depois da edição da LEP, parte significativa dos operadores de direito designam os direitos na execução penal (Föppel, 2004, p. 9).

Com a edição da Lei 6.416/77, a antiga Parte Geral do Código Penal foi reformada para a inclusão da previsão de diferentes regimes de cumprimento de pena,

---

A ideia central é a da questão incidental, base para a fixação dos outros dois conceitos.

Questão é o ponto duvidoso ou controvertido. Pode haver questão relativa ao direito de ação, questão de ordem processual e questão de mérito.

Questão incidental, por outro lado, é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. É acessória em relação à questão principal, pois depende de que haja processo para existir. Constitui ademais um 'acidente' no percurso processual, pois produz mudanças no seu trajeto, ao exigir para sua resolução a prática de novos atos, diversos dos que eram previstos para a sua normal tramitação.

Dessa forma, é essencial para uma questão ser incidental que ela ocasione alguma alteração no desenvolvimento do processo, seja um alongamento do procedimento principal, seja a instauração de um procedimento colateral. A questão incidental será o objeto".

passando a integrar o ordenamento jurídico a ideia de que haveria três regimes de cumprimento: fechado, semiaberto e aberto. Contudo, não é possível afirmar que a lei de 1977 tenha efetivamente instituído um sistema progressivo, eis que, conforme fica claro pela redação daquele diploma, a "transferência de regime", tratada como incidente da execução, poderia beneficiar apenas o condenado "não perigoso" (art. 30, § 5º) – sem que houvesse qualquer objetividade nessa aferição –, sendo que a forma da transferência seria regulada pela "lei local" ou por provimento do Conselho Superior da Magistratura (art. 30, § 6º). Logo, no que toca à jurisdicionalização da execução, verifica-se que não houve avanço dogmático quando da criação da possibilidade de "transferência de regime" na execução, mantendo-se a discricionariedade e o caráter administrativo do instituto.

Em 1984, a edição da LEP pretendeu-se constituir como um giro da execução administrativa para a jurisdicionalizada[17]. Tal propósito pode-se extrair da exposição de motivos, bem como da extensa lista de competências judiciais, da previsão de defesa técnica e atuação do Ministério Público e da criação de recursos jurisdicionais.

Ainda que tenha persistido, em parte da doutrina, certa adesão a uma "teoria mista", mesmo após o advento da LEP, que sustentaria que apenas os incidentes na execução seriam propriamente jurisdicionalizados, tais ressalvas foram enfraquecidas pela Constituição de 1988 e são rechaçadas pela doutrina mais abalizada, como o faz Scarance Fernandes (1994, p. 34-35):

> O fato de ser a execução penal forçada não é razão para considerá-la não jurisdicional. Os estudos atuais salientam a superação de conceitos que impediam ver na execução atividade jurisdicional. [...] Outro é agora o entendimento. Admite-se como atividade jurisdicional não somente aquela consistente em declarar e atuar a vontade da lei ao caso concreto mas também a que leva o juiz a adotar, de ofício ou devido pedido da parte vencedora, providências para que o comando da sentença seja realidade, se torne efetivo. Inexpressiva seria mesmo a função jurisdicional do Estado se, após ser julgada procedente a ação, não pudesse a sentença ser objeto de execução quando não fosse cumprida espontaneamente ou quando, em determinados processos como os criminais, não fosse possível ser imposto

17. Nesse sentido, cf. Castilho (1988, p. 97): "A maior garantia da legalidade na execução penal se faz pela jurisdicionalização da execução penal, isto é, pela intervenção judicial com poder de decidir conflitos entre o condenado e a administração penitenciária.

    A Lei 7.210 jurisdicionalizou a execução penal, até então circunscrita aos incidentes da execução (livramento condicional, suspensão condicional da pena), assim considerados pelo Código de Processo Penal, ampliados com as inovações da Lei 6.416/77 (concessão e transferência de regimes). Agora, toda a matéria de execução é suscetível de controle jurisdicional através do procedimento previsto nos artigos 194 a 197".

> coativamente o seu cumprimento. Enfim, o fato de ser o condenado submetido ao cumprimento da pena contra a sua vontade não é motivo para se afastar da execução penal o seu caráter jurisdicional, pois também aqui aparece como atividade tendente a satisfazer o comando emergente do processo condenatório.

E, mais adiante, prossegue:

> Não é mais possível aceitar afirmações de que o condenado não tem direitos, que não pode manifestar a sua vontade, devendo se submeter passivamente à execução da pena. Está ele sujeito à execução forçada, mas não fica entregue aos caprichos e abusos dos órgãos dela encarregados.[18]

A LEP, assim, abarcou a tese acerca da jurisdicionalidade da execução, bem como instituiu um sistema propriamente progressivo para o cumprimento das penas privativas de liberdade. Nesse ponto, a execução penal deixou de ser estanque, passando a ser o cumprimento da pena integrado pela sua progressividade, bem como pela garantia de direitos específicos de cada regime prisional, como a saída temporária e o trabalho externo.

4. Os incidentes na execução e a lógica do tratamento dos direitos como "benefícios"

O sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade não é mero "benefício" ou "incidente" no processo de execução. É, sim, a forma natural de execução da sentença. A condenação à pena privativa de liberdade traz

18. No mesmo sentido, Lopes Jr. (2007, p. 375): "Feitas essas considerações, devemos buscar a matriz da LEP. E desde logo encontramos no art. 2º a determinação de que a jurisdição será exercida no processo de execução pelos juízes e tribunais de justiça ordinária. A continuação, o art. 3º estabelece que ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, o que nos leva a invocar, na Constituição, a garantia do *due process of law*, consagrada no art. 5º, LIV.

    Categórico, o art. 65 estabelece que a execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, a execução será de competência do juiz da sentença e não de autoridade administrativa.

    Não há espaço para o ente administrativo presidir a execução.

    Por derradeiro, encontramos no art. 194 a consagração do procedimento judicial, que se desenvolverá perante o Juízo da Execução.

    Nenhuma dúvida existe de que a LEP consagra, ao menos normativamente, o procedimento jurisdicional. E não poderia ser diferente".

em si, de forma indissociável, o cumprimento da condenação de forma progressiva[19]. O fiel cumprimento do comando da sentença, sendo um dos objetivos da execução, significa seu cumprimento de forma progressiva, a partir do regime inicial fixado, com a garantia de todos os direitos de que o sentenciado é titular. O não exercício desses direitos, por seu turno, apenas será possível mediante decisão judicial fundamentada, baseada na existência de fato impeditivo de seu gozo. É, assim, o processo de apuração de falta disciplinar que constitui incidente na execução (e não a progressão de regime), podendo esse incidente obstar a execução natural da pena, que, de outro modo, dar-se-ia de forma progressiva.

Nesse sentido, também os institutos do livramento condicional e do *sursis*, reformulados pela LEP, deverão ser entendidos como direitos, ainda que condicionados ao atendimento de determinados requisitos, não se podendo admitir a convivência do sistema de "benefícios" com a legalidade estrita que um processo de execução jurisdicionalizado demanda.

O juízo da execução, nesse passo, mediante a formação de contraditório entre o sentenciado (assistido pela defesa técnica) e o Ministério Público – órgão que Prado (2007, p. 409) identifica como "parte autora permanente da execução, em todos os seus momentos" –, deverá garantir que o cumprimento da pena dê-se dentro da legalidade estrita, afastando a discricionariedade administrativa e garantindo os direitos do sentenciado no curso da execução, informado pelo devido processo legal e pelo *favor libertatis* como regra fundamental.

A noção de que o sistema progressivo integra a própria pena, não lhe sendo mero incidente, bem como o entendimento de que a Constituição Federal impõe a individualização judicial durante a execução foram afirmados, no bojo dos Tribunais Superiores, pelo julgamento do HC 82.959/SP, em que o STF declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação à progressão de regime constante da redação original da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)[20].

19. Nesse sentido, cf. Barros (2001, p. 135): "As penas privativas de liberdade só guardam cabência quando dotadas de movimento, daí surgires três possíveis regimes de cumprimento de pena. A individualização executória diz, pois, respeito às modificações que pode sofrer a pena privativa de liberdade no decorrer de seu cumprimento".

20. Destaca-se trecho do julgado: "A CF/1988, ao criar a figura do crime hediondo, assim dispôs no art. 5º, XLIII: [...]. Não fez menção nenhuma à vedação de progressão de regime, como, aliás – é bom lembrar –, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. [...] Evidente, assim, que, perante a CF/1988, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da

A garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLIII), portanto, incide sobre o processo de execução, sendo inconstitucional a imposição de pena que não atenda à garantia de sua individualização durante o cumprimento, o que se dá, nas penas privativas de liberdade, prioritariamente por seu caráter progressivo[21].

Resgatando-se os dados já apresentados acerca da ineficiência do sistema progressivo no processo de execução pátrio, contudo, verifica-se que o reconhecimento jurisprudencial e doutrinário quase pacificado acerca da jurisdicionalização da execução como garantia processual fundamental do sentenciado não teve o resultado esperado de assegurar o exercício dos direitos materiais na execução.

Pretende-se, nos próximos segmentos deste estudo, demonstrar de que forma a jurisdicionalização consagrada pela LEP deu-se como uma "jurisdicionalização perversa", por defeitos na própria lei e por interpretações jurisprudenciais equivocadas, como a persistência de institutos inquisitivos, a manutenção da presença jurisdicional como "duplo filtro" ao gozo de direitos na execução, a ausência de previsão de devido processo legal jurisdicionalizado na apuração de faltas disciplinares e a leitura administrativista das funções de "corregedoria" do juízo das execuções.

5. Jurisdicionalização perversa e sistema progressivo

No âmbito doutrinário, conforme aponta Roig (2014, p. 313), "prevalece o entendimento de que a progressão de regime possui a natureza de direito público subjetivo", entendimento que se mostra consonante com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme visto anteriormente. Não obstante, a forma

pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica" (STF, Pleno, *HC 82.959*, rel. Min. *Marco Aurélio*, voto-vista do Min. *Cezar Peluso*, j. 23.02.2006, *DJ* 01.09.2006).

21. Nesse sentido, por exemplo, Castro (2016, p. 12): "A individualização da pena é uma garantia expressamente consagrada pela Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XLVI). Por conseguinte, pode-se afirmar que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a extirpá-la (art. 60, § 4º, da CF). É indubitável que a eliminação taxativa da progressão para crimes hediondos e equiparados fere a individualização: esta última não cessa na dosimetria ou no início do cumprimento da pena, mas acompanha toda execução penal, que se dá de forma progressiva para ajustar a sanção ao indivíduo condenado."

procedimental de implementação desse direito repete a lógica anterior, herdada da criação dos institutos do *sursis* e do livramento condicional, como se se tratasse de "benefícios" ou "incidentes" da execução, submetidos ao aval sobreposto da administração e do juiz para que se concretizem.

O artigo 112 da LEP dispõe que a progressão de regime será determinada pelo juiz, quando o sentenciado houver cumprido o lapso de um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento, comprovado pelo diretor do estabelecimento. A própria redação do artigo, assim, condiciona a efetivação do sistema progressivo ao atestado de boa conduta carcerária emitido pela direção da unidade prisional e à apreciação judicial. O § 1º prossegue prevendo que a decisão judicial será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público. Por fim, o § 2º prevê que o mesmo procedimento será adotado nos pleitos de livramento condicional, indulto e comutação.

Em sua redação original, a LEP ainda previa, no procedimento para a progressão, a elaboração de parecer da Comissão Técnica de Classificação[22] e, "quando necessário", a realização de exame criminológico. Muito embora a previsão do parecer da CTC e do exame criminológico para a obtenção de direitos na execução tenham sido revogadas pela Lei 10.792/2003, os juízes prosseguiram determinando a realização do exame como condicionante à progressão e, consequentemente, como forma de protelar a implementação de regime mais brando[23]. A edição da Súmula Vinculante 26 acabou por reintroduzir no ordenamento

22. Lei de Execução Penal, artigo 7º: "A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade".

23. Sobre a insistência na determinação de realização do exame criminológico como condicionante à efetivação de direitos na execução, mesmo depois da revogação de sua previsão legal, cf. Aleixo e Penido (2017, p. 4): "Percebe-se que há um intenso jogo de poder em torno da insistência da manutenção do exame criminológico, sabidamente incapaz para aferição da periculosidade e prognóstico de reincidência. O homem não pode ser objeto de medição. A imprevisibilidade humana é uma de suas mais surpreendentes características. Por tal razão, Jurandir Freire Costa nos alerta que qualquer tentativa nesse sentido só pode estar a serviço de uma mascarada cumplicidade com as razões de Estado.

Essa mascarada cumplicidade envolve a questão do controle social. O exame criminológico é um eficaz instrumento de controle sociopenal que permite o prolongamento do encarceramento e a neutralização do indesejável. Trata-se, no mínimo, de um requisito protelatório para a decisão judicial acerca do direito de liberdade do preso".

fundamento normativo para essa exigência, ainda que se tenha debruçado apenas sobre crimes hediondos e equiparados[24].

Conforme já visto, sob à égide da legislação anterior à LEP, os institutos desencarceradores do *sursis* e do livramento condicional foram pensados como formas conservadoras de adaptação da execução penal à modernidade, demandando-se a submissão do sentenciado ao duplo escrutínio administrativo e judicial para a obtenção de um "benefício", restrito a uma camada mais elitizada que, por engano, fora capturada pelo sistema penal. A LEP, assim, ao prever a progressividade como regra no cumprimento das penas privativas de liberdade, pretendeu romper com essa lógica, reconhecendo a individualização da pena no curso da execução como um direito fundamental.

Contudo, ao repetir o procedimento anterior, submetendo a efetivação do sistema progressivo ao mesmo "duplo filtro" e às mesmas condicionantes eminentemente subjetivas, continuou tratando, de forma incoerente, a progressão como se fosse um "benefício", obtido por meio da instauração de processo incidental na execução.

Se, no restritivo sistema anterior, a obtenção do livramento condicional dependia de parecer do Conselho Penitenciário e de decisão judicial, no sistema progressivo inaugurado pela LEP, supostamente aplicável de forma indistinta a todos os sentenciados, a efetivação da progressão pode vir a demandar: i) cumprimento de lapso temporal; ii) atestado de boa conduta carcerária da direção da unidade prisional; iii) parecer da Comissão Técnica de Classificação; iv) exame criminológico; v) manifestação do Ministério Público e vi) decisão judicial fundamentada[25].

A LEP, portanto, por um lado, previu expressamente a progressividade como regra de cumprimento de pena, mas, por outro lado, criou um procedimento condicionado a um número tão elevado de etapas e filtros que, se não impedem

24. Súmula Vinculante 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico". Posteriormente, também o Superior Tribunal de Justiça editou, sobre a matéria, a Súmula 493: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

25. Os procedimentos para livramento condicional e declaração de indulto ainda contêm previsões legais que possibilitam a exigência de parecer do Conselho Penitenciário (artigos 70, I, e 131 da Lei de Execução Penal).

por completo a efetivação do sistema progressivo, ao menos atrasam em muito a sua implementação.

A jurisdicionalização da execução, nesse caso, no que diz respeito ao procedimento de efetivação dos direitos, em nada inovou em relação ao sistema anterior, em que a jurisdicionalização não foi pensada como uma garantia, mas como um entrave. Nesse aspecto, então, a jurisdicionalização não funciona como uma garantia do sujeito da execução, uma vez que a decisão judicial deverá basear-se no aval dos órgãos administrativos (direção da unidade) e no aval dos corpos técnicos também vinculados à administração (Comissões Técnicas de Classificação e peritos do Centro de Observação Criminológica). Soma-se a isso, como será visto, a ausência de previsão expressa de um procedimento jurisdicionalizado de apuração de faltas disciplinares, o que faz com que a aferição do bom comportamento, que fica a cargo da direção da unidade, permaneça adstrita ao modelo administrativo. Assim, a comprovação do requisito subjetivo para a progressão, ponto sobre o qual seria essencial a avaliação jurisdicional para o afastamento da discricionariedade típica da administração, permanece sob responsabilidade exclusiva da autoridade administrativa, restando à análise judicial apenas a constatação acerca da existência de "atestado de boa conduta" lançado aos autos, sem participação efetiva na avaliação dessa conduta.

Apesar de a LEP condicionar a progressão de regime a um procedimento extenso e à prolação de decisão judicial, não é possível, sob o prisma constitucional, entender-se que a decisão judicial acerca da progressão tenha natureza jurídica constitutiva. Ora, se o sistema progressivo integra a pena privativa de liberdade, sendo tal constatação exigência da garantia constitucional de individualização executória da pena, conforme já visto, a decisão judicial que determina a transferência do preso a regime mais brando não poderia ser entendida como geradora do direito à progressão. Trata-se, portanto, de decisão que declara o direito à progressão (declaratória) ou que, em vista do reconhecimento do direito já adquirido, determina à administração a transferência do sentenciado de local (mandamental).

A partir da leitura constitucional do instituto da progressão, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela natureza declaratória da decisão. Essa foi a orientação da 2ª Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* 115.254/SP[26], em que

26. Assim foi construída a ementa: "*Habeas Corpus*. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Data-base. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do *habeas corpus* a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia,

se decidiu que a data-base para o cômputo do lapso da segunda progressão é o dia de adimplemento do requisito objetivo do lapso anterior, e não o dia da decisão judicial que "deferiu" a progressão ou da efetiva transferência do sentenciado, apresentando essa decisão natureza declaratória[27].

Sob o aspecto da equidade, essa concepção é a mais acertada, já que não se poderia fazer com que o sentenciado suportasse a demora na aferição do requisito subjetivo e o processamento do expediente quando o próprio Estado, à evidência, já deveria ter aferido o requisito subjetivo quando da implementação do lapso de progressão[28].

---

em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado. 4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida" (STF, 2ª T., HC 115.254/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.12.2015).

27. Cacicedo, que figurou como defensor público subscritor do *habeas corpus* em questão, comentou o julgado em edição da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, transcrevendo-se trecho do comentário: "A decisão do Supremo Tribunal Federal lançou novas luzes sobre a execução penal no Brasil. Além da sua conformidade constitucional, o novo entendimento proclamado pelo STF tem um potencial de reduzir os efeitos do absurdo funcionamento das varas de execução penal sobre a liberdade dos sentenciados.

    A correta interpretação da garantia constitucional da legalidade, o reconhecimento da progressão de regime como um direito e da natureza da decisão judicial que a concede como declaratória, representam um correto e considerável avanço neste campo do direito cuja arbitrariedade e inquisitoriedade são as maiores marcas. Diante do caos das varas de execução penal e da barbárie que representam nossos superlotados presídios, a decisão do STF tem o potencial de reduzir os danos advindos do cumprimento indevido de penas no Brasil" (CACICEDO, 2016, p. 367-368).

28. Nesse sentido, cf. Costa (2012, p. 2-3): "Em termos simples: ao tempo do preenchimento do requisito temporal – que é marco objetivo –, o Estado já deve ter apurado o atendimento ou não das condições subjetivas imprescindíveis à fruição do direito à progressão. A superação do marco objetivo sem a apuração quanto ao atendimento das condições subjetivas caracteriza excesso de restrição e, portanto, só pode ser vista como constrangimento ilegal.

    Portanto, ainda que se tomem como *aceitáveis* as limitações do Estado em cumprir com seus deveres em sede de execução penal e se admita a exigência de exame criminológico para a progressão de regime, a sua realização somente após a constatação de preenchimento do requisito objetivo não pode se converter em ônus a ser suportado

Nessa esteira, há que se sedimentar a concepção de que *a garantia da jurisdicionalização da execução não induz a necessidade de instauração de um processo incidental jurisdicionalizado para que se opere a progressão de regime*, sob pena de converter-se a jurisdicionalização em uma falsa garantia que, a rigor, acaba por representar apenas mais um óbice ao sistema progressivo.

A verdadeira dimensão da jurisdicionalização como garantia, no que toca ao sistema progressivo, significa que a progressão de regime, que deve operar-se automaticamente, apenas possa *não* se operar por via de decisão judicial proferida em processo no qual se garanta o contraditório e a ampla defesa[29].

Ou seja, a execução normal da pena privativa de liberdade consiste na execução progressiva, na qual se tem a expectativa de progressão na data de atingimento do lapso temporal. Essa progressão, portanto, deverá ocorrer na data previamente estipulada no cálculo submetido ao contraditório. Apenas não ocorrerá, caso, anteriormente ao cumprimento do lapso, advenha decisão judicial fundamentada que impeça a efetivação da progressão, por conta de evento que macule o comportamento carcerário do sentenciado, especificamente no que concerne à condenação por falta disciplinar.

De outra banda, em um processo de execução verdadeiramente jurisdicionalizado, também deveria ser submetido ao controle jurisdicional o respeito ao sistema progressivo por parte da autoridade administrativa penitenciária. Assim, diante da notícia de não transferência do sentenciado quando do adimplemento do lapso, caberia ao juízo determinar a imediata transferência, sob pena de responsabilidade. Dessa feita, a presença judicial no sistema progressivo garantiria o cumprimento da pena nos termos da lei, propiciando que a progressão apenas não ocorresse diante de fato impeditivo devidamente submetido ao contraditório judicial e zelando pelo correto cumprimento do sistema progressivo por parte da administração prisional[30].

---

pelo apenado. Observado o atendimento às *exigências* subjetivas, deve-se considerá-lo retroativamente à data em que preenchido o lapso temporal (requisito objetivo) para obtenção da progressão, devendo aí ser fixada a data-base para obtenção de novo avanço no cumprimento da pena. Somente assim não se impõe restrição maior que a determinada em lei à liberdade – já bastante limitada – do custodiado".

29. À evidência, a mesma lógica, sob o prisma constitucional, deve ser aplicada aos demais institutos desencarceradores na execução, como o livramento condicional, o indulto, a comutação, a remição, a saída temporária etc.

30. Essa posição também é defendida por Cacicedo (2018, p. 421-422): "A defesa da jurisdicionalização da execução penal nesta seara oculta o concreto prejuízo à liberdade

Não se ignora, porém, que a "interpretação conforme à Constituição" anteriormente sugerida encontre na própria incoerência da LEP uma barreira, na medida em que tal diploma legal afirma a jurisdicionalização como garantia e, de outra parte, institui procedimentos típicos do sistema administrativista anterior.

O PLS 513/2013, elaborado por comissão de juristas indicada pelo Senado Federal para a reforma da LEP, contemplou essa preocupação, no sentido de simplificar o procedimento para a progressão de regime, tornando-a automática. O projeto, já aprovado pelo Senado e tramitando na Câmara dos Deputados, propõe a reforma do art. 112 da LEP para que passe a conter a seguinte redação:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência automática para regime menos rigoroso quando o preso houver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, exceto se constatado mau comportamento carcerário, lançado pelo diretor do estabelecimento no registro eletrônico de controle de penas, caso em que a progressão ficará condicionada ao julgamento do incidente – em que obrigatoriamente se manifestarão o Ministério Público e a defesa – afastando a configuração da falta, respeitadas a prescrição e as normas que vedam a progressão.
>
> [...]
>
> § 3º A decisão que reconhece o direito à progressão de regime possui natureza declaratória.

---

humana exercido pelo funcionamento do próprio controle judicial sobre as penas. O atraso na efetivação de direitos do sistema progressivo configura constrangimento ilegal ao jurisdicionado, que, para além dos mecanismos existentes na legislação processual brasileira, deveria ser objeto de efetiva reforma no sentido de realmente afastar o controle judicial burocrático para o fim de efetivar os direitos em tela, que deveriam ser automaticamente concedidos quando preenchidos os requisitos legais, restando a atividade judicial necessária apenas nos casos em que o órgão do Ministério Público demonstrasse por iniciativa própria que determinados direito não se encontra presente concretamente.

Trata-se, aqui, de verdadeira mudança de paradigma, a partir do qual se defende uma radical inversão na forma de concessão dos direitos do sistema progressivo da execução penal, no qual cumpriria à acusação a comprovação da ausência dos requisitos legais de cada direito, sendo devida a intervenção judicial somente nesses casos. Desta forma, enquanto não houver manifestação judicial negando o referido direito, tem-se como automática sua efetivação assim que cumpridos os lapsos temporais previstos em lei, sem necessidade de intervenção judicial. Para tanto, por evidente, é necessária reforma legal regulamentando de maneira clara a questão".

> § 4º A data-base para o direito à progressão de regime será aquela em que for preenchido o requisito objetivo.
>
> § 5º Para os crimes hediondos e equiparados praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá ser exigido o exame psicossocial, determinado judicialmente, com prazo suficiente, desde que realizado até o implemento do requisito temporal do benefício.

Verifica-se que o projeto insiste na previsão do exame criminológico (ora renomeado como exame psicossocial), atribui à progressão de regime a alcunha de "benefício" e, ainda, prevê que a existência de incidente de apuração de falta não julgada possa sobrestar a progressão pelo tempo da prescrição. Assim, passa ao largo de efetivamente instituir a jurisdicionalização como garantia processual, permitindo que o gozo do direito fundamental à liberdade fique condicionado a trâmites administrativos discricionários. Contudo, é fato que o projeto avança em direção à leitura constitucional ao prever que a progressão de regime se efetiva de forma automática, no dia do adimplemento do lapso temporal, sendo a decisão que reconhece o direito à progressão declaratória.

As "16 propostas contra o encarceramento em massa", formuladas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pela Associação Juízes para a Democracia, pelo Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília e pela Pastoral Carcerária Nacional (2017), trazem proposta mais adequada de reformulação do art. 112 da LEP, a qual se transcreve, bem como parte de seus parágrafos:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, aferido pela ausência de condenação transitada em julgado por falta grave não depurada, respeitadas as normas que trazem requisitos específicos para a progressão.
>
> § 1º Atingido o lapso próprio para progressão de regime, o sentenciado será imediatamente colocado pela Administração Penitenciária no regime adequado, salvo existência de decisão judicial prévia de sobrestamento da progressão, sob pena de responsabilidade da autoridade administrativa.
>
> § 2º Progredido o sentenciado de regime, o fato deverá ser imediatamente comunicado ao juízo para homologação da decisão administrativa, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

Nota-se, assim, que a proposta tem a preocupação de efetivamente tornar a jurisdicionalização da execução em garantia efetiva, que não impeça a efetivação

dos direitos na execução, mas que esteja presente na fiscalização do efetivo cumprimento, pela administração, do sistema progressivo. Apenas a existência de decisão judicial prévia poderia, nessa proposta, frustrar a efetivação da progressão. É, portanto, a pretensão de não efetivação da progressão – com pleito de sobrestamento a ser formulado pelo Ministério Público, conforme explicitado mais adiante na proposta *de lege ferenda* – que se submete ao crivo judicial, e não a possibilidade de exercício do direito à progressão que é submetida ao juízo, sendo essa automaticamente reconhecida pelo Estado[31].

Tal alteração legislativa seria bem-vinda no sentido de adequar-se a LEP à leitura constitucional a partir da qual a jurisdicionalização e o sistema progressivo sejam efetivamente respeitados. A frustração da execução penal por via da jurisdicionalização perversa, no entanto, também encontra expressão evidente no sistema disciplinar previsto pela LEP e operado nas unidades prisionais e nas varas de execução, conforme será sustentado a seguir.

6. Jurisdicionalização perversa e processo de apuração de falta disciplinares

Parte da doutrina já vem, há tempos, apontando a falha estrutural contida na LEP, no sentido de estabelecer uma execução jurisdicionalizada sem prever a instalação do contraditório judicial para o julgamento das faltas disciplinares.

Nesse sentido, Cintra Junior (1995, p. 128):

> A prática de falta grave (art. 50 da LEP) implica graves consequências para o condenado a pena privativa de liberdade, tais como a regressão de regime (art. 118), revogação de autorização de saída (art. 125) ou perda do direito ao tempo remido (art. 127). Entretanto, a ocorrência dela é apurada sem a intermediação de um juiz, pelo diretor do presídio. O juiz toma conhecimento posterior do fato consumado, apenas para os efeitos previstos em lei.

A condenação do sentenciado por falta disciplinar de natureza grave, conforme visto, traz consequências que envolvem a restrição de direitos materiais de estatura

31. Na justificativa da proposta, acerca do tópico atinente à reforma do procedimento para a progressão de regime, afirma-se: "Com relação ao terceiro eixo, objetiva-se a otimização do sistema de progressão de regimes de cumprimento de pena, evitando-se a excessiva morosidade na apreciação de pedidos de progressão, que frustra a implementação de direitos já adquiridos pelos presos, gerando descrédito na execução penal, revolta entre os sentenciados e contribuindo para a instabilidade do sistema prisional" (SHIMIZU, 2017, p. 4).

constitucional, por previsão da própria LEP. Os exemplos citados por Cintra Junior acarretam, sem dúvida, um aumento no tempo de efetivo encarceramento, de modo que, não bastasse a própria previsão específica de sanções por faltas disciplinares (artigo 53 da LEP), a lei prevê como consequências da condenação reflexos inquestionavelmente penais, envolvendo a constrição de direitos fundamentais.

No que diz respeito às sanções previstas no artigo 53 da LEP, nota-se que a lei atribui sua aplicação à autoridade administrativa, ressalvada apenas a exigência explícita de decisão judicial para a inclusão em regime disciplinar diferenciado[32], acrescido pela Lei 10.792/2003 (artigo 54 da LEP). No que toca ao procedimento para aplicação das demais sanções disciplinares, que podem chegar ao isolamento celular por até 30 dias, a LEP prevê, em seu artigo 59, apenas que "deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa". Trata-se, à evidência, de dispositivos não recepcionados pela Constituição da República, na medida em que delegam ao poder regulamentar a disciplina do devido processo legal de apuração de falta disciplinar e atribuem à administração a aplicação de sanção com consequências de natureza essencialmente penais.

32. De acordo com Franco (2003), o RDD limita de tal forma a liberdade do indivíduo sujeito à execução penal, que, a despeito de ser tratado como sanção disciplinar pela lei, assume caráter penal, e não meramente penitenciário, podendo-se falar na instituição de um regime "fechadíssimo" de cumprimento de pena. A necessidade de decisão judicial para a inclusão do sentenciado em RDD, contudo, não afasta a inconstitucionalidade do instituto, seja por tratar-se de imposição de forma cruel e desumana de cumprimento de pena, seja pela existência de previsão legal excessivamente aberta acerca das hipóteses autorizadoras de inclusão do preso em RDD. Sobre a inconstitucionalidade do RDD pela violação à dignidade humana, cf., por exemplo, Moreira (2005, p 3). Sobre a falta de clareza e taxatividade das hipóteses previstas em lei para inclusão em RDD, cf. Carvalho e Freire (2007, p. 277-278): "As sanções previstas no art. 52 da LEP resultam aplicadas em Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), reguladas e taxativamente dispostas no estatuto penitenciário. Antes da vigência da Lei 10.792/03, a sanção disciplinar imposta à falta grave constituía na suspensão de direitos e isolamento celular na própria cela (art. 57, parágrafo único), não podendo ultrapassar 30 dias (art. 58). Com a nova Lei, ao art. 53 foi incluído inciso no qual se prevê a inclusão do 'preso perigoso' em RDD independente da apreciação formal da falta, ou seja, mesmo sem a prática de falta grave apurada no procedimento administrativo e posteriormente homologada pelo juiz, se o apenado apresentar as condições previstas nos §§1º e 2º do art. 52, há possibilidade de ingresso no novo regime de pena – *v.g.* no caso de apresentar *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade* (art. 52, § 1º) e quando *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando* (art. 52, § 2º)".

As consequências que advêm da condenação em falta disciplinar de natureza grave que decorrem da LEP não permitem outra conclusão senão aquela que entende as faltas disciplinares (ao menos de natureza grave) como *infrações penais*. Na medida em que levam ao aumento do tempo de encarceramento do seu autor, não se pode admitir que as faltas graves na execução tenham natureza de mera infração administrativa. Se a lei atribui a determinado ato ilícito o encarceramento como sanção, é um contrassenso aduzir-se que tal ato tenha natureza de simples ilícito administrativo, sendo justamente a consequência, do ponto de vista material, aquilo que define o que o direito enxergará como ilícito penal e o que será relegado a outro âmbito[33].

Ora, tomando-se como exemplo a previsão de perda dos dias remidos (artigo 127 da LEP), fica claro o fato de que uma condenação em falta grave pode significar o acréscimo de meses ou anos ao tempo de cumprimento de pena. O tempo de pena remido constitui pena cumprida para todos os efeitos, o que foi elucidado pelo artigo 128 da LEP, conforme redação dada pela Lei 12.433/2011. Assim, declarada a remição, o tempo remido altera, por ficção jurídica, o marco inicial do cumprimento da pena, retroagindo-o. Na condenação por falta grave, contudo, o juiz pode, de forma fundamentada, decretar a perda de até um terço dos dias remidos[34], o que importa, a rigor, a desconstituição de ato jurídico perfeito e direito adquirido, impondo o alongamento do tempo de prisão como consequência da infração[35]. Logo, conforme afirma Roig (2014, p. 379), "a perda da remição implica a transmutação material (não formal) da falta grave em infração de efeitos

33. Aqui, parece-nos que as únicas exceções a essa regra admissíveis, pois previstas no texto original da Constituição Federal, nas quais há tratamento extrapenal da medida de aprisionamento, são a prisão administrativa militar (artigo 5º, LXI) e a prisão pelo inadimplemento voluntário e inescusável de alimentos (artigo 5º, LXVII). A previsão constitucional de prisão civil do depositário infiel, frise-se, foi revogada pela incorporação, no bloco de constitucionalidade, de norma mais benéfica da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7º), conforme já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

34. A exigência de fundamentação e o limite de perda de um terço dos dias remidos foi incluído pela Lei 12.433/2011. Em sua redação original, a LEP previa a perda ilimitada automática dos dias remidos.

35. Nesse sentido, manifesta-se Roig (2014, p. 379): "Na essência, perda da remição significa maior tempo de pena privativa de liberdade. E toda imposição de pena privativa de liberdade somente pode advir da prática de uma infração penal, assegurado o devido processo legal, pelas vias judiciais. Em última análise, a perda da remição implica a transmutação material (não formal) da falta grave em infração de efeitos penais, em clara ofensa aos princípios da proporcionalidade, legalidade e devido processo legal".

penais". O instituto da perda dos dias remidos, apesar de sua patente inconstitucionalidade, foi referendado na edição da Súmula Vinculante 9[36], editada mesmo antes da Lei 12.433/2011, que limitou a perda a um terço dos dias já remidos.

Também a previsão de regressão de regime é uma consequência materialmente penal incontestável da condenação por falta grave (artigo 118, I, da LEP). O estabelecimento do regime prisional, em essência, é matéria regulada pelo direito penal, não sendo admissível que uma decisão administrativa possa desconstituir a forma de cumprimento de pena estabelecida em decisão judicial de mérito. Ainda que a regressão de regime seja formalmente matéria de competência jurisdicional (artigo 66, III, *b*, da LEP), na prática, se a condenação por falta grave é de atribuição administrativa e se a LEP estabelece a regressão como consequência da falta, não há previsão de qualquer margem decisória relevante ao juízo das execuções no que tange a essa matéria.

O § 2º do artigo 118 da LEP, deve-se mencionar, criou um "arremedo de defesa" ao disciplinar a regressão de regime, ponderando que, "nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado". As hipóteses aludidas, a saber, são a regressão de regime por prática de falta grave e a regressão do regime aberto pelo fato de o sentenciado "frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta".

A lei não dispôs de forma clara quem seria a autoridade a ouvir o sentenciado, sendo comum julgados que proclamam que o interrogatório perante a autoridade sindicante já contemplaria essa exigência de autodefesa. Os Tribunais Superiores tendem a exigir oitiva judicial, mas são titubeantes em relação a quais hipóteses a demandariam e em quais seria suficiente a oitiva pela autoridade sindicante. O STF, por vezes, tem entendido que haveria necessidade de oitiva judicial somente em hipóteses nas quais a consequência da falta for a regressão de regime, em leitura literal do artigo 118 da LEP.[37] Em outras vezes, decide no sentido de que sempre

36. Súmula Vinculante 9: "O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58".

37. Nesse sentido, por exemplo: "Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Impetração em substituição ao recurso extraordinário. Possibilidade. Mérito. Reconhecimento de falta grave. Perda dos dias remidos. Nulidade do procedimento judicial realizado sem oitiva do paciente em juízo. Ilegalidade flagrante. Inexistência. Precedentes. Ordem denegada. I – Conforme entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não configura óbice ao conhecimento do writ o fato de a sua impetração ser manejada em substituição a recurso extraordinário. II – O laudo toxicológico, cujo resultado foi positivo para cocaína e para maconha, afasta a alegação de inexistência de materialidade da

deve haver oitiva judicial, mesmo quando o sentenciado comete falta grave já no pior regime, tendo-se em vista que o entendimento de que a falta grave interrompe o lapso para progressão equivaleria a uma regressão de regime[38].

Seja qual for o entendimento sobre a extensão do direito de autodefesa insculpido no § 2º do artigo 118 da LEP, verifica-se que fica muito aquém da efetiva existência do devido processo legal demandado pela Constituição Federal diante da imputação de uma infração penal. Não basta, do ponto de vista constitucional, a mera "oitiva do preso", sendo indispensável a presença judicial em processo acusatório incidental, onde se garanta ampla defesa e possibilidade de produção de provas e manifestação por via da defesa técnica, com possibilidade recursal[39].

O Supremo Tribunal Federal, aliás, foi para muito além da própria LEP na previsão de consequências gravosas de natureza penal à condenação por falta disciplinar. Se, por um lado, o STF descura-se de exigir a sujeição ao devido processo legal na apuração das faltas graves, por outro, cria sanções não previstas em lei, de natureza nitidamente penal, que vêm a se somar às consequências penais das faltas

falta grave. III – Não é o caso de concessão *ex officio* da ordem, uma vez que se aplica ao caso a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que "a oitiva prévia disposta no art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal somente é indispensável na hipótese de regressão definitiva" (RHC 116467/SP, rel. Min. Teori Zavascki). IV – *Habeas corpus* denegado" (STF, 2ª T., HC 137.997/SP, rel. Ricardo Lewandowski, j. 23.05.2017).

38. Nesse sentido, por exemplo: "Recurso ordinário em *Habeas corpus*. Constitucional. Execução penal. 1. Oitiva do recorrente e assistência da defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar para a apuração da falta grave. 2. Falta grave. Reinício da contagem do prazo para o benefício da progressão de regime. 3. Reconhecimento da falta grave sem oitiva do recorrente e da acusação em juízo. Ilegalidade. Ordem concedida de ofício. 1. Não há falar em nulidade da fase administrativa do procedimento para apuração da falta grave atribuída ao Recorrente; evidência de sua oitiva no momento apropriado e da assistência da defesa técnica. 2. O Supremo Tribunal Federal assentou que o cometimento de falta grave impõe o reinício da contagem do prazo exigido para a obtenção do benefício da progressão de regime de cumprimento da pena. Precedentes. 3. Recurso ao qual se nega provimento. 4. Ordem concedida de ofício para cassar a decisão judicial do juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP que reconheceu a falta grave e 'determinar que outra seja proferida após a oitiva do apenado em juízo e a manifestação das partes – Defesa e Ministério Público'" (STF, 2ª T., RHC 116.190/DF, rel. Cármen Lúcia, j. 07.05.2013).

39. Evidentemente que eventual previsão regimental de necessidade de homologação judicial da decisão administrativa não sana a inconstitucionalidade aludida, já que a cognição acerca da prática de infração penal deve sempre caber ao juízo, mediante ato decisório sobre seu mérito e suas questões processuais, e não meramente homologatório.

disciplinares já constantes da LEP. Refere-se, aqui, mais especificamente, à sedimentação do entendimento de que a falta disciplinar tem o condão de interromper o lapso para a progressão de regime. Na leitura da Suprema Corte, a prática de falta grave faria com que a contagem de tempo para a progressão voltasse ao zero, sendo calculado novo lapso a partir da pena remanescente[40]. Trata-se de consequência gravosa da falta sem nenhuma previsão legal, mas surgida como punição de criação pretoriana, por medida de suposta "justiça", já que seria "necessária" a imposição de castigo (além do isolamento celular, da perda dos dias remidos, do "rebaixamento de conduta" etc.) para o preso que já estivesse em regime fechado quando da falta, sendo impossível sua regressão[41]. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tal entendimento foi referendado na edição da Súmula 543[42]. Cuida-se de violação frontal ao princípio da legalidade, conforme expõe Cacicedo (2015, p. 313):

> Trata-se, na verdade, de um recurso à analogia de uma interpretação extensiva da Lei de Execução penal em prejuízo do sentenciado, que ganhou reconhecimento tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no superior Tribunal de Justiça, muito embora, neste, o entendimento contrário tenha perdurado por algum tempo na 6ª Turma, justamente sob o fundamento da proibição da analogia *in malam partem*. Discursivamente, a utilização da analogia e negada sob o manto da interpretação sistemática de Lei de Execução Penal, mas, no plano concreto, o que se verifica é um escape retórico para a utilização da analogia em violação direta ao princípio da legalidade.

Por fim, ainda como exemplo de consequência penal de uma condenação por falta disciplinar, vale recordar que, invariavelmente, a inexistência de

40. Note-se que, apesar de interromper o lapso para fins de progressão de regime, a prática de falta grave não tem o condão de interromper o lapso aquisitivo de outros direitos na execução, conforme estampado na Súmula 441 ("A falta grave não interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional") e na Súmula 535 ("A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto"), ambas do Superior Tribunal de Justiça.

41. Os julgados do próprio STF admitem, sem qualquer pudor, a criação de sanção sem previsão legal, por interpretação extensiva, como no exemplo a seguir: "Ainda que não exista previsão expressa na lei acerca da aludida interrupção, ela é uma consequência lógica, visto que se mostra impossível fazer com que um condenado regrida para um regime mais gravoso do que o fechado" (STF, 1ª T., HC 106.856/SP, rel. Ricardo Lewandowski, j. 22.02.2011).

42. STJ, Súmula 534: "A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração".

condenação em falta grave consta dos decretos presidenciais como requisito para a obtenção de indulto ou comutação, de modo que a falta grave se afigura como fato impeditivo de extinção de punibilidade.

Há outros possíveis exemplos que demonstram o caráter materialmente penal das faltas graves na execução, não sendo exaustivo o rol aqui apresentado. De todo modo, diante do que consta da própria LEP e das interpretações jurisprudências extensivas vistas anteriormente, que atribuem à falta grave sanções de natureza materialmente penal não previstas em lei (para além das já previstas), a condenação por falta grave pode implicar um aumento extremamente longo no tempo de encarceramento, conforme podemos verificar do exemplo citado por Cacicedo, no qual a prática de uma falta de "desrespeito a um funcionário" significaria, na prática, uma condenação a mais de dez anos de aprisionamento (CACICEDO, 2018, p. 424):

> Com efeito, uma pessoa que cumpre pena de trinta anos por diversos roubos, e trabalhou e estudou durante toda sua pena, progride de regime após cinco anos. Depois de cumprir mais um sexto do restante da pena (pouco mais de quatro anos), quando completou os requisitos para progredir ao regime aberto, tem contra si atribuída uma falta de desrespeito a um funcionário. Se tal falta não fosse a ele atribuída, poderia cumprir o restante da pena (mais de vinte anos) em regime aberto, com ampla margem de liberdade, posto que não seria cumprida em estabelecimento prisional[43]. Todavia, se condenado pela falta grave, teria como consequência a regressão ao regime fechado, ficando, pelo menos mais dez anos preso, pois teria que cumprir novamente um sexto de pena em regime fechado e outro sexto de pena em regime semiaberto para somente então pleitear a progressão ao regime aberto novamente. Além disso, o sentenciado perderia até um terço dos dias remidos por trabalho e estudo.

Causa espécie, diga-se, que infrações penais de tamanhas consequências sejam tipificadas de forma tão displicente pelo legislador, em absoluto desacordo com o princípio da taxatividade de qualquer previsão sancionadora. O artigo 50 da LEP descreve, como faltas graves, condutas como "participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina", possuir "instrumento capaz de ofender

43. Nota de rodapé na citação original: "Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, apenas 1% da população prisional brasileira cumpre pena em estabelecimento prisional destinado ao regime aberto, sendo que dezesseis estados da federação sequer registram a existência de referido estabelecimento. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf]. Acesso em: 14.10.2017".

a integridade física de outrem" ou inobservar o dever de "obediência ao servidor". Mesmo que fossem infrações administrativas, tipificações extremamente amplas como essas seriam de constitucionalidade duvidosa[44]. De todo modo, dadas as consequências que lhes são afetas, não se mostra aceitável, sob a égide constitucional, o entendimento segundo o qual as faltas disciplinares sejam meras infrações administrativas. Como infrações penais, demandam, para seu reconhecimento, a instauração de um devido processo penal, onde se garanta, além da presença judicial, a formação do contraditório, com ampla possibilidade de autodefesa e defesa técnica, com produção de provas pelas partes e possibilidade de recurso sobre o mérito[45].

O PLS 513/2013, que reforma a LEP, já aprovado pelo Senado, não avança em quase nada na instituição do devido processo legal na apuração de faltas disciplinares. Mantém, em sua essência, a redação do art. 54 da LEP, prevendo a aplicação das sanções por decisão da autoridade administrativa, apenas alterando o procedimento para inclusão cautelar em RDD.

---

44. Em âmbito penal, a exigência de previsão legal certa e clara (*lex certa*) é assim explicitada por Toledo (2012, p. 29): "A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas".

45. Nesse diapasão, sobre a imposição constitucional de formação de contraditório judicial para a apuração de faltas disciplinares na execução, já postulava Cintra Junior (1998, p. 4-5): "É conveniente lembrar que, durante a execução, o encarcerado sofre privação de certas atividades e castigos – alguns incompatíveis com as diretrizes traçadas pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, como a segregação celular –, impostos por autoridades menores do sistema penitenciário, sem qualquer controle jurisdicional.

    A prática de falta grave gera consequências importantes para o condenado como a perda do direito ao tempo remido. Mas a ocorrência dela é declarada pelo diretor do presídio. O juiz toma conhecimento posteriormente, depois do fato consumado, apenas para os efeitos formais previstos em lei.

    Será que basta, para que se tenha um processo de execução jurisdicionalizado, a possibilidade de que o preso inaugure um procedimento jurisdicional episódico para enfrentar possível lesão de direito decorrente do abuso de autoridade tão comum no cárcere?

    Evidente que não.

    O equacionamento entre as razões do preso e as razões do sistema não prescinde da oitiva deste. E a defesa técnica é necessária para garantir o contraditório e a ampla defesa. Logo no início da execução o juiz deveria nomear um advogado ao preso que não o tenha. Mas isto não ocorre."

No que tange ao procedimento de regressão de regime por condenação por falta grave, o projeto repete a deficiente redação atual da LEP, prevendo tão somente a necessidade de oitiva do preso e acrescentando que tal oitiva far-se-á na presença de seu defensor. Sobre a autoridade a quem incumbe a oitiva, contudo, o projeto cria uma estranhíssima "jurisdicionalização facultativa", acrescendo o § 3º ao art. 118 da LEP: "Se as peculiaridades do caso indicarem ser necessário, a oitiva poderá ser judicial". Assim, ao divergir do entendimento do STF, no sentido de que a oitiva judicial é obrigatória na apuração de falta grave (ao menos diante da possibilidade de regressão), o projeto de reforma da LEP já nasceria eivado de inconstitucionalidade.

As "16 propostas contra o encarceramento em massa" (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais et al.), por seu turno, preveem o devido processo legal na apuração de falta grave em moldes constitucionais, propondo a total alteração do artigo 59 da LEP, que passaria a contar com 13 parágrafos disciplinando o processo de apuração de falta grave. Em suma, propõe-se que a autoridade administrativa, ao tomar conhecimento de falta, elabore relatório circunstanciado a ser encaminhado ao Ministério Público. Incumbirá, assim, ao MP o arquivamento do relatório ou o oferecimento de representação judicial. Caberá ao juízo, ouvida a parte contrária em defesa preliminar, elaborada pela defesa técnica, receber ou rejeitar a representação, inaugurando, no primeiro caso, uma fase instrutória sumária, na qual haverá uma audiência una para oitivas das testemunhas arroladas pelas partes e interrogatório, abrindo-se prazos sucessivos de cinco dias para manifestação final, indo, ao cabo, os autos à conclusão para decisão, cabendo recurso de agravo contra eventual condenação.

No que diz respeito às faltas disciplinares de natureza leve ou média, as "16 propostas" dispõem que:

> serão apuradas em procedimento administrativo presidido pelo Diretor da Unidade Prisional, sendo que não terão impacto na avaliação do comportamento carcerário do preso para fins de progressão de regime, livramento condicional, indulto, comutação ou outros diretos na execução.

A previsão de que as faltas médias e leves não tenham impacto na conduta carcerária e não impliquem restrição ao gozo de direitos materiais na execução, tendo como consequência apenas a possibilidade de advertência ou repreensão, descaracterizam as faltas dessas naturezas como infrações penais, impedindo que tenham como consequência a restrição de direito de estatura constitucional.

No atual sistema, contudo, as faltas médias e leves, apesar de não haver previsão legal expressa na LEP, acabam por ter consequências penais, aumentando, ainda que em menor grau, o tempo de encarceramento. Isso porque, no sistema penitenciário federal e na maioria dos estados, formularam-se pelo poder regulamentar

administrativo "períodos depuradores" das faltas médias e leves, prevendo-se que a direção da unidade prisional, ainda que já cumprida integralmente a sanção disciplinar, ateste como "mau" ou insatisfatório o comportamento do sentenciado por determinado período posterior[46]. Assim, apesar da evidente inconstitucionalidade na regulamentação de matéria de direito penal pela administração (CRFB, art. 22, I), na prática, não se pode excluir que as faltas médias e leves impliquem consequências materialmente penais, como a frustração da progressão de regime até a "reabilitação da conduta"[47]. Nesse passo, também, é incontornável a conclusão pela inconstitucionalidade do artigo 49, segunda parte, da LEP, que atribui à "legislação local" a definição das faltas médias e leves e suas sanções[48].

De toda forma, acaso se aceite que a falta leve ou média possa frustrar a progressão de regime ou o gozo de qualquer outro direito material na execução durante o período depurador de "reabilitação da conduta", ambas as interpretações são inconstitucionais, à luz da competência privativa da União para legislar sobre matéria penal e da legalidade estrita em matéria penal.

7. Jurisdicionalização perversa e "corregedoria dos presídios"

A fim de encerrar os eixos sob os quais o presente artigo dispôs-se a analisar o "fenômeno jurídico" da jurisdicionalização perversa na execução penal, vencida a reflexão sobre o sistema progressivo e a apuração das faltas disciplinares,

46. Ao regular o sistema penitenciário federal, por exemplo, o artigo 81 do Regulamento Penitenciário Federal estabelece o prazo de reabilitação de conduta de três meses, para faltas leves, de seis meses, para faltas médias, e de 12 meses, para faltas graves, prevendo ainda o período de 24 meses para a reabilitação da conduta no caso de faltas graves que "forem cometidas com grave violência à pessoa ou com a finalidade de incitação à participação em movimento para subverter a ordem e a disciplina que ensejarem a aplicação de regime disciplinar diferenciado".

47. Diante da ausência de previsão legal sobre a existência de um "período depurador" da conduta, do ponto de vista da atenção ao mandamento da legalidade estrita em matéria penal, o correto seria, à evidência, considerar "reabilitada a conduta" do sentenciado assim que integralmente cumprida a sanção disciplinar aplicada, entre as previstas entre os incisos I a IV do artigo 53 da LEP.

48. Há divergência sobre o significado do que seja a "legislação local", parecendo mais adequado, para a garantia de segurança jurídica, que aqui se entenda "lei estadual", em sentido estrito, não se podendo substituir por regulamento administrativo. Contra esse entendimento, contudo, parece militar o artigo 45 da LEP, que mitiga o *nullum crimen nulla poena sine lege,* no que atine às faltas disciplinares: "Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar".

resta debruçar-se sobre a atividade judicial de fiscalização das condições materiais das unidades prisionais, prevenção e apuração de tortura e maus tratos (sem prejuízo da persecução penal) e garantia de direitos civis e sociais gerais aos custodiados, impondo à administração o regular funcionamento das unidades penais e a garantia das "assistências" (direitos sociais) de que trata a LEP, além dos demais direitos não atingidos pela condenação. Trata-se das funções judiciais estampadas no artigo 66, incisos VI a IX, da LEP[49] e na previsão do incidente de excesso ou desvio na execução, nos artigos 185 e 186 do mesmo diploma. A essas atribuições judiciais convencionou-se dar o nome de "corregedoria dos presídios".

Uma vez que o artigo 3º da LEP, em consonância com a Constituição, estabeleceu que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei", passa a ser responsabilidade do juízo impor que o Estado promova aos presos os direitos sociais constitucionalmente previstos a todos as pessoas (alimentação, saúde, educação, lazer, cultura, assistência jurídica etc.), bem como que o Estado, por via da administração prisional, abstenha-se de frustrar o gozo dos direitos civis constitucionalmente assegurados de forma ampla, com a exceção da restrição à liberdade advinda da condenação judicial (vida, intimidade, integridade física, liberdade de pensamento e manifestação, liberdade sexual e reprodutiva etc.).

Buch (2014, p. 29-30) aponta essa função fiscalizatória e garantidora de direitos civis e sociais aos presos como a essência da própria jurisdição na execução penal:

> Com efeito, a jurisdição em sede de execução penal significa reconhecer e afirmar sempre a dignidade da pessoa humana e fazer cumprir as normas que estabelecem, entre tantas outras situações que adiante serão exemplificadas, que o preso em regime semiaberto não pode ficar no fechado, que os

49. LEP, Artigo 66. "Compete ao Juiz da execução:

[...]

VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade".

> estabelecimentos penais não podem ser depósitos precários de pessoas, que esses estabelecimentos devem ter assistência jurídica, apoio assistencial, programa educacional, amparo à saúde etc.

O fato é que a LEP não restringiu a jurisdicionalização da execução à atuação judicial no processo de execução da sentença, transformando o juízo das execuções também no foro de acesso à justiça para a tutela dos direitos individuais e coletivos da população carcerária em face da administração prisional. Na relação processual que se forma nos processos de "corregedoria dos presídios", o Estado ocupa o polo passivo, sendo o preso, ou a coletividade de pessoas presas, o sujeito autor da demanda, relacionada aos direitos civis e sociais de que é titular.

Com efeito, a diferença entre a atuação judicial no curso do processo individual de execução da sentença e nos processos de "corregedoria dos presídios" não parece estar na natureza jurídica administrativa ou jurisdicional do processo, mas sim, na posição das partes processuais. Se, no processo de execução, o Ministério Público figura como exequente e o sentenciado como executado, nos processos de corregedoria, o sentenciado (ou preso provisório[50]) figura como titular do direito e o Estado figura na parte contrária, podendo os direitos individuais homogêneos ou coletivos serem demandados judicialmente por meio do Ministério Público, da Defensoria Pública ou das entidades legitimadas pela lei para a propositura de ação civil pública[51].

É certo que a LEP, ao prever que o juiz exercerá pessoalmente a fiscalização das unidades prisionais (de forma concorrente com outros órgãos da execução e atores da gestão prisional), conferindo-lhe o poder de atuar de ofício na emissão de ordem judicial à administração penitenciária, excepciona a regra da inércia, normalmente tida como elemento típico da função jurisdicional.

A mitigação da inércia judicial pela lei, contudo, não descaracteriza o caráter jurisdicional da atividade, havendo, no direito brasileiro, outros exemplos nos quais a legislação, por motivos de preservação de direitos muito relevantes ou do interesse público, prevê a atuação jurisdicional *ex officio*. Entre outros exemplos[52], Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 135-136) citam a possibilidade de

50. LEP, art. 42: "Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção [Dos direitos]".

51. As ações coletivas, seu procedimento e seus legitimados processuais são regulados pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e pelo Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

52. Cf. Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 135-136): "Em casos raros e específicos, a própria lei institui certas exceções à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais. Assim,

concessão de *habeas corpus* de ofício (CPP, artigo 654, § 2º), em que o juízo, sem necessidade de provocação, expede comando liberatório (alvará de soltura) ou ordem de não fazer ao Estado (contramandado de prisão ou salvo-conduto). Sistematicamente, parece coerente que, assim como na hipótese de concessão de *habeas corpus* de ofício, dada a relevância que a lei atribui à proteção da pessoa presa contra a arbitrariedade, não fosse exigível que o juízo se quedasse inerte diante da constatação de irregularidade em unidade prisional. Aliás, vale recordar que, nos termos da LEP, a própria execução da sentença inicia-se de ofício, ainda que, nesse ponto, a lei esteja em contrariedade ao sistema processual acusatório[53].

As peculiaridades dessa relação processual, portanto, não descaracterizam a atividade judicial de impor ao Estado a garantia dos direitos sociais e civis dos presos como atuação essencialmente jurisdicional. Nesse sentido, manifesta-se Scarance Fernandes (1994, p. 34-35):

> Por outro lado, o fato de o Juiz da execução penal exercer vigilância sobre os órgãos administrativos e particulares encarregados de controlar o cumprimento da pena privativa em estabelecimentos penitenciários, de medidas de segurança em hospitais ou casas de tratamento, ou incumbidos de fiscalizar o cumprimento de obrigações impostas ao condenado na suspensão condicional da pena privativa, no livramento condicional, na pena restritiva de direitos, não significa que não exerça atividade jurisdicional. Ainda que não esteja, ao exercer atividades fiscalizadoras, propriamente decidindo, resolvendo questões, estará agindo para que a satisfação do comando condenatório se realize nos limites da lei e da sentença. Estará enfim procedendo em total consonância com

por exemplo, pode o juiz, *ex officio*, declarar a falência de um comerciante, quando, no curso do processo de concordata, verifica que falta algum requisito para esta (Lei de Falências, art. 162); a execução trabalhista pode instaurar-se por ato do próprio juiz (CLT, art. 878); o *habeas corpus* pode conceder-se de ofício (CPP, art. 654, § 2º). A execução penal também se instaura *ex officio*, ordenando o juiz a expedição da carta de guia para o cumprimento da pena".

53. Para uma crítica acerca do caráter inquisitório do processo de execução da sentença pela previsto na LEP, cf. Prado (2007, p. 408): "No momento inicial da execução penal, vislumbra-se claramente a distorção do primeiro eixo deste tipo de processo. Antes de ser um árbitro imparcial de um conflito entre partes – Ministério Público e condenado – por uma dessas situações peculiares à ideologia com projeção no mundo jurídico, o juiz deve tomar e manter a iniciativa da execução, à semelhança do modelo inquisitório. Do ponto de vista subjetivo, verifica-se o fenômeno da transferência para o magistrado da execução das responsabilidades geradas pela suposta expectativa social de que o condenado seja efetivamente castigado".

> o disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal: 'A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado'.

Nessa toada, verifica-se que a LEP, nesse ponto, foi coerente com o propósito de jurisdicionalização da execução penal, ao investir o juiz de poderes em face da administração que podem chegar à interdição do estabelecimento penal (LEP, artigo 66, VIII). Assim, ao prever que o juízo deverá fiscalizar a regularidade dos estabelecimentos, "tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade" (LEP, artigo 66, VII), é evidente que a lei conferiu ao juiz os meios para esse mister, autorizando-lhe a emitir comando jurisdicional ao Estado para que se abstenha de agir em determinado sentido, ou para que preste determinado serviço ao sujeito da execução. Tem poderes para determinar ao Estado que forneça medicamento a um preso, realize cirurgia em algum custodiado por via do Sistema Único de Saúde, proveja atividade educacional, entregue itens básicos de higiene e vestuário, proporcione alimentação em padrões dignos etc. Poderá, também, diante da constatação de tortura ou maus-tratos, afastar servidores da unidade, determinar a transferência de presos, ordenar a cessação de "castigo coletivo", determinar exames urgentes de corpo de delito, provocar o Ministério Público para eventual ação penal e, ao cabo, interditar a unidade total ou parcialmente.

É fato que são amplos os poderes do juízo da execução, sendo a preocupação do legislador com a humanidade e a legalidade no cumprimento da pena a razão de ser de tais competências. Contudo, quando se coteja essa previsão normativa com o fato de que as condições materiais de encarceramento no Brasil foram declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, em cognição sumária, como um "estado de coisas inconstitucional", no julgamento da medida cautelar na ADPF 347[54], conclui-se que, também nesse eixo, a jurisdicionalização da execução no Brasil fracassou[55].

---

54. Transcreve-se parte da ementa da decisão do Pleno do STF: "Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação carcerária – Condições desumanas de custódia – Violação massiva de direitos fundamentais – Falhas estruturais – Estado de coisas inconstitucional – Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional" (STF, Pleno, MC na ADPF 347/DF, rel. Marco Aurélio, j. 09.09.2015).

55. Nesse sentido, cf. Cacicedo (2018, p. 427): "É notório que as prisões no Brasil constituem um ambiente de irregularidades e violações de direitos de toda ordem. As penas não são cumpridas corretamente e os estabelecimentos estão em condições aviltantes e

O fato é que os Tribunais "optaram" por abdicar de tais poderes, esquivando-se, assim, da responsabilidade pelo sistema prisional, assentando o entendimento de que tais funções judiciais seriam, na verdade, atribuições administrativas do juízo. As atividades fiscalizatórias, assim, foram relegadas a uma mera supervisão administrativa, sem resultados efetivos. Os comandos jurisdicionais para o adequado funcionamento das unidades prisionais foram transmutados nas expedições de ofícios solicitando explicações à autoridade administrativa[56].

No Estado de São Paulo, que abriga cerca de um terço dos presos do Brasil[57], as Normas Gerais da Corregedoria-Geral de Justiça, elaboradas no mesmo ano da edição da LEP, tratam a garantia de acesso à justiça da pessoa presa como "queixas e pedidos administrativos", que dão origem a um "procedimento" a ser inaugurado por "portaria":

> Art. 574. As queixas e os pedidos de natureza administrativa formulados pelos presos serão autuados no cartório, para o devido processamento, ouvido o representante do Ministério Público.

---

com infringência de todos os dispositivos legais relacionados, para usar os termos dos citados incisos do art. 66 da Lei de Execução Penal.

Ora, se compete ao juiz zelar pelo correto cumprimento da pena, tomar providências para o adequado funcionamento dos estabelecimentos prisionais e interditar aquele que estiver em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da Lei de Execução Penal, o confronto com a realidade prisional brasileira aponta de imediato que há problemas graves com essa competência judicial.

Com efeito, não se tem notícia no Brasil de interdições de estabelecimentos prisionais por condições inadequadas de funcionamento. As notícias frequentes, porém, são da barbárie que representa o sistema penitenciário brasileiro e a violação de toda sorte de direitos".

56. Cf. Cacicedo (2018, p. 427): "No campo jurídico construiu-se a ideia de que a competência judicial conferida pelos dispositivos legais citados não é propriamente jurisdicional, mas uma competência administrativa exercida pelo juiz da execução penal. Trata-se, portanto, de uma peculiar construção jurídica que retira o caráter jurisdicional conferido pela Lei de Execução Penal e a transforma em atividade administrativa.

    Desta forma, o ato do juiz, agora administrativo, não possui os efeitos de uma decisão judicial, que é tida como ordem e tem graves consequências em caso de descumprimento. Por tal construção jurídica, apenas compete ao juiz recomendar a regularização daquilo que não estiver em conformidade com as normas, sob pena de interdição do estabelecimento no todo ou em parte".

57. De acordo com os dados do Infopen de 2016 (Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 7-8), o Brasil tinha 726.712 presos, dos quais 240.061 estavam em São Paulo.

> Parágrafo único. Os pedidos dos presos, as queixas e as portarias correlatas serão objeto de uma só autuação, devendo o procedimento ser numerado e registrado.

No que tange à medida extrema de interdição de estabelecimento penal, as Normas Gerais do Tribunal Paulista retiram a decisão das mãos do juízo das execuções, estabelecendo o artigo 578, inciso II, que o juiz, ao verificar condições precárias que demandem a interdição, "antes de decretá-la, encaminhará o feito à Corregedoria-Geral da Justiça, para aprovação da interdição que se mostrar justificada". Assim, transfere-se à Corregedoria do Tribunal, órgão sem caráter jurisdicional, a decisão sobre a interdição, reabrindo a tutela dos direitos fundamentais da população prisional ao arbítrio administrativo e à influência política do próprio Poder Executivo. Chega-se, assim, à possibilidade de construção do entendimento de que, na prática, o Poder Judiciário, por meio do regular exercício da jurisdição, teria poderes, no resguardo de direitos transindividuais, para interditar qualquer prédio público ou privado, com a exceção das unidades prisionais, cuja decisão ficaria a cargo de um órgão administrativo interno.

O Conselho Nacional de Justiça, no procedimento de controle administrativo 200810000002397, de 8 de abril de 2008, endossou essa posição, evidentemente inconstitucional, ao afirmar o caráter administrativo da decisão de interdição de unidade prisional, afirmando a inexistência de recurso jurisdicional sobre a decisão:

> A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional, não sendo desafiável por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), consoante entendimento do STJ (MC 5220/MG e RMS 4059/RS). Analogia com a natureza jurídica da decisão que transfere presos, igualmente consubstanciadora de ato administrativo (STF: HC 64347/SP e HC 67221/PR; STJ: CC 40326/RJ). II. Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal, desde que observadas as formalidades e procedimentos, caso regulamentados, do Tribunal de origem. Exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP".

A interpretação pretoriana administrativista das funções jurisdicionais de impor o regular funcionamento das unidades prisionais viola a inafastabilidade da jurisdição (CRFB, artigo 5º, XXXV), criando um vácuo jurisdicional para a tutela dos direitos individuais e coletivos que extrapolem os direitos típicos do próprio processo de execução, como a progressão de regime. No plano concreto, chega-se à situação kafkiana na qual uma pessoa presa que necessite, por exemplo, de

um medicamento não disponibilizado pelo Estado terá dificuldades em conseguir judicializar essa demanda. É bastante provável que o juízo com competência para decidir ações em face da Fazenda Pública decline da competência, remetendo a petição inicial ao juízo das execuções, que a autuará em um expediente administrativo inaugurado por portaria, redundando em um mero ofício ao diretor da unidade prisional recomendado o fornecimento do medicamento, desinvestido de qualquer dos atributos de coerção de que é dotado um provimento jurisdicional. Sobre esse aspecto da jurisdicionalização perversa na execução penal, cf. Shimizu (2015, p. 20):

> As esquivas do Poder Judiciário em reconhecer a responsabilidade jurídica pelas condições indignas de encarceramento – inclusive sua própria responsabilidade –, institucionalizaram-se, em São Paulo, bem como em vários Estados, por via da invenção da exótica figura do "juízo corregedor dos presídios", relegando-se as atividades judiciais de fiscalização e garantia de direitos sociais dos presos a um "juiz com função administrativa", conforme entendimento endossado pelo CNJ. Assim, as violações de direitos da população carcerária, em vez de serem levadas à apreciação do juízo natural das Varas da Fazenda Pública, sofrem o deslocamento de competência para um "juiz sem poderes jurisdicionais", que pouco mais faz que expedir ofícios protocolares recomendando que se garanta esse ou aquele direito, se possível. O sistema de Justiça, ciente da ilegalidade estrutural do cárcere, desenvolveu manobra jurídica que impede o efetivo acesso à Justiça da população carcerária, por meio da "administrativização" inconstitucional das funções judiciais do art. 66, VII e VIII, da LEP.

A jurisdicionalização perversa, no que toca a esse eixo, não decorre diretamente de deficiências da LEP, mas de uma interpretação pretoriana inconstitucional, que afasta a população carcerária do acesso à Justiça, paradoxalmente transformando o juízo das execuções em um empecilho à jurisdicionalização. Sob a óptica da filosofia jurídica, a jurisdicionalização perversa reafirma o cárcere como espaço de suspensão do direito – de exceção –, onde é facultado ao Estado exercer um poder extraordinário, sem que disso advenham consequências jurídicas que, em outros casos, seriam naturais. Aproximam-se as prisões brasileiras, assim, da análise jurídico-política dos campos de concentração feita por Agamben (2007, p. 177):

> Somente porque os campos constituem, no sentido que se viu, um espaço de exceção, no qual não apenas a lei é integralmente suspensa, mas, além disso, fato e direito se confundem sem resíduos, neles tudo é verdadeiramente possível. Se não se compreende esta particular estrutura jurídico-política dos campos, cuja vocação é justamente a de realizar estavelmente a exceção, o incrível que aconteceu dentro deles permanece totalmente ininteligível.

8. Conclusões

A jurisdicionalização da execução penal brasileira, conforme visto, implementou-se de forma perversa. A inclusão do Poder Judiciário no processo de execução, por questões políticas, históricas e ideológicas, sob o pretexto de redução da discricionariedade típica da administração, afirmou-se como mais um obstáculo a ser enfrentado pelo sentenciado para o gozo dos direitos. A jurisdicionalização da execução é perversa justamente por inserir-se em um discurso jurídico que se vale de uma garantia constitucional em prejuízo de seu titular, afrontando, assim, o princípio da boa-fé, apontado como um dos "princípios limitadores que excluem violações ou disfuncionalidades grosseiras com os direitos humanos" por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2013, p. 238):

> O princípio da boa-fé e sua aplicação (*pro homine*) impedem que o discurso penal invoque disposições da Constituição e dos tratados para violar os limites do direito penal de garantias, ou seja, a fim de que se faça um uso perverso das próprias cláusulas garantidoras. Exemplos de usos como esse são as invocações a direitos para convertê-los em bens jurídicos e impor penas inusuais ou cruéis sob pretexto de tutela.

O presente estudo, acerca das formas pelas quais a jurisdicionalização perversa se manifesta na execução penal, permite que se dê conteúdo efetivo ao princípio da jurisdicionalização da execução, com o cuidado para que a definição de seus contornos não enseje a implantação da garantia como um engodo. Assim, verificado que a falência da execução penal jurisdicionalizada pode ser identificada nos três grandes eixos temáticos trabalhados neste estudo (progressividade, faltas disciplinares e "corregedoria"), passa a ser possível identificar qual seria o conteúdo da jurisdicionalização da execução penal tratada como uma verdadeira garantia.

Assim, podemos concluir que a garantia da jurisdicionalização da execução penal, de estatura constitucional, não significa a mera "presença do juiz no processo de execução". A par disso, a jurisdicionalização da execução informa-se por alguns conteúdos mínimos, que podem ser arranjados em três tópicos:

i) presença judicial no processo principal de execução da sentença, como órgão garantidor do sistema progressivo e dos direitos do sentenciado na execução, assegurando que *os direitos materiais na execução sejam implementados assim que cumprido o critério objetivo* e que *a progressividade e os demais direitos na execução apenas não se implementem mediante decisão judicial prévia*, advinda sob o crivo do contraditório, que reconheça fato impeditivo taxativamente descrito em lei.

ii) presença judicial nos incidentes processuais de apuração de falta disciplinar que possa ter qualquer impacto de natureza penal ao jurisdicionado (infração

penal), assegurando *o devido processo penal acusatório como condição para a prolação de sentença condenatória em falta*, com contraditório, ampla defesa (autodefesa e defesa técnica), direito à prova e possibilidade recursal sobre o mérito.

iii) reconhecimento da natureza jurisdicional da atividade judicial de zelar pela regularidade das unidades prisionais, reconhecendo-se a *ampla possibilidade de jurisdicionalização dos direitos civis e sociais, individuais e coletivos, da população privada de liberdade*, sendo o juízo das execuções o responsável pela garantia desses direitos, sem prejuízo de eventual competência concorrente do juízo responsável pelas demandas contra a Fazenda Pública.

As balizas aqui fixadas permitem, ao menos do ponto de vista dogmático, que se sanem os problemas suscitados pela jurisdicionalização perversa. Contudo, sabe-se que a jurisdicionalização perversa, assim como todas as construções legais, doutrinárias e jurisprudenciais de espírito emulativo, não se resume a um problema dogmático, ou mesmo jurídico. Traça-se, aqui, apenas uma tentativa de resistência, no campo da dogmática, contra uma ideologia penal autoritária, que esteve presente, como visto, nos fundamentos da execução penal brasileira e que se repete, diariamente, nas varas criminais e de execução penal do país.

9. Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. 2. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio favor persona em el derecho internacional y em el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, p 13-43, 1º sem. 2016.

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. O restabelecimento do exame criminológico em prol da melhor política criminal de encarceramento. *Boletim Ibccrim*, n. 291, p. 3-5, fev. 2017.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena da execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BUCH, João Marcos. *Execução penal e dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Estúdio, 2014.

CACICEDO, Patrick Lemos. O princípio da *less exigibility*, a legalidade na execução penal e os Tribunais Superiores. *Revista da EMERJ*, v. 18, n. 67, p. 306-316, 2015.

CACICEDO, Patrick Lemos. A natureza declaratória da decisão da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 124, p. 357-368, 2016.

CACICEDO, Patrick Lemos. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan.-abr. 2018.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In Carvalho, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Bruna Azevedo de. O projeto de Emenda Constitucional 28/2015: a inconstitucional vedação à progressão de regime para crimes hediondos e a necessidade de análise crítica das propostas legislativas. *Boletim IBCCrim*, n. 283, p. 11-12, jun. 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: contraditório e ampla defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 9, p. 115-132, 1995.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Execução penal, jurisdicionalização e dignidade humana. In *Boletim Ibccrim*, n. 70, p. 4-5, set. 1998.

COSTA, Domingos Barroso da. Breves considerações sobre a definição da data-base para a segunda progressão de regime em execução penal. *Boletim IBCCrim*, n. 239, p. 2-3, out. 2012.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização – dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça, 2017.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); Associação Juízes para a Democracia (AJD); Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília (CEDD/UNB); Pastoral Carcerária Nacional. *16 propostas contra o encarceramento em massa*. 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/]. Acesso em: 21.07.2018.

FÖPPEL, Gamil. Jurisdicionalização do processo de execução penal. *Nova Criminologia*. 2004. Disponível em: [*www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33050-41550-1-PB.pdf]*. Acesso em: 08.07.2018.

FRANCO, Alberto Silva. Meia ilegalidade. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, n. 123, p. 2-3, fev. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. A exigência de jurisdicionalização da execução. *Fascículos de Ciências Penais*, n. 3, v. 4, p. 3-21, 1991.

LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. *Associação Juízes para a Democracia,* ano 8, n. 33, p. 3-4, jan. 2005.

ORSI NETTO, Alexandre. A falácia do *in dubio pro societate* como princípio no processo de execução criminal. *Boletim IBCCrim*, n. 204, p. 14-15, nov. 2009.

PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Sursis *e livramento condicional, 1920-1940*: a modernização do Direito Penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2006.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Que havia de novo nas novidades do positivismo penal? Uma análise continuísta de Esmeraldino Bandeira. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). *Criminologia no Brasil:* história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade:* seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal:* teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. *Justitia*, São Paulo, v. 56 n. 166, p. 32-48, abr.– jun. 1994.

SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades. *Boletim IBCCRim*, n. 274, p. 20-21, set. 2015.

SHIMIZU, Bruno. 16 medidas contra o encarceramento em massa: bloco VI: execução penal e medidas de segurança. *Boletim IBCCrim,* n. 299, p. 4, out. 2017.

TEIXEIRA, Alessandra. *Prisões da exceção:* política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Juruá, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 17. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Editorial dossiê "execução penal: mitos, desafios e horizontes, de Marcus Alan Gomes – *RBCCrim* 145/17-24 (DTR\2018\17963);
- Culpabilidade e execução penal: uma análise crítica do recurso à prevenção como estratégia de controle, de Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 145/153-180 (DTR\2018\17968);
- Execução penal e falência do sistema carcerário, de Maria Thereza Rocha de Assis Moura – *RBCCrim* 29/351-363 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/879-892 (DTR\2000\3);
- Análise crítica do "(des)controle" normativo-judicial sobre a atividade administrativa nas prisões federais, de Alcides Marques Porto Pacheco – *RT* 903/425-448 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/77-103 (DTR\2011\1088); e
- Da inexeqüibilidade da Lei de Execução Penal, de Luiz Flávio Gomes – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/745-758 (DTR\2012\450390).

Consentimento informado, intervenções cirúrgicas e esterilização involuntária: reflexões a partir do caso I.V. *vs.* Bolívia

Informed consent, surgical interventions and involuntary sterilizations: considerations regarding the case I.V. vs. Bolivia

Flávia Siqueira

Doutoranda em Ciências Penais pela UFMG, com período sanduíche na Universität Augsburg (2016) e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin (2017 e 2018). Mestra em Direito Público e especialista em Ciências Penais pela PUC-Minas. Professora de Direito e Processo Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Foi bolsista da CAPES (Brasil), do CNPq e do DAAD (Alemanha).
flaviasiqueiracosta@gmail.com

Izabele Kasecker

Doutoranda pela Humboldt-Universität zu Berlin. Mestra em Direito alemão pela Universität Augsburg.
izabelekasecker@hotmail.com

Recebido em: 25.04.2018
Aprovado em: 01.10.2018
Última versão das autoras: 06.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho visa a analisar criticamente a legitimidade das intervenções médico-cirúrgicas, sob a ótica do Direito Penal e a partir do paradigma do consentimento enquanto expressão da autonomia do paciente. A decisão proferida em novembro de 2016 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que teve por objeto um caso de esterilização involuntária ocorrido na Bolívia, foi utilizada, aqui, como pretexto para a abordagem da relevância do consentimento do paciente, bem como de alguns de seus

Abstract: The aim of this paper is to critically analyze the legality of medical surgical interventions, from the point of view of the Criminal Law and under the paradigm of the informed consent as an expression of patient's autonomy. The decision of the Inter-American Court of Human Rights of November 2016, which examined a case of involuntary sterilization occurred in Bolivia, was used here as a pretext to determine the relevance of the patient's consent, as well as its fundamental requirements, to affirm the legality of

Siqueira, Flávia; Kasecker, Izabele. Consentimento informado, intervenções cirúrgicas e esterilização involuntária: reflexões a partir do caso I.V. *vs.* Bolívia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152. ano 27. p. 65-87. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

requisitos fundamentais, para a afirmação da legitimidade jurídico-penal das intervenções médicas em geral. Buscou-se, assim, a partir do delineio desses critérios de legitimidade, determinar sob quais condições uma intervenção médica será punível.

Palavras-chave: Consentimento informado – Esterilização involuntária – Intervenções cirúrgicas – Dever de esclarecimento – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso I.V. *vs.* Bolívia.

medical interventions. Therefore, it was sought to determine under which conditions a medical intervention could be punishable.

Keywords: Informed consent – Involuntary sterilization – Surgical interventions – Duty to inform – Inter-American Court of Human Rights – Case I.V. v. Bolivia.

Sumário: 1. Introdução. 2. O caso I.V. *vs.* Bolívia . 3. Intervenções médico-cirúrgicas e consentimento informado: um recorte para a análise do caso, em especial sob a ótica do Direito Penal. 3.1. O que legitima dogmaticamente as intervenções médico-cirúrgicas?. 3.2. Os pressupostos de validade do consentimento. 3.2.1. A anterioridade do consentimento. 3.2.2. O consentimento livre e informado. 4. Conclusões. Referências.

1. Introdução

No julgamento do caso I.V. *vs.* Bolívia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (= Corte IDH) condenou o Estado Plurinacional da Bolívia pela violação dos direitos à integridade pessoal, à liberdade, à dignidade, à vida privada e familiar, ao acesso à informação e à fundação de uma família, todos reconhecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (= CADH, em seus artigos 5.1, 5.2, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 e 17.2), bem como, no que tange especificamente à violência contra a mulher, pelo descumprimento das obrigações previstas no artigo 7, a), b), c), f) e g) da Convenção de Belém do Pará. Declarou, ainda, a responsabilidade do Estado pela violação dos direitos à proteção e garantias judiciais (artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Não obstante seja esse o primeiro julgado da Corte Interamericana que aborde especificamente o consentimento informado, a sua exigência para qualquer ato médico já havia sido analisada, também, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tanto em relação a intervenções médico-cirúrgicas em geral quanto em relação à esterilização feminina. Embora a decisão trate especificamente da responsabilização do Estado pelo descumprimento de suas obrigações internacionais, o presente comentário a toma como pretexto para a análise da relevância do consentimento do paciente para a atribuição de legitimidade às intervenções médicas no âmbito jurídico-penal, visando ao aprimoramento da discussão no

cenário brasileiro. Em um primeiro momento, exporemos sucintamente o caso (infra 2) para, então, analisarmos as principais celeumas a respeito dos pressupostos de legitimidade jurídico-penal das intervenções cirúrgicas (infra 3.1); por fim, teceremos comentários aos argumentos utilizados pela Corte IDH para a solução do caso (infra 3.2).

2. O caso I.V. *vs.* Bolívia

No dia 1º de julho de 2000, I.V. foi admitida no *Hospital da Mulher de La Paz,* após a ruptura espontânea de membranas na 38.5 semana de gravidez. Considerando que a paciente já havia realizado uma cesariana na gravidez anterior, não estava em trabalho de parto e o feto se encontrava em posição transversal, o médico resolveu submetê-la novamente a esse procedimento. Após o início da cirurgia, realizada pelo médico residente, constatou-se a presença de múltiplas aderências na parte inferior do útero, o que levou o médico supervisor a assumir o controle do ato. Tendo em vista que a condição da paciente poderia trazer riscos para a sua vida no caso de uma futura gestação, o médico procedeu, após o parto, mas ainda no período de duração da anestesia epidural, a uma ligadura tubária bilateral, que resultou – como planejado – na perda permanente da capacidade reprodutiva da paciente.[1]

Antes do procedimento cirúrgico, o marido de I.V. havia assinado uma "autorização familiar para cirurgia ou tratamento especial", mas o consentimento da paciente não chegou a ser obtido. No transcorrer do parto, diante da recomendação médica de esterilização, o médico procurou pelo marido de I.V. para que autorizasse a ligadura tubária. Ele não foi, no entanto, encontrado.[2] Também I.V. alegou jamais ter sido consultada a respeito da esterilização, relatando ter sido comunicada pelo médico residente sobre o ocorrido apenas no dia seguinte à cirurgia. O Estado boliviano, no entanto, refutou essas alegações, afirmando que o consentimento de I.V. havia sido verbalmente colhido no transcorrer do procedimento cirúrgico[3].

Tal fato, além de afetar a capacidade reprodutiva de I.V., causou-lhe danos psicológicos significativos, que culminaram na necessidade de ingestão de fármacos para tratamento de transtornos mentais.[4] Durante a audiência, a vítima revelou que o ocorrido representou a destruição dos seus sonhos e de sua família[5]; decla-

1. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 21-22.
2. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 22.
3. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 23.
4. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 35.
5. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 23.

rou, também, no transcorrer do processo, que se sentia "menos mulher pelo fato de não poder ter mais filhos"[6] e que o seu marido questionou a razão pela qual, ao invés de a terem submetido à ligação de trompas, nem sequer cogitaram os médicos em sugerir a realização futura de uma vasectomia.[7] Embora tenha recorrido a ajuda psicológica devido à sua angústia e frustração, I.V. continuou a sofrer crises emocionais agudas – durante uma delas, destruiu praticamente todos os documentos que continham o seu nome ou seus dados pessoais e foi, em virtude de episódios como esse, internada no pavilhão de saúde mental do Hospital de Clínicas de La Paz.[8] A provável existência de relação causal entre a esterilização involuntária e as crises psicológicas da vítima foi constatada por exame médico especializado.[9]

Partindo das razões utilizadas pela Corte Interamericana para fundamentar a condenação do Estado da Bolívia pela violação de direitos humanos neste caso, podem-se apontar, fundamentalmente, três dimensões de análise: em primeiro lugar, a Corte ressaltou a relevância do consentimento informado enquanto expressão da autonomia do paciente e condição para a legalidade das intervenções médico-cirúrgicas em geral; em segundo lugar, e mais especificamente em relação à esterilização não consentida, identificou-a como um caso de violência contra a mulher, tendo em vista a violação dos direitos sexuais e reprodutivos da paciente; por fim, reconheceu a violação do direito de I.V. à proteção judicial[10], considerando que lhe foi frustrado o acesso à justiça[11]. O objeto de análise do pre-

6. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 34-35.
7. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 23.
8. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 35.
9. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 35.
10. A Corte sublinhou que a responsabilidade pela esterilização involuntária não foi declarada em esfera alguma – nem na penal, tampouco na cível ou administrativa. O processo penal pelo delito de lesões corporais gravíssimas foi extinto "por duração máxima do processo", pois, após a ocorrência de diversas nulidades nos julgamentos, houve excesso de prazo no juízo de formação da culpa.
11. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 32. A Corte afirmou que o Estado tinha, já à época dos fatos, a obrigação internacional de obter, por meio dos seus profissionais de saúde, o consentimento prévio, livre, pleno e informado dos pacientes para intervenções médicas em geral – inclusive e especialmente da mulher que se encontre diante da necessidade de decidir se se submeterá ou não à esterilização (Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 66). Além disso, confirmou a responsabilidade internacional do Estado da Bolívia por não ter adotado as medidas regulatórias necessárias para estabelecer com clareza a obrigação médica de obter o consentimento em casos como o de I.V., frustrando a prevenção de esterilizações não consentidas, bem como a garantia e o respeito aos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana, eis que deficientes tanto a regulação

sente trabalho se cinge, no entanto, à primeira das três dimensões enfrentadas pela Corte (infra 3).[12]

3. Intervenções médico-cirúrgicas e consentimento informado: um recorte para a análise do caso, em especial sob a ótica do Direito Penal

Antes de adentrar os argumentos utilizados pela Corte IDH, insta consignar que a postura tradicional da ética médica, fundamentada na chamada ética hipocrática[13], dava ao médico a prerrogativa de decidir e submeter o paciente ao tratamen-

quanto a fiscalização relacionadas à assistência na área da saúde (Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 73 e ss.). Outro fundamento para a responsabilização do Estado no presente caso decorre do desrespeito à igualdade e não discriminação, já que I.V. teve o exercício dos seus direitos prejudicado em virtude de seu sexo, sem sequer ter tido a chance de expor seus desejos e seus planos de vida ou de ter suas necessidades específicas consideradas. Para a Corte, se é verdade que o médico tentou obter a autorização do marido de I.V. ou buscou ratificar o consentimento verbal supostamente obtido durante a cirurgia, resta evidente que sua atuação foi motivada pelo estereótipo de que ela não era capaz de, sozinha, decidir autonomamente sobre o seu corpo, sendo-lhe negada a "oportunidade de tomar uma decisão livre, informada e ajustada ao seu projeto de vida" (Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 82.). Segundo a Corte, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório e que afete o exercício de qualquer dos direitos previstos na Convenção é tido *per se* como dissonante e com ela incompatível (Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 80 e ss.). A Corte reconhece, nesse ponto, que há uma limitação histórica e recorrente da liberdade e autonomia das mulheres em matéria de saúde sexual e reprodutiva; ademais, essa discriminação fundada no sexo de I.V. representou uma forma de violência contra a mulher, o que teria caracterizado o descumprimento da obrigação negativa do Estado de se abster em relação a tais práticas discriminatórias (Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 84). Na decisão, menciona-se que a esterilização feminina involuntária ou não consentida constitui efetivamente, para o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, um ato de violência de gênero. Considerando os argumentos anteriores, aqui apenas brevemente expostos, declarou a Corte a responsabilidade do Estado da Bolívia pela violação da obrigação de não discriminar, bem como do dever de respeito e garantia dos direitos previstos nos artigos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 e 17.2, combinados com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, assim como dos artigos 7.a) e b) da Convenção de Belém do Pará (Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 84).

12. Não abordaremos, portanto, a questão específica da violência contra a mulher, tampouco a referente ao acesso à justiça. Como preferimos analisar com profundidade a questão do consentimento a produzir um trabalho extenso, porém perfunctório, a limitação do nosso objeto de estudo nos pareceu medida necessária.

13. Exortado até hoje por estudantes brasileiros de medicina em suas formaturas, o texto de Hipócrates, produzido no Século V a.C., é concebido como a base da ética médica.

to que julgar melhor, consagrando a máxima *salus aegroti suprema lex*, segundo a qual a promoção da saúde do paciente é a lei suprema da medicina. Historicamente, os casos de abuso médico em experimentos com seres humanos ocorridos na Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial, bem como casos similares sucedidos nos Estados Unidos, ensejaram, em especial a partir da década de 1950, crescentes questionamentos acerca dos padrões éticos da medicina até então predominantes.[14] Por um lado, juristas passaram a defender o direito de autodeterminação e, por outro lado, filósofos ressaltavam a relevância do respeito à autonomia. Assim, o padrão ético tradicional foi confrontado com valores como a liberdade individual e a dignidade humana, bem como com o direito do paciente de autodeterminar-se e de decidir sobre os tratamentos a que deseja (ou não) ser submetido.

Assim, reconhecendo a autonomia e o direito individual de autodeterminar-se enquanto corolários fundamentais da dignidade humana, salvaguardada pelo artigo 11 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos[15], observa a Corte IDH que a autodeterminação se perfaz no direito de fazer escolhas e concretizar um projeto de vida de acordo com as próprias opções e convicções. Nesse sentido, o princípio da autonomia impede a instrumentalização dos indivíduos, que não podem servir como meio para a consecução de fins alheios às suas próprias decisões em relação à sua própria vida, ao seu corpo e ao desenvolvimento da sua personalidade.[16-17]

No contexto da medicina, o respeito à autonomia adquire especial relevância, principalmente em circunstâncias nas quais as convicções e os valores do médico

Cf. REZENDE, Joffre Marcondes De. O juramento de Hipócrates, *À sombra do Plátano: crônicas de história da medicina*, 2009. p. 31-48.

14. FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 87.

15. Segundo o artigo 11, inciso 1 da CADH, "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

16. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 45.

17. A Corte observa, ademais, que os direitos previstos no inciso segundo do artigo 11 da CADH estão em estreito vínculo com a saúde humana; em sendo assim, conclui que caberia ao Estado (i) regular normativamente a prestação de serviços de saúde, prevendo mecanismos de supervisão e fiscalização das instituições por ela responsáveis, bem como de tutela administrativa e judicial e (ii) respeitar deliberações feitas de forma livre e responsável, assegurando o acesso a todas as informações relevantes para a formação dessas decisões ("obrigação de transparência ativa"), que assume caráter instrumental para a satisfação de outros direitos elencados na Convenção. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 47.

entram em conflito com as do paciente. Como sublinhado pela Corte IDH, a relação médico-paciente é, em geral, assimétrica: enquanto o médico se situa em posição elevada e de poder, já que possui os conhecimentos técnicos e o controle das informações[18], o paciente é tido – justamente por não deter tais conhecimentos e informações –, muitas vezes, como incapaz para decidir. No entanto, a crescente demanda pelo reconhecimento da autonomia e da autodeterminação dos pacientes provocou uma mudança de paradigma nessa relação assimétrica, impulsionando o afastamento do modelo paternalista no âmbito da saúde, segundo o qual "o médico é quem deve decidir o que é mais conveniente para o paciente"[19], em favor de um modelo colaborativo, que, prezando por princípios da ética médica (da autonomia, da beneficência, da maleficência e da justiça[20]), confere empoderamento ao paciente e promove, concomitantemente, a valorização da sua autonomia[21].

Assim, visando ao equilíbrio dessa tradicional assimetria, a releitura da relação médico-paciente trazida pela perspectiva da ética da autonomia coloca o *consentimento informado* – figura que aparece pela primeira vez em escritos da ética médica americana no final dos anos 50 – no centro da análise acerca da legitimidade das intervenções médico-cirúrgicas.[22] Perpetuar essa assimetria seria corroborar uma postura que ignora a relevância da vontade do paciente na tomada de decisões referentes ao seu próprio corpo e que, portanto, fundamenta o paternalismo no âmbito da medicina. O papel do médico, então, não se limita à promoção da saúde e do bem-estar do paciente a qualquer custo, mas abrange também a dimensão do respeito à sua vontade; tanto é assim que, atualmente, a exigência da obtenção do consentimento nas intervenções médicas se inscreve em diferentes instrumentos internacionais[23], v.g. a Declaração de Helsínquia sobre a investi-

18. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 48.
19. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 49.
20. Esses princípios se referem, na realidade, ao modelo principialista de bioética de *Beauchamp* e *Childress*, cuja referência é olvidada pela Corte. Esse é um modelo de bioética fundamentada no esquema dos quatro princípios (four-principle approach), quais sejam, o respeito à autonomia (respeitar e dar suporte às decisões autônomas); a não maleficência (evitar a causação de danos); a beneficência (grupo de normas no sentido de aliviar, diminuir ou prevenir danos e promover benefícios); e a justiça (grupo de normas para a distribuição justa de benefícios, riscos e custos). Cf. a respeito BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 101 e ss.
21. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 48.
22. Como ressaltam FADEN; BEAUCHAMP, *A history and theory of informed consent*, p. 86.
23. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 54.

gação médica de 1964[24] e a Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente de 1981[25], ambas da Associação Médica Mundial, bem como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO de 2005[26].

No caso concreto sob análise, partindo das ponderações então expostas, concluiu a Corte que o consentimento informado é requisito necessário para a intervenção médica consistente na ligação das trompas de Falópio, uma vez que tal procedimento projeta seus efeitos de forma direta na vida privada da mulher, a quem compete decidir sobre eventual interrupção definitiva da sua capacidade reprodutiva.[27] A Corte ressalta, baseando-se em precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos[28], o caráter essencial da regra do consentimento informado *tanto para casos de esterilização feminina quanto para os atos médicos em geral*, estabelecendo a necessidade de obtenção de consentimento livre, pleno, informado e prévio à realização de intervenções cirúrgicas esterilizantes.[29]

Nesse sentido, a decisão da Corte IDH representa um importante avanço para os países latino-americanos, porquanto fixa o paradigma do consentimento enquanto aspecto essencial para a compreensão jurídica das esterilizações e, mais além, serve como precedente para a adoção dessa concepção em relação a toda e qualquer intervenção médica.

---

24. ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Declaração de Helsínquia*. Princípios éticos para investigações médicas envolvendo seres humanos. Helsínquia, 1964. Disponível em: [www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/]. Acesso em: 28.01.2017, princípios 25 e ss.
25. ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente*. Lisboa, 1981. Disponível em: [www.wma.net/en/30publications/10policies/l4/]. Acesso em: 28.01.2017, princípios 3 (direito de autodeterminação), 7 (direito à informação) e 10 (direito à dignidade).
26. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Paris, 2005. Disponível em: [http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf]. Acesso em: 28.01.2017, artigo 6º.
27. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 49-50.
28. Caso *Glass vs. Reino Unido*, n. 61827/00; *Caso Juhnke vs. Turquia*, n. 52515/99; Caso *M.A.K.* e *R.K. vs. Reino Unido*, n. 45901/05 e 40146/06; Caso *R.R. vs. Polônia*, n. 27617/04; Caso *Elberte vs. Letônia*, n. 61243/08.
29. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 53. Também nesse sentido menciona a Corte o posicionamento do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher no caso *A.S. vs. Hungria*, bastante semelhante ao do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

3.1. O que legitima dogmaticamente as intervenções médico-cirúrgicas?

No âmbito do Direito Penal, a indagação acerca do fundamento de legitimidade das intervenções médico-cirúrgicas sempre originou diversas controvérsias. A adoção do paradigma da autonomia significa, por um lado, que somente o consentimento do paciente é capaz de legitimar a atuação médica, dentro dos exatos limites traçados pela sua autorização. O *consentimento,* enquanto critério dogmático, é compreendido pela doutrina majoritária brasileira como causa supralegal de afastamento da ilicitude da conduta típica.[30] Por outro lado, conduz

30. Nesse sentido, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 511. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 219. GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 459. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 98. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 336-337. TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 128-129. Não nos cabe, nessas breves considerações, definir concretamente o papel dogmático do consentimento no Direito Penal, ou seja, se seria uma causa que afasta a tipicidade ou a ilicitude da conduta do médico. Em geral, os autores que adotam um modelo diferenciador concebem o consentimento nas lesões corporais como causa de justificação. Cf. GEERDS, Friedrich. Einwilligung und Einverständnis des Verlezten im Strafrecht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 262-269, 1954; GEERDS, Friedrich. Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 72, n. 1-2, p. 42-92, 1960. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 373. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2011. parag. 9, n. 11 (p. 118). WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Die Straftat und ihr Aufbau. 47. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, parag. 11, 541 (p. 177). Na literatura portuguesa, cf. sobretudo COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 473-475. Por outro lado, há autores que, mesmo nos casos de lesões corporais, atribuem relevância ao consentimento já na tipicidade, adotando um modelo unitário. Cf. por exemplo ROXIN, Claus; GRECO, Luís, *Strafrecht:* Allgemeiner Teil. 5. ed. München: Beck, 2018. v. I., parag. 13, n. 12 (no prelo). GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995. p. 109. GARCÍA CALDERÓN, Beatriz Escudero. *El consentimiento en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 146. POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal*, v. 82, 2004. p. 197. No Brasil, cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez.

também à conclusão de que a conduta do médico que realiza uma intervenção *contra a vontade ou sem o consentimento do paciente*, ao interferir no seu corpo e na sua liberdade, perfaz *prima facie* os pressupostos típicos da lesão corporal (art. 129, CP) e/ou do constrangimento ilegal (art. 146, CP), independentemente do resultado a que se chega com a intervenção.

No caso em comento, a esterilização arbitrária realizada pelo médico se amoldaria, no contexto da legislação brasileira, ao tipo penal previsto no artigo 15 da Lei de Planejamento Familiar (Lei 9.263/96). Esse dispositivo criminaliza as esterilizações promovidas em desacordo com a própria lei, que estipula, no § 1º do art. 10, que o consentimento do paciente e o cumprimento do dever de informação por parte do médico são condições para a regularidade do procedimento. Mesmo a Constituição brasileira garante, em seu art. 226, § 7º, o direito ao livre planejamento familiar e a vedação de qualquer coerção que interfira no seu exercício.

Se nos debruçarmos, no entanto, sobre a discussão acerca do fundamento da legitimidade das intervenções cirúrgicas em geral, notaremos que a compreensão de que toda e qualquer intervenção médica representa uma lesão corporal típica, cuja licitude depende da existência uma causa de justificação, ensejou o desenvolvimento de diferentes teorias – em especial na doutrina alemã – que buscam fundamentar a atipicidade da conduta do médico.[31]

Dentre tais esforços teóricos, destacam-se a teoria do resultado (*Erfolgstheorie*) e a teoria da indicação e execução conforme a *lex artis*, também denominada teoria da ação (*Handlungstheorie*). Segundo a primeira concepção[32], vinculada

Direito penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 261. LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 572.

31. No Brasil, ainda prevalece na doutrina a clássica justificação das intervenções médicas com base no exercício regular de um direito de profissão do médico, com fundamento no art. 23, III, do CP brasileiro. Cf. críticas a esse posicionamento sobretudo em GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. *Studia Juridica. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (Vol. 1)*, v. 108, p. 643-669, 2017.

32. Na Alemanha, *Bockelmann* foi o principal defensor dessa tese. BOCKELMANN, Paul. *Strafrecht des Arztes*. Stuttgart: Georg Thieme Verlag, 1968. p. 67. Também adotaram uma tese semelhante, BELING, Ernst. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 44, 1924. p. 230. KAUFMANN, Arthur. Die eigenmächtige Heilbehandlung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 73, n. 3, 1961.

ao resultado da atuação médica, as intervenções curativas bem-sucedidas – que, em termos gerais, provocam a melhora na saúde física do paciente – seriam atípicas, havendo, portanto, uma relação direta entre a atuação médica e o seu êxito. As intervenções curativas malsucedidas, por sua vez, seriam consideradas lesões corporais típicas, mas o preenchimento do tipo subjetivo dependeria da comprovação de que o médico atuou dolosa ou culposamente. Dolo haveria, nessa hipótese, se a conduta do médico fosse dirigida ao insucesso da intervenção; em não havendo dolo, a punição do médico só seria possível a título de culpa. Assim, partindo-se da teoria do resultado, tem-se que a análise no âmbito do tipo subjetivo seria frequentemente decisiva para a determinação da responsabilidade penal no caso de intervenções médicas não consentidas.[33]

Já para *teoria da ação*, a intervenção médica curativa é aquela indicada e executada em conformidade com a *lex artis*, definida de acordo com a sua *tendência objetiva* – científica e empiricamente constatada – de manutenção ou restabelecimento da saúde do paciente.[34] Diferentemente do que acontece na teoria do resultado, para a qual o ponto nevrálgico para o afastamento da tipicidade da conduta médica é o seu êxito, a teoria da ação busca fundamentar a atipicidade na *tendência curativa* da intervenção, a despeito do seu resultado concreto – já que mesmo cirurgias indicadas e executadas em conformidade com a *lex artis* poderiam ser malsucedidas quando, por exemplo, o paciente morre, sem que esse resultado seja imputável ao médico. Como resta evidente, essa teoria – diversamente da anteriormente citada – leva em conta a valoração da intervenção médica *no momento da sua execução*.

Os critérios trazidos por essas perspectivas – o êxito da intervenção, a execução de acordo com os padrões da ética médica (*lex artis*) e a finalidade curativa – chegam a ser mencionados na decisão em comento e são comumente utilizados pela doutrina em geral nas argumentações relativas à legitimidade das intervenções médicas. Na decisão menciona-se, por exemplo, que, nos países sob a jurisdição da Corte, a jurisprudência "amplamente difundida" compreende que as intervenções

p. 372. No Brasil, as conclusões de Regis Prado assemelham-se àquelas obtidas por essa concepção. PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. v. 1. p. 452.

33. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, p. 68.

34. SCHMIDT, Eberhard. *Der Arzt im Strafrecht*. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1939. p. 69-70. No mesmo sentido, cf. MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil*. 5. ed. Karlsruhe: C.F. Müller, 1969. p. 77. No Brasil, *Pierangeli* adota posicionamento similar. Cf. PIERANGELI, *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 208-211.

cirúrgicas *com finalidade terapêutica* seriam atípicas em relação ao delito de lesões corporais.[35] Em relação ao caso concreto, embora a Corte afirme que havia uma finalidade terapêutica preventiva – consistente na evitação dos riscos de uma futura gravidez – e que por isso a atuação do médico estaria de acordo com um dos padrões da *lex artis*, frisa, ao mesmo tempo, que a observância do dever de cuidado seria também uma condição para a atipicidade da conduta, que estipula que o médico deve se esforçar para melhorar a saúde da paciente e não provocar maiores danos. Considerando que a saúde, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (= OMS), é um estado de equilíbrio biopsíquico, por mais que no caso o risco inerente a uma futura gravidez tenha sido neutralizado, a paciente teria sofrido um grave dano psicológico[36], o que justificaria a existência de uma concreta lesão e, assim, uma obrigação do Estado de, no mínimo, investigar e processar os médicos responsáveis pelo caso. Além disso, a Corte afirma, num outro momento, que o consentimento seria um dos elementos que constituem a *lex artis*.[37]

Podemos constatar, nesse breve relato, uma nítida confusão conceitual trazida nos argumentos utilizados na decisão. Em primeiro lugar, a Corte emprega a expressão "dever de cuidado" como se fosse sinônimo dos princípios da beneficência (necessidade de promoção do bem-estar do paciente) e da não maleficência (proibição de causar danos intencionalmente), duas das principais orientações da ética médica. Certo é que, na linguagem jurídico-penal, a exigência de cumprimento do dever de cuidado faz parte do juízo de adequação típica somente dos crimes culposos e, portanto, não possui relevância para a determinação da tipicidade dos crimes dolosos, como no caso sob análise. Ademais, mesmo a beneficência ou a não maleficência não teriam relevância para o caso concreto, já que a atuação dos médicos, embora concretamente destinada a um bem-estar objetivo de I.V., violou um outro valor ainda mais importante numa ética pós-hipocrática: a autonomia do paciente.

Quanto ao resultado lesivo que transcende a esterilização, consistente na lesão psicológica causada na paciente em decorrência da esterilização não consentida, por ela não pode responder o médico, ao menos a título de dolo, eis que a sua vontade não estava dirigida a esse resultado.[38] Uma eventual punição autônoma por

35. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 101.

36. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 101-102.

37. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 49.

38. Se e em que medida o tipo de lesão corporal compreende afetações psíquicas não é questão livre de controvérsias. No entanto, se respondermos afirmativamente à indagação, é necessário reconhecer que a lesão psíquica deve vincular-se necessariamente a uma afetação corporal não desprezível, como ressaltam WESSELS, Johannes; HETTINGER,

culpa somente seria possível se, *in casu*, não fosse possível punir a atuação dolosa vinculada à esterilização não consentida. Por se tratar de uma consequência direta da ofensa à integridade corporal dolosamente provocada, poderão os danos psicológicos ser levados em conta, no máximo, no momento de aplicação da pena[39].

Por fim, nenhuma das teorias abordadas chega ao ponto que realmente fundamenta a legitimidade da intervenção médica, que é a vontade do paciente de se submeter ao tratamento, traduzida no consentimento. A finalidade de curar, por si só, não afasta o dolo do médico, que, inegavelmente, se vincula também ao dolo de cortar, ao dolo de intervir, a despeito da ausência de vontade do paciente. Admitir que a simples "boa intenção" ou finalidade de promoção da saúde afaste a tipicidade de toda e qualquer intervenção seria o mesmo que legitimar novamente o paternalismo hipocrático, que concede ao médico o poder de definir tratamentos e de executá-los independentemente da vontade do paciente de a eles se submeter. O mesmo pode ser dito em relação à observância das regras da prática médica ou da vinculação ao êxito da intervenção: todos eles conduzem, inegavelmente, a uma concepção paternalista, segundo a qual compete ao médico determinar o que é o melhor para o sujeito a ser tratado.

Embora na Alemanha e em demais países europeus, por exemplo, o consentimento seja visto como figura central para solucionar problemas como o aqui abordado[40], poucos são os autores que, no Brasil, adotam o mesmo posiciona-

---

Michael. *Strafrecht Besonderer Teil 1:* Straftaten Persönlichkeits– und Gemeinschaftswerte. 39. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2015, parag. 5, n. 257-258. De acordo com a doutrina majoritária brasileira, a *saúde*, tutelada pelo tipo de lesões corporais, se refere ao normal funcionamento do corpo e do organismo. Assim, considerando que a normalidade psíquica integra a noção de saúde, também a afetação da saúde psíquica é concebida como uma lesão corporal. Nesse sentido, cf. HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V. p. 323. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal,* 2: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 214. PRADO; CARVALHO; CARVALHO, *Curso de direito penal brasileiro*, p. 688.

39. A respeito dessa controvérsia, cf. TEIXEIRA, Adriano. Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: o exemplo da relevância das conequências extratípicas do delito na aplicação da pena. In: BEDÊ JUNIOR, Americo; CAMPOS, Gabriel Silva de Queirós (Org.). *Sentença criminal e aplicação da pena*: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 23-41. GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung:* Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

40. Esse posicionamento é majoritário na jurisprudência alemã e é defendido por um grande setor da doutrina. Na Itália, embora sejam admitidas exceções (violação do

mento.[41] Um dos pioneiros na defesa de uma postura mais liberal no que tange aos requisitos de legitimação de intervenções cirúrgicas foi *Kessler,* que, já no final do século XIX, enxergou o consentimento como um desses pressupostos de legitimidade.[42] Na jurisprudência alemã, predomina o entendimento de que intervenções médicas são lesões corporais sobre as quais recai uma causa justificante, representada pelo consentimento do paciente.[43]

Fateh-Moghadam[44] nota, acertadamente, que conceber o consentimento como requisito de legitimidade das intervenções médicas contribui para (i) a *defesa* do paciente em relação a procedimentos cirúrgicos arbitrários, assegurando o respeito do seu direito de recusa e garantindo que nenhuma intervenção ocorrerá sem o seu consentimento ou contra a sua vontade; (ii) o *desenvolvimento* do direito de autodeterminação e do exercício da autonomia do paciente – a quem se atribui o poder de dispor de seus bens jurídicos de acordo com seus planos e projetos de vida –, representando o empoderamento do paciente e a ressignificação da sua relação com o médico[45]; e (iii) a *segurança* do médico, conferindo, a partir do delineamento dos limites do seu âmbito de atuação, maior previsibilidade acerca das consequências jurídicas dos seus atos.

---

consentimento para afastar perigo à vida, por exemplo), *Maggiore* já recorria ao consentimento para solucionar problemas já na década de 50. MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal v. 1:* el derecho penal – el delito. 5. ed. Bogotá: Temis, 1954. p. 442. Na Espanha, esse posicionamento é defendido na atualidade por parte da doutrina, como por GUÉREZ TRICARICO, Pablo. *El tratamiento médico curativo y su licitud*: el papel del consentimiento del paciente. Navarra: Civitas, 2012.

41. No Brasil, defendem o afastamento da tipicidade de intervenções médicas exclusivamente com fundamento no consentimento: CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*: parte geral, p. 263. TOLEDO, *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 129-130. No âmbito da ilicitude, apesar de reconhecerem a justificação com base no exercício regular do direito, mencionam também a justificação pelo consentimento: PRADO; CARVALHO; CARVALHO, *Curso de direito penal brasileiro*, p. 337.

42. KESSLER, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*. Berlin: F. Guttentag, 1884. p. 3.

43. O paradigma do consentimento foi adotado em decisão simbólica proferida pelo Tribunal do Império em 1984 (RGSt 25, 375).

44. FATEH-MOGHADAM, Bijan. *Die Einwilligung in die Lebendorganspende:* Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands. München: C. H. Beck, 2008. p. 74.

45. Ao conceber o paciente como livre e capaz, atribui-se-lhe o poder de, a partir das informações que lhe foram transmitidas pelo médico, ponderar as vantagens e desvantagens da intervenção e decidir sobre o destino do seu próprio corpo.

A adoção do paradigma do consentimento promove, no final das contas, mais liberdade tanto para o médico quanto para o paciente. No entanto, duas das suas principais dimensões – uma positiva e outra negativa – hão de ser sublinhadas: ao mesmo tempo em que impõe a necessidade de informar e colher o consentimento do paciente antes da intervenção cirúrgica, assegura a possibilidade de o paciente deixar de se submeter ao tratamento, ainda que somente por meio dele seja possível livrá-lo de uma doença que coloca em risco a sua vida.

3.2. Os pressupostos de validade do consentimento

A validade da anuência do paciente em relação a intervenções médicas não prescinde da observância de determinados pressupostos – de que depende a legitimidade da atuação médica – e não é, portanto, irrestrita. Para que o consentimento seja válido, devem ser respeitados tanto limites objetivos, como o *dever de esclarecimento* por parte do médico, quanto subjetivos, como a *capacidade* para consentir e a *liberdade* na formação da vontade e no ato de decidir (afetados pela existência de erro ou vício de consentimento).[46] A mera remissão a uma eventual anuência do paciente não preenche, portanto, os pressupostos de validade do consentimento, tampouco é capaz de legitimar a atuação médica que dele depende.

Aludindo, uma vez mais, à decisão em comento, tem-se, para a Corte IDH, que o consentimento, para que possa produzir efeitos, há de ser *prévio*, *livre*, *pleno* e *informado*. Nesse sentido, seria o consentimento informado "a decisão prévia de aceitar ou submeter-se a um ato médico em sentido amplo, obtida de maneira livre, é dizer, sem ameaças ou coerção, indução ou incentivos impróprios, manifestada posteriormente à obtenção de informação adequada, completa, fidedigna, compreensível e acessível, sempre que essa informação tenha sido realmente compreendida, o que permitirá o consentimento pleno do indivíduo"[47]. Tais elementos serão, na sequência, analisados e comentados.

3.2.1. A anterioridade do consentimento

De acordo com a Corte IDH, o primeiro elemento de validade do consentimento é a *anterioridade*, ou seja, o consentimento deve *preceder* todo e qualquer ato médico, não podendo ser convalidado após a sua execução, salvo em casos excepcionais, como os de urgência ou emergência, em que haja grave risco para a

46. A diferenciação desses requisitos sob uma perspectiva objetiva e outra subjetiva é elaborada e desenvolvida por STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 9.

47. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 50 (nossa tradução).

vida ou saúde do paciente.[48] Considerando, no entanto, que esterilizações femininas não são concebidas como procedimentos de urgência[49], bem como o fato de que, na terceira auditoria médica realizada, concluiu o Comitê que "a existência de múltiplas aderências não constitui risco para a vida da paciente"[50], tem-se que o consentimento prévio no caso sob análise era exigível.

Essa é uma decorrência lógica da própria razão de ser do consentimento, que, caso não tenha sido colhido antes da intervenção – na ausência, portanto, de consentimento real –, é um indicativo de ilicitude. Somente diante de uma situação em que não é possível obter o consentimento real do paciente, como nos mencionados casos de urgência, recorrer-se-ia à figura do *consentimento presumido* para afastar a ilicitude da conduta do médico, já que, nessas hipóteses, a sua inércia produziria grandes danos ou, em todo caso, mais danos do que benefícios.[51] A modificação (ampliação) do plano cirúrgico inicialmente ajustado entre médico e paciente (*Operationserweiterung*) estaria, portanto, justificada, caso o consentimento não pudesse ser colhido a tempo, ou seja, se, após o início da cirurgia, o médico diagnosticasse uma complicação anteriormente desconhecida que requeresse ação imediata, de sorte que esperar pela obtenção do consentimento real representasse um perigo para o paciente.[52] Entretanto, como aponta a Corte, o caso de I.V. não requeria urgência na realização do procedimento esterilizante, eis que o risco para a vida da paciente somente poderia existir *se* e *quando* houvesse uma nova gestação – e somente a ela caberia optar pela assunção ou eliminação desse risco, bem como, na última hipótese, qual o método preferível para evitar uma nova concepção.

3.2.2. O consentimento livre e informado

Em segundo lugar, deve o consentimento ser concedido *livremente*, ou seja, de maneira "voluntária, autônoma, sem pressões de qualquer tipo, sem ser utilizado como condição para submissão a outros procedimentos e benefícios, sem coerções, ameaças ou desinformação"[53]. Ademais, vícios de vontade – como a

48. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 54.
49. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 55.
50. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 25
51. Tal conclusão se depreende do caráter subsidiário do consentimento presumido, cf. RENGIER, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, parag. 23, n. 57.
52. WESSELS; BEULKE; SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil:* Die Straftat und ihr Aufbau, parag. 11, n. 570.
53. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 56.

ameaça, a violência, o engano causado por terceiros a partir da manipulação da realidade e o erro – invalidam o consentimento, em especial porque indicam que a decisão do paciente não foi, de fato, livre.[54]

A Corte frisa, nesse ponto, que o médico não pode induzir o paciente a decidir de acordo com uma determinada orientação e que o consentimento é pessoal, ou seja, deve ser concedido pelo próprio paciente, que é, no final das contas, quem terá de suportar as consequências da realização do procedimento. No caso, especialmente diante das especificidades da cirurgia de esterilização feminina e da sua relação com a autonomia e liberdade reprodutiva, a ausência do consentimento pessoal não poderia ser suprida pela anuência de terceiros – nem mesmo do marido de I.V.[55]. A decisão sobre a esterilização pertence ao foro mais íntimo da mulher e, portanto, poderia ser tomada exclusivamente por ela.[56]

A Corte IDH considerou, ainda, que o consentimento não pode ser considerado livre quando colhido em situação de estresse, fragilidade e vulnerabilidade da mulher, como durante ou imediatamente após o parto, já que, nessas circunstâncias, a paciente tem sua capacidade deliberativa afetada.[57] No caso, ainda que I.V. tivesse de fato consentido verbalmente durante a cirurgia, tal consentimento não seria livre, o que afeta a sua validade. Isso porque a paciente, deitada sobre a mesa cirúrgica e sob efeito de anestesia epidural, não estava em situação adequada para anuir livremente[58], tampouco seria razoável esperar que tomasse uma decisão sobre uma questão dessa magnitude em tão pouco tempo e em tais circunstâncias.[59]

---

54. A esse respeito, cf. ROXIN; GRECO, *Strafrecht:* Allgemeiner Teil, parag. 13, n. 97 e ss.
55. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 57.
56. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 78.
57. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 58. Isso, inclusive, foi incorporado pela lei brasileira de Planejamento Familiar (Lei 9.263), que, em seu art. 10, § 2º, estipula ser "vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.".
58. Digna de consignação é a afirmação feita pela Corte no sentido de que fatores relacionados a raça, capacidade ou posição socioeconômica não podem ser utilizados para limitar a livre decisão do paciente acerca da esterilização. Trata-se, portanto, de um argumento que visa à eliminação da discriminação fundada em estereótipos sociais e de gênero na relação médico-paciente, que conduzem frequentemente a distinções, exclusões e restrições indevidas no exercício de direitos humanos. Na decisão, argumenta-se, nesse sentido e mais concretamente, que o exercício do direito sexual e reprodutivo da mulher não pode ser negativamente afetado por razões vinculadas à sua condição social ou de gênero, tampouco sob o pretexto da necessidade de controle de população e de natalidade (Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 59 e ss.).
59. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 78.

Também integra a concepção de liberdade da decisão a exigência de que o consentimento seja *informado*, isto é, somente pode ser colhido após o fornecimento pelo médico de informações sobre o tratamento, para que o paciente possa tomar uma decisão *informada* acerca da intervenção. Nesse sentido, o *dever de informar* deve abranger, pelo menos: (i) o diagnóstico; (ii) objetivo, método, duração provável, benefícios e riscos esperados do tratamento; (iii) os possíveis efeitos desfavoráveis; (iv) as alternativas e consequências do tratamento; (v) o que provavelmente acontecerá antes, durante e depois da intervenção.[60] Disso resulta que a obtenção do consentimento deve decorrer de um processo de comunicação, no qual todas as informações necessárias para a tomada de decisão são transmitidas de maneira clara, sem tecnicismos, podendo ser devidamente compreendidas pelo paciente. Por se tratar de um processo comunicativo, para possibilitar a compreensão, deve-se levar em conta as particularidades e necessidades específicas de informação do sujeito a ser tratado, considerando aspectos como a sua origem cultural, religião, estilo de vida e nível educacional.[61] No caso de I.V., entretanto, tudo indica que o esclarecimento – se de fato houve – foi precário e insuficiente; não sem razão, a vítima solicitou posteriormente aos médicos que lhe explicassem novamente o que havia ocorrido e qual a razão de ser da esterilização.[62]

O cumprimento do *dever de esclarecimento* integra os pressupostos de validade do consentimento no contexto médico e afeta a legitimidade jurídico-penal das intervenções cirúrgicas. O paciente, em geral, não possui conhecimento prévio sobre questões médicas e, por essa razão, deve o médico fornecer todas as informações acerca dos riscos, consequências e alternativas do tratamento. Somente assim, conhecendo todas as circunstâncias e informações relativas ao tratamento, pode o paciente tomar uma decisão realmente livre. O descumprimento desse dever culmina num vício de vontade que invalida o consentimento e torna a conduta do médico ilícita em relação ao crime de lesão corporal, o que significa que a mera anuência ou aceitação do paciente quanto ao tratamento não é suficiente para atribuir legitimidade à intervenção cirúrgica. Dessa forma, o médico "não pode contentar-se com a formalidade de um 'sim', mas de um 'sim a isso'; o conteúdo do 'isso' tem de ser de conhecimento de quem consente, e é ao médico que incumbe transmitir esse conhecimento ao paciente".[63-64]

60. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 60.
61. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 61-62.
62. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 77.
63. GRECO; SIQUEIRA, Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico, p. 652.
64. Um pressuposto de validade do consentimento olvidado pela Corte é a exigência de que o paciente possua capacidade para consentir. Realmente, considerando que no caso

4. Conclusões

O caso I.V. *vs.* Bolívia, ao corroborar a exigência do consentimento informado para a legitimidade das intervenções cirúrgicas, representa um importante marco para a valorização da autonomia e dos direitos do paciente na América Latina. No caso concreto, tendo em vista que I.V. não forneceu o seu consentimento prévio, livre, pleno e informado para a submissão à ligadura de trompas, concluiu a Corte IDH que a conduta do médico – considerada, então, paternalista – representou uma ingerência arbitrária no corpo de I.V., da qual resultou a perda permanente da sua capacidade reprodutiva, bem como a anulação da sua autonomia e liberdade de tomar decisões relativas ao seu próprio corpo – o que violou seu direito à integridade e liberdade pessoais, à dignidade, à vida privada e familiar, de acesso à informação e a fundar uma família, afetando, enfim, seus direitos sexuais e reprodutivos.[65]

No contexto jurídico-penal, a adoção do paradigma da autonomia do paciente significa que somente a obtenção do *consentimento livre e informado* poderá atribuir legitimidade à conduta do médico que executa uma intervenção cirúrgica, à exceção dos casos em que a obtenção do consentimento não seja possível. Entretanto, a regularidade da conduta médica exige mais do que a mera anuência do paciente: os pressupostos de validade do consentimento, como o *dever de esclarecimento*, *capacidade* para consentir e a *liberdade* da formação da vontade e do ato de decidir (afetados pela existência de erro ou vício de consentimento) devem estar igualmente presentes. Por outro lado, a intervenção cirúrgica arbitrária – ou seja, aquela realizada contra a vontade ou sem o consentimento válido do paciente – constitui uma ingerência indevida no corpo e na liberdade do paciente e preenche, a princípio, os pressupostos típicos da lesão corporal (art. 129, CP) e/ou do constrangimento ilegal (art. 146, CP). Mais especificamente, no caso em questão a conduta do médico se amoldaria, no Brasil, àquela prevista no artigo 15 da Lei de Planejamento Familiar (Lei 9.263/96), que criminaliza as esterilizações promovidas sem o consentimento da paciente.

---

concreto tratava-se de uma mulher capaz, tais questionamentos não seriam relevantes. Ao tratarmos do consentimento de maneira genérica, no entanto, é importante lembrar que o exercício da autonomia por parte do paciente está condicionado à sua competência e maturidade para compreender o significado e extensão do consentimento. Em geral, são incapazes de consentir os menores e os portadores de deficiência mental, os quais devem ser regularmente representados. O consentimento do representante legal, aqui, suprirá a ausência de consentimento do juridicamente incapaz. A esse respeito, cf. PIERANGELI, *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 136 e ss.

65. Corte IDH, *caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016, p. 78.

Referências

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Declaração de Helsínquia*. Princípios éticos para investigações médicas envolvendo seres humanos. Helsínquia, 1964. Disponível em: [www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/]. Acesso em: 28.01.2017.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente*. Lisboa, 1981. Disponível em: [www.wma.net/en/30publications/10policies/l4/]. Acesso em: 28.01.2017.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BELING, Ernst. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 44, p. 220-244, 1924.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOCKELMANN, Paul. *Strafrecht des Arztes*. Stuttgart: Georg Thieme Verlag, 1968.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitina: ICPC, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 26.01.2017.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FATEH-MOGHADAM, Bijan. *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*: Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands. München: C. H. Beck, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GÁNDARA VALLEJO, Beatriz de la. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995.

GARCÍA CALDERÓN, Beatriz Escudero. *El consentimiento en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GEERDS, Friedrich. Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 72, n. 1-2, p. 42-92, 1960.

GEERDS, Friedrich. Einwilligung und Einverständnis des Verlezten im Strafrecht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 262-269, 1954.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. *Studia Juridica. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (Vol 1)*, v. 108, p. 643-669, 2017.

GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung*: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

GUÉREZ TRICARICO, Pablo. *El tratamiento médico curativo y su licitud:* el papel del consentimiento del paciente. Navarra: Civitas, 2012.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Arthur. Die eigenmächtige Heilbehandlung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 73, n. 3, p. 341-384, 1961.

KESSLER, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*. Berlin: F. Guttentag, 1884.

LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal v. 1:* el derecho penal – el delito. 5. ed. Bogotá: Temis, 1954.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht:* Besonderer Teil. 5. ed. Karlsruhe: C.F. Müller, 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Paris, 2005. Disponível em: [http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf]. Acesso em: 28.01.2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *I.V. vs. Bolívia*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.]. Acesso em: 25.01.2017.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal*, v. 82, p. 163-204, 2004.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 1.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

REZENDE, Joffre Marcondes De. O juramento de Hipócrates. *À sombra do Plátano*: crônicas de história da medicina, 2009.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht:* Allgemeiner Teil. 5. ed. München: Beck, 2018. v. I.

SCHMIDT, Eberhard. *Der Arzt im Strafrecht*. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1939.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: o exemplo da relevância das conequências extratípicas do delito na aplicação da pena. In: BEDÊ JUNIOR, Americo; CAMPOS, Gabriel Silva de Queirós (Org.). *Sentenca criminal e aplicação da pena:* ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil:* Die Straftat und ihr Aufbau. 47. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil 1:* Straftaten Persönlichkeits– und Gemeinschaftswerte. 39. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Opinião apresentada para instruir a ADin 5.097, interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), cujo relator é o Min. Celso de Mello, de Janaina Conceição Paschoal – *RBCCrim* 118/333-341 (DTR\2016\677); e
- Planejamento familiar, de Elias Farah – *RDFas* 2/45-68 (DTR\2014\21398).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\634348.

O *Habeas Corpus* 143.641/SP e a tutela coletiva do *status libertatis:* condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil

Habeas Corpus *143.641/SP and the collective guarantee of the status libertatis: condition of possibility for the humanization of the female prision in Brazil*

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor em Direito Público (2014) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Mestre em Direito Público (2010) pela mesma instituição. Professor pesquisador do programa de pós-graduação – mestrado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Professor dos cursos de graduação em Direito da Unijuí e da Unisinos. Coordenador da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas – REDHIPP. Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (certificado pelo CNPq). Editor-chefe da *Revista Direitos Humanos e Democracia*, vinculada ao PPGD Unijuí.
madwermuth@gmail.com

Joice Graciele Nielsson

Doutora em Direito Público (2016) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Mestre em Desenvolvimento (2012) pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Professora pesquisadora do programa de pós-graduação – mestrado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Professora do curso de graduação em Direito da Unijuí. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (certificado pelo CNPq).
joice.gn@gmail.com

Recebido em: 28.03.2018
Aprovado em: 28.09.2018
Última versão dos autores: 26.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Partindo da violência que histórica e reiteradamente tem sido perpetrada contra mulheres no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, e considerando o recente julgamento,

Abstract: Based on the historical and repeated violence perpetrated against women within the Brazilian penitentiary system, and considering the recent Supreme Court judgment of *Habeas*

Dezordi Wermuth, Maiquel Ângelo; Nielsson, Joice Graciele. O *Habeas Corpus* 143.641/SP e a tutela coletiva do *status libertatis:* condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152. ano 27. p. 89-115. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

pelo Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* 143.641/SP, impetrado coletivamente em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema carcerário brasileiro que ostentem condição de gestantes, de puérperas ou de mães com filhos de até 12 anos sob sua responsabilidade e das próprias crianças, o artigo parte do seguinte problema de pesquisa: em que medida a tutela coletiva da liberdade, por meio da impetração de *Habeas Corpus* multitudinário, significa um importante passo rumo à humanização do cárcere feminino no Brasil, evidenciando uma relação profícua com a jurisprudência produzida no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos? Os objetivos do texto, espelhados na sua estrutura, são: a) perquirir os limites e possibilidades do *Habeas Corpus* coletivo à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do Processo Penal a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos; b) analisar criticamente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 143.641/SP, apresentando a figura do *Habeas Corpus* coletivo, *in casu*, como condição de possibilidade para humanizar o cárcere feminino no país. A metodologia empregada é a do estudo de caso.

Palavras-chave: Execução penal – Sistema carcerário – Direitos humanos – Mulheres – *Habeas corpus* coletivo.

Corpus 143.641/SP, filed collectively in favor of all women submitted to prisoners or mothers with children up to 12 years of age under their responsibility and of the children themselves, the article starts with the following research problem: to what extent does the collective tutelage of liberty, through the impetration of a collective habeas corpus, mean an important step towards the humanization of the female prison in Brazil, evidencing a fruitful relationship with the jurisprudence produced within the framework of the Inter-American System of Human Rights? The objectives of the text, mirrored in its structure, are: a) to explore the limits and possibilities of the collective Habeas Corpus in the Brazilian legal system and the conventional reading of the Criminal Procedure based on International Human Rights Law; b) critically analyze the decision handed down by the Federal Supreme Court in the judgment of *Habeas Corpus* 143.641/SP, presenting the *Habeas Corpus* collective, *in casu*, as a condition of humanizing the female prison in the country. The methodology used is that of the case study.

Keywords: Criminal enforcement – Prison system – Human rights – Women – Collective *habeas corpus*.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A tutela coletiva do *status libertatis*: limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do processo penal. 3. O *Habeas Corpus* 143.361/SP como condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil. 4. Considerações finais. Referências

A liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.
(SILVA, 2010, p. 232).

1. Considerações iniciais

Caso 1: Em 11 de outubro de 2015, na Penitenciária Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, uma presidiária que se encontrava em regime de isolamento deu à luz, sozinha, ao filho. Mesmo em face dos gritos e dos pedidos de ajuda de presas que estavam em uma cela vizinha, a mulher somente foi socorrida após o parto, quando saiu da sala de isolamento com o filho no colo, ainda ligado a ela pelo cordão umbilical. Após ser atendida em um hospital público, a detenta retornou à solitária, sendo a criança encaminhada para um abrigo, mesmo dispondo a penitenciária de Unidade Materno Infantil (UMI)[1].

Caso 2: Jéssica Monteiro, de 24 anos, deu à luz ao segundo filho em um hospital público de São Paulo no dia 11 de fevereiro de 2018. Após o parto, a mãe passou a dividir com o recém-nascido uma cela de apenas dois metros quadrados na carceragem do 8º DP, onde dormia em uma espuma, no chão, antes de ser transferida para a Penitenciária Feminina de Santana, na zona norte da capital paulista. Presa no dia 10 de fevereiro na posse de 27 papelotes de maconha (aproximadamente 90g), Jéssica teve o flagrante convertido em prisão cautelar em audiência de custódia. O juiz que determinou a prisão entendeu que ela apresentava "acentuada periculosidade". O parto de Henrico aconteceu horas depois da audiência de custódia. A soltura de Jéssica para cumprimento de prisão domiciliar aconteceu apenas no dia 16 de fevereiro, mediante concessão de ordem de *Habeas Corpus* pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[2].

Estes dois casos – que repercutiram bastante nas redes sociais – são emblemáticos para ilustrar, pela sua dramaticidade, a violência que histórica e reiteradamente tem sido perpetrada contra mulheres gestantes, mães e crianças no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Se o cárcere masculino, no Brasil, é marcado por condições hobbesianas de sobrevivência – que levaram, inclusive, ao reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da liminar no âmbito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (BRASIL, 2015) –, o feminino, particularmente em relação às gestantes, parturientes, mães e crianças, revela-se ainda pior, dadas as suas especificidades e a peculiar condição de vulnerabilidade desse público.

1. Notícia sobre o caso encontra-se disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/presa-gravida-da-luz-em-solitaria-de-presidio-no-rio]. Acesso em: 25.03.2018.
2. Notícia sobre o caso encontra-se disponível em: [https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/16/o-que-a-prisao-de-uma-gestante-com-40g-de-maconha-revela-sobre-o-sistema-carcerario-brasileiro.htm]. Acesso em: 25.03.2018.

Essa realidade já foi sobejamente detalhada nas obras de Varella (2017) e Queiroz (2015) e se encontra também evidenciada nos dados levantados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e pelo Departamento Penitenciário Nacional no âmbito do relatório intitulado "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias", cujos números apresentaram sinais alarmantes da completa falência do sistema carcerário brasileiro e confirmaram as situações fáticas de superlotação nas celas, demonstrando a desproporcionalidade entre presos e a quantidade de vagas. Em termos gerais, a população carcerária quantificada até o ano de 2016 alcança a soma de 726.712 presos, enquanto o número de vagas disponíveis é de 368.049, o que significa um *déficit* de 358.663 vagas e uma taxa de ocupação de 197,4%. O relatório também demonstra que, do total de pessoas privadas de liberdade, 40% ainda estão sem condenação, ou seja, praticamente a metade dos presos brasileiros está retirada cautelarmente do convívio social (INFOPEN, 2017).

No que diz respeito ao encarceramento de mulheres, o relatório "INFOPEN Mulheres" divulgou que, até junho de 2016 havia um total de 42.355 mulheres segregadas, dentro de um sistema preparado para receber apenas 27.029 mulheres, totalizando uma taxa de aprisionamento de 40,6 por 100 mil mulheres (INFOPEN MULHERES, 2018). Com relação a esse contingente de mulheres presas, segundo o INFOPEN, 45% destas ainda não haviam sido julgadas, 74% delas têm um filho ou mais, 536 eram gestantes e 350 lactantes, presas majoritariamente (62%) pelo crime de tráfico. Na época da pesquisa, haviam 1.111 filhos (de 0 a 4 anos) presentes nos estabelecimentos penais do país. (INFOPEN Mulheres, 2018).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 143.641/SP, impetrado coletivamente em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema carcerário brasileiro que ostentem condição de gestantes, de puérperas ou de mães com filhos de até 12 anos sob sua responsabilidade e das próprias crianças, concedeu a ordem, reconhecendo o cabimento do *writ* multitudinário. Referida decisão gerou controvérsias no cenário jurídico-penal brasileiro acerca da idoneidade do remédio constitucional para fazer frente à tutela coletiva do *status libertatis*.

Nesse sentido é que se coloca o problema de pesquisa que orienta o presente artigo – construído a partir da metodologia do estudo de caso (LLEWELLYN; NORTHCOTT, 2007; YIN, 2005) –, o qual pode ser sintetizado na seguinte questão: em que medida a tutela coletiva do *status libertatis*, por meio da impetração de *Habeas Corpus* multitudinário, significa um importante passo rumo à humanização do cárcere feminino no Brasil, evidenciando uma relação profícua com a jurisprudência produzida no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Os objetivos do texto, espelhados na sua estrutura, residem, em um primeiro momento, em perquirir os limites e possibilidades do *Habeas Corpus* coletivo à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do Processo Penal a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos para, na sequência, analisar criticamente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 143.641/SP, apresentando a figura do *Habeas Corpus* coletivo, *in casu*, como condição de possibilidade para – a partir da leitura constitucional e convencional do processo penal – humanizar o cárcere feminino no país, notadamente no que se refere à situação das mulheres gestantes, puérperas e mães, e seus respectivos filhos menores de 12 anos.

2. A tutela coletiva do *status libertatis:* limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do processo penal

Nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, conceder-se-á *Habeas Corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder." Trata-se, na visão de Paulo Bonavides (2004, p. 71), de "afamado instituto de origem inglesa" que, no Brasil, teve "uma aplicação larga e peculiar", de modo a se converter, "na história constitucional da República de 1891 em recurso medular de salvaguarda das liberdades individuais contra o arbítrio dos poderes políticos, sobretudo durante as fases mais obscurantes de repressão e atentados ao espírito da Constituição." Nesse sentido é, justamente, a lição de Rui Barbosa (1978, p. 173) no sentido de que o *Habeas Corpus* "não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal", mas "se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade."

Com efeito, como recorda Geraldo Prado (2015, s.p.), no Brasil, desde a incipiente República, é que se fala na possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* coletivo. O autor (2015, s.p.) recorda que, no Brasil, "à luz do art. 340 do Código de Processo Criminal do Império, e depois do advento das leis que proscreveram o tráfico de escravos e promulgaram o 'ventre livre'" o *habeas corpus* coletivo, "que integrava uma das muitas formas das chamadas ações de liberdade", era utilizado para "a proteção de negros 'suspeitos', que perambulavam pela cidade do Rio de Janeiro, sem cometer crime algum."

Em sua clássica obra sobre o tema, Manoel Godofredo d'Alencastro Autran (1879, p. 11), ao abordar o assunto da "amplitude do *habeas corpus*", refere que o instituto pode ser impetrado em favor de paciente de violência "collectivo ou

singular", sendo que "quer n'um, quer n'outro caso lhe é indisputável o direito de usar do *habeas-corpus*." Em curiosa remissão a questões de gênero, o autor ainda destaca que, "pela disposição genérica da palavra – cidadão – se comprehende que a mulher pode, nos termos da lei, requerer *habeas-corpus* tanto para si, como para seo marido."

Como se infere do dispositivo constitucional em sua redação atual, o legislador não estabeleceu nenhuma distinção entre o paciente individual e coletivo ao positivar a garantia do *Habeas Corpus*, limitando-se à utilização da expressão genérica "alguém"[3]. No entendimento de Gidi (2007, p. 79), "para que uma ação seja cabível na forma coletiva, é preciso que a situação do caso concreto permita uma decisão unitária da lide". Isso significa que devem existir "questões de fato ou de direito comuns aos membros do grupo (*common questions)*, colocando todos em uma situação semelhante (*similarly situated*)" (GIDI, 2007, p. 79).

Nada impede, portanto, a impetração de *Habeas Corpus* coletivo quando esta é feita em benefício de grupos de indivíduos que se encontram em uma situação fática e jurídica similar. Deve-se, nesses casos, "avaliar a plausibilidade da existência do coletivo, ainda que informal". Isso significa, em termos práticos, que "o que deve ser 'determinado' [...] é a 'coletividade' e não seus membros [...] e a plausibilidade dessa determinação da coletividade resulta da plausibilidade da própria ameaça à liberdade de locomoção dos membros da mencionada coletividade." (PRADO, 2015, s.p.). Trata-se, nas palavras de Lordelo (2018), de observar, como em qualquer outra ação coletiva, se há "uma adequada delimitação do grupo favorecido, por meio da especificação da questão comum (o que os americanos chamam de *commonality*)."

Com efeito, a tutela coletiva de direitos evidencia-se enquanto condição de possibilidade para superar as barreiras que são opostas ao acesso à justiça de uma coletividade que, na clássica visão de Cappelletti e Garth (1988, p. 27), envolve pessoas que "podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum." No Brasil, país no qual as desigualdades sociais impedem o acesso de grandes contingentes populacionais à justiça, a tutela coletiva de direitos representa, efetivamente, a possibilidade de que determinados indivíduos sejam beneficiados pela prestação jurisdicional sem que tenham de assumir o ônus de recorrer, individualmente, à intervenção do Poder Judiciário.

3. Este é o entendimento de Faccini Netto (apud GALLI, 2018): "Se a Constituição e o Código de Processo não limitam, nestes termos, o instituto, parece idônea a interpretação de que, dadas as mesmas circunstâncias fáticas, admite-o em benefício de um grupo mais amplo de pessoas".

Nesse sentido, além de representarem um importante mecanismo de descongestionamento do sistema judiciário, as demandas coletivas também evidenciam uma maior preocupação com a ideia de isonomia entre os jurisdicionados. Isso porque, "a um vasto contingente de ações [individuais] corresponderia um elevado número de decisões, capazes de oferecer soluções contraditórias a um mesmo problema", de modo que, em situações tais, "o recurso ao Judiciário pode se converter em verdadeira loteria, em que a maior ou menor sorte do litigante é determinada no momento da distribuição da ação." (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 5).

Do mesmo modo, como assevera Prado (2015), no campo processual penal, a lei autoriza, tanto no que diz respeito aos requisitos da denúncia (art. 41, CPP), quanto no que se refere à citação editalícia (art. 352, III, CPP), que, nas hipóteses em que não se dispõe do nome completo do acusado, sejam indicados os seus "sinais característicos" a fim de que possa ser formalmente acusado. Nesse sentido, o autor refere, como exemplo dessa indeterminação, a expedição, pelo juiz da 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, nos autos da Medida Cautelar de Busca e Apreensão autuada sob o n. 0101343-46.2014.8.19.0001, de mandado de busca e apreensão genérico, que foi endereçado, indistintamente, às residências do Complexo da Maré. A partir desta ilação, a impetração de *Habeas Corpus* em favor de uma coletividade também se mostraria adequada em homenagem ao princípio da paridade de armas no processo penal. Afinal,

> se é possível reprimir coletivamente, isto é, valendo-se as forças de segurança de dispositivos que não as obrigam a individualizar e nomear as pessoas e os bens fundamentais (domicílio, parcela vital do patrimônio pessoal etc.) que são afetados pelas ações repressivas, exigir-se sempre, em qualquer caso, a determinação dos afetados resultaria em uma diabólica inversão de ônus. (PRADO, 2015, s.p.).

Efetivamente, no que diz respeito à tutela coletiva do *status libertatis*, deve-se considerar que tal direito, em determinadas situações, pode ser ameaçado ou cerceado em relação a um número indeterminado de pessoas. A jurisprudência brasileira já possui precedentes em relação ao tema. Por exemplo, no *Habeas Corpus* 142.513/ES, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu pela concessão da ordem coletiva aos prisioneiros que estavam cumprindo pena em contêineres, substituindo-se a pena por prisão domiciliar[4]. Já no *Habeas Corpus* 207.720/SP, o

4. "Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais). 1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de

STJ concedeu a ordem coletiva às crianças e adolescentes de Cajuru-SP, atingidas pela determinação de "toque de recolher" instituído por portaria da Vara da Infância e da Juventude da Comarca[5].

manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. *Habeas corpus* deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições. (STJ – HC 142513 ES 2009/0141063-4, rel. Min. Nilson Naves, j. 23.03.2010, 6ª T., *DJe* 10.05.2010)."

5. "Estatuto da Criança e do Adolescente. *Habeas corpus*. Toque de recolher. Superveniência do julgamento do mérito. Superação da Súmula 691/STF. Norma de caráter genérico e abstrato. Ilegalidade. Ordem concedida. 1. Trata-se de *Habeas Corpus* Coletivo 'em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP' contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2. Narra-se que a Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru editou a Portaria 01/2011, que criaria um 'toque de recolher', correspondente à determinação de recolhimento, nas ruas, de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as [*sic*] 23 horas, b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas. A mencionada portaria também determina o recolhimento dos menores que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo álcool ou estejam na presença de adultos que estejam usando entorpecentes. 3. O primeiro HC, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi rejeitado pelo mérito. 4. Preliminarmente, 'o óbice da Súmula 691 do STF resta superado se comprovada a superveniência de julgamento do mérito do *habeas corpus* originário e o acórdão proferido contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator [...]' (HC 144.104/SP, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 02.08.2010; cfr. Ainda HC 68.706/MS, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 17.08.2009 e HC 103.742/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 07.12.2009). 5. No mérito, o exame dos consideranda da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressa a partir do 'número de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismos e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes'. 6. A despeito das legítimas preocupações da autoridade coatora com as contribuições necessárias do Poder Judiciário para a garantia de dignidade, de proteção integral e de direitos fundamentais da criança e do adolescente, é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobrea

Os casos mencionados evidenciam, como ressaltam Sarmento, Borges e Gomes (2015, p. 7-8), a importância da tutela coletiva do *status libertatis* em um país como o Brasil, no qual "o braço penal do Estado tem uma clientela bem definida, dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas e concentrando sua atuação repressiva sobre os socialmente marginalizados."[6] Nesse sentido, afigura-se inegável

> que a defesa coletiva da liberdade de ir e vir, por meio da impetração de *habeas corpus* coletivo, se insere na tendência contemporânea de coletivização da tutela de direitos, não havendo qualquer característica no referido *writ* que desautorize essa conclusão. Muito pelo contrário, a especial desproteção de grupos vulneráveis em matéria penal e a fundamentalidade do direito ao *status libertatis* apontam para a importância de reconhecimento do *habeas corpus* coletivo. (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 11).

A possibilidade de tutela coletiva do *status libertatis* pela via do *Habeas Corpus* também se mostra possível a partir de uma leitura convencional do processo penal[7] brasileiro. Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada no Brasil por meio do Decreto 678/1992, estabelece, eu seu art. 25, apartado 1, que

---

matéria. 7. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. 'Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas' (REsp 1046350/RJ, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 24.09.2009). 8. *Habeas Corpus* concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru. (STJ – HC 207720 SP 2011/0119686-3, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.12.2011, 2ª T., *DJe* 23.02.2012)."

6. No mesmo sentido, salienta Sousa Filho (2017) que "a seletividade do sistema penal – potencializada em países que sofrem de grande desigualdade social – torna ainda mais importante a existência de mecanismos de tutela coletiva de direitos fundamentais no campo penal, uma vez que a grande maioria dos clientes das agências punitivas não possui plenas condições de acesso ao Poder Judiciário. A possibilidade de enfrentar a violação a qualquer direito fundamental por meio de uma decisão dotada de eficácia expansiva constitui verdadeira exigência de respeito à dignidade das pessoas apenadas pelo Estado e à isonomia, pois garante que as decisões judiciais promovam a concretização desses direitos de modo uniforme, sem exclusão daqueles que não puderam individualmente pedir providências ao Poder Judiciário."
7. O controle de convencionalidade refere-se ao processo de "compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país." (MAZZUOLI, 2009, p. 113).

> toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (BRASIL, 1992).

Em interpretação deste dispositivo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH) já decidiu que a "determinação de supostas vítimas e seus familiares tem sido ampla, e se ajusta às circunstâncias de cada caso." Referida interpretação foi tomada por ocasião do julgamento do Caso Presídio Miguel Castro *versus* Peru, em sentença datada de 25 de novembro de 2006, na qual também se consignou que, nas ocasiões em que não é possível a individuação das vítimas, a Corte-IDH considera enquanto tais "pessoas que não foram citadas como tal na demanda, desde que o direito de defesa das partes tivesse sido respeitado e as supostas vítimas guardassem relação com os fatos objeto do caso e com a prova apresentada perante a Corte" (CORTE-IDH, 2006).

Referido entendimento já havia sido manifestado na sentença datada de 22 de setembro de 2006, quando a Corte-IDH julgou o Caso Goiburú e outros *versus* Paraguai (CORTE-IDH, 2006a). Do mesmo modo, no julgamento do Caso dos Massacres de Ituango *versus* Colômbia, a sentença da Corte-IDH (2006b, p. 135-136) destaca que nas alegações finais apresentadas pela Comissão, levou-se em consideração que "para la determinación de las víctimas de las múltiples violaciones perpetradas a través de la masacres, existían dos dimensiones en el caso, una dimensión colectiva y una dimensión individual", assevarando que "dichas perspectivas deben ser tomadas en cuenta en el momento de dictar las medidas necesarias para garantizar a las víctimas los derechos conculcados".

A perspectiva esposada pela Corte-IDH nos julgamentos acima referidos, nitidamente, aponta para o fato de que "a impossibilidade concreta de imediata determinação de cada um dos indivíduos titulares de direitos fundamentais violados não prejudica o conhecimento e julgamento da causa" (PRADO, 2015, s.p.). Esse entendimento, a partir de uma leitura convencional do processo penal brasileiro, "fixa parâmetro que é adequado ao caso do *habeas corpus*, em especial porque a tutela da liberdade de locomoção reclama sempre a mais ágil e eficaz intervenção protetiva." Ademais, a incorporação de "critérios do sistema interamericano de direitos humanos resulta da evolução de nossas fontes e da maneira como estão articuladas com vistas à implementação do Estado de Direito." (PRADO, 2015, s.p.).

No que diz respeito à concessão de ordem de *Habeas Corpus* coletivo pelos Tribunais domésticos, no cenário latino-americano, a Corte Suprema da Argentina

tem ocupado posição de destaque. O caso Verbitsky configura verdadeiro paradigma sobre o tema. Neste julgado, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* admitiu o *habeas corpus* coletivo impetrado pelo Sr. Horacio Verbitsky – na condição de representante do *Centro de Estudios Legales y Sociales* – em favor de todos aqueles pacientes que se encontravam privados de liberdade em estabelecimentos policiais superlotados na jurisdição da província de Buenos Aires (ARGENTINA, 2005).

De acordo com Sousa Filho (2017), a virtuosa construção jurisprudencial argentina evidencia como o a utilização do *Habeas Corpus* coletivo pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais na seara penal, para além dos casos tradicionais das detenções arbitrárias e/ou sem justa causa. A partir do caso acima referido, violações de direitos como a saúde, segurança, reinserção social, etc., perpetradas pelo Estado argentino, passaram a ser arrostadas por meio do *Habeas Corpus* coletivo.

A partir da jurisprudência argentina, dois requisitos são necessários para que se possa aventar a possibilidade de utilização do *Habeas Corpus* coletivo: primeiramente, deve-se perquirir sobre a existência de identidade do fenômeno ilícito que implica o constrangimento considerado ilegal; em segundo lugar, deve-se constatar a insuficiência dos remédios processuais individualmente estabelecidos para proteger de modo integral o direito de liberdade violado ou colocado em risco de violação (SOUSA FILHO, 2017).

No julgamento do HC 143.641 – objeto de análise no presente estudo – a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), além de ter firmado entendimento, no que tange à legitimidade ativa do *Habeas Corpus* coletivo, de que se aplica, por analogia, o art. 12 da Lei 13.300/2016 (que dispõe acerca do processo e do julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo[8]), utilizou-se de vários

8. Dispõe o art. 12 da Lei citada: "Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

dos argumentos até aqui analisados em favor do cabimento do *writ* multitudinário. Na sequência, serão analisados os fundamentos desta decisão específica, a fim de demonstrar, dentro dos objetivos gerais deste artigo, que o manejo coletivo de *Habeas Corpus* pode se afigurar – ao lado de outras medidas que têm sido adotadas no país como, por exemplo, as audiências de custódia, na esteira da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (2015) – como condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil, face às condições já elencadas nas considerações iniciais.

3. O *Habeas Corpus* 143.361/SP como condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil

O julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641/SP pelo STF foi um dos casos que mais atraiu a atenção no cenário jurídico do País no início de 2018 – particularmente após a repercussão que o caso de Jéssica Monteiro (caso 2, referido nas considerações iniciais) gerou nas redes sociais. A ação foi impetrada no STF em benefício de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos, submetidas à prisão cautelar no sistema carcerário brasileiro, e das próprias crianças.

A ordem coletiva de *Habeas Corpus* Coletivo foi concedida pela 2ª Turma do STF, no dia 20 de fevereiro de 2018, a partir da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2018), que levou em consideração, na concessão do *writ*, entre outros, os seguintes argumentos, já abordados na primeira parte do presente estudo:

a) a massificação de relações sociais que passam a exigir proteção jurídica coletiva aos direitos de grupos vulnerabilizados;

b) a doutrina brasileira do *Habeas Corpus* que, na esteira de Rui Barbosa, conferiu ao instituto maior elasticidade/amplitude;

c) o congestionamento de demandas no Poder Judiciário brasileiro, a exigir o prestígio, pelo STF, de remédios processuais de cariz coletivo que confiram efetividade ao princípio do acesso à justiça e da razoável duração do processo;

d) a prova, nos autos, da existência de situação estrutural de violação de direitos básicos de mulheres grávidas e mães de crianças no âmbito carcerário brasileiro, a exemplo da ausência de tratamento médico pré-natal e pós-parto, bem como a inexistência de berçários e creches;

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria." (BRASIL, 2016).

e) a existência, no País, de uma "cultura do encarceramento", evidenciada pela imposição massiva de prisões provisórias a mulheres socialmente vulneráveis;

f) a incidência, no âmbito interno, de normas oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esses fatores – entre outros de caráter dogmático que fogem à presente análise – levaram à concessão da ordem de *Habeas Corpus* coletivo para, nos termos da ementa do julgado,

> determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. (BRASIL, 2018).

Da análise do julgado, observa-se a reiteração, por parte dos Ministros, do reconhecimento do chamado "estado de coisas inconstitucional" no qual se encontra o sistema prisional brasileiro, estruturalmente produtor de violação dos direitos humanos dos encarcerados (WERMUTH, NIELSSON, 2017) e, mais ainda, em razão das suas peculiaridades, das mulheres gestantes e mães encarceradas e seus respectivos filhos. Este estado de coisas inconstitucional, na leitura do Ministro, é fruto da "cultura do encarceramento" que grassa no meio jurídico brasileiro e que se evidencia, "seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, [...] seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal", que tem resultado em "situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças." (BRASIL, 2018, p. 9).

Neste contexto, o *Habeas Corpus* sob análise representa um passo relevante para o processo de humanização do cárcere feminino no Brasil. Cumpre salientar, a propósito, que este processo não é algo recente, mas que vem se desenvolvendo paulatinamente, no bojo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente na última década. A influência da jurisprudência criada no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), nesse sentido, tem se mostrado de crucial relevância – a exemplo, principalmente, dos casos envolvendo a situação do Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA e do Presídio Central de Porto Alegre/RS (WERMUTH; NIELSSON, 2017). Ocorre que, na

contemporaneidade, muitos destes avanços têm esbarrado na cultura punitivista destacada pelo Ministro Lewandowski, alicerçada na lógica de que as garantias penais e processuais penais representam verdadeiros "entraves" à atuação eficiente do braço armado do Estado (WERMUTH, 2018).

Conforme salientam Ventura et al (2015), as alterações legislativas pelas quais passaram a Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984 (LEP) – e o CPP, respectivamente, nos anos de 2009 e 2011, foram responsáveis, no primeiro caso, pela nova redação aos artigos 14, § 3º, 83 e 89 para assegurar às mães presas, aos recém-nascidos e às crianças condições mínimas de assistência, além de garantir que as penitenciárias destinadas às mulheres fossem dotadas de seção para gestante e parturiente, e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos; no segundo caso, destaca-se a inserção, no artigo 318, da previsão de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou em casos de alto risco, e de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência. Essas medidas representam importantes avanços normativos a respeito do tema, mas que têm produzido pouco impacto prático – como evidenciam os dados do Infopen (2017; 2018) referidos na introdução.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990 (ECA) –, modificado pela Lei 12.962/14 (denominada "Lei de Convivência Familiar"), dispõe acerca da impossibilidade da perda do poder familiar pela condenação criminal, exceto no caso de condenação por crime doloso sujeito à reclusão contra o próprio filho, garantindo o direito à convivência familiar e à assistência social (SIMAS, 2015, p. 549). No mesmo sentido, o denominado "Estatuto da Primeira Infância" (Lei 13.257/16) garantiu a "possibilidade" de prisão domiciliar a mulheres grávidas ou com crianças de até 12 anos.

Além da legislação doméstica favorável, o Brasil é signatário de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Participa ativamente da implementação dos planos resultantes da Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), no Cairo (ONU, 1994), que tratou das questões de direitos e saúde reprodutiva e das famílias, incluindo a população carcerária, bem como das Regras de Bangkok, das Nações Unidas, para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (ONU, 2010).

No entanto, conforme sintetiza Braga (2015, p. 531), "longe da soberania da lei, o chão da prisão é feito de violações de direitos, que caracterizam o passado e o presente do sistema prisional brasileiro e se acentuam em relação às mulheres encarceradas." Há, desta forma, um *déficit* histórico em relação ao planejamento e à execução de políticas públicas voltadas ao coletivo feminino nas prisões, uma

vez que a maioria das políticas penitenciárias foi pensada para a população majoritária, qual seja, a masculina. Em razão deste cenário, ainda hoje, milhares de mulheres vivem gestações, partos e maternidades precárias, e seus filhos formam parcela invisível (FALCADE, 2016) da população prisional – como nos casos ilustrados nas considerações iniciais do presente estudo, emblemáticos, pela sua dramaticidade, para ilustrar o contexto ora delineado. Conforme Braga (2015, p. 532), "o reconhecimento de direitos pelo sistema de justiça não significa a conquista da mulher enquanto atriz política nesse cenário" mas, pelo contrário, evidencia que o sistema, quando provocado, "responde fixando a mulher como sujeita-vítima, menosprezando sua agência, seu poder, sua autonomia, pervertendo sutilmente os ideais de emancipação e empoderamento que motivaram a luta feminista por reconhecimento de direitos."

Isso é o que fartamente demonstram pesquisas jurisprudenciais realizadas em variados âmbitos do Poder Judiciário pátrio no que tange à aplicação de tais legislações. Em estudo realizado por Braga e Franklin (2016) no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, acerca de decisões a respeito da concessão de prisão domiciliar de grávidas e mães após a já referida reforma do art. 318 do CPP, em 2011, levou as autoras a concluírem que – embora um dos efeitos esperados quando da mudança fosse a redução do número de presos preventivos, além de ampliar as possibilidades de conversão em prisão domiciliar, no caso específico das mulheres, especialmente grávidas – o impacto da legislação não se evidencia na realidade fática em virtude de vários fatores. Destacam, no entanto, que "a discriminação negativa que incide sobre o gênero feminino, fazendo com que as figuras de 'mãe' e 'criminosa' sejam socialmente irreconciliáveis são aspectos centrais para entender as causas da não concessão da prisão domiciliar como forma de possibilitar uma maternidade sadia a estas mulheres." (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 349).

Segundo as autoras (2016, p. 371), a análise dos acórdãos permitiu observar como o exercício de direitos ligados à maternidade das mulheres em situação prisional é obstaculizado e negligenciado pelos chamados "operadores do direito", os quais, "ao colocarem a pretensão punitiva no primeiro plano, provocam violações a direitos maternos garantidos pela legislação às mulheres presas" Deste modo, pode-se concluir que "a mulher selecionada pelas instâncias de controle formal possui, de forma geral [...] uma maternidade subalterna em relação às outras mulheres", razão pela qual se considera que elas integram a "base da pirâmide reprodutiva hierárquica, tendo o comprometimento de seus direitos humanos pelo sistema de justiça criminal." (BRAGA, FRANKLIN, 2016, p. 371).

No mesmo sentido, pesquisa multidisciplinar realizada por Simas et al (2015), no âmbito do macroprojeto "Saúde Materno-Infantil nas Prisões do Brasil",

desenvolvido pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP), da Fiocruz, com abrangência nacional, averiguou a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios a respeito do tema entre os anos de 2002 a 2012, evidenciando uma "invisibilidade da questão", que poderia ser explicada "pelo menor percentual de mulheres no universo prisional, pelo preconceito referente à garantia dos direitos das presas ou por dificuldades de efetivo acesso à Justiça, que envolvem motivações e acessibilidade das próprias presas à Defensoria Pública, aos advogados e ao Ministério Público." (SIMAS et al, 2015, p. 555).

Segundo as autoras, durante o período, o STF proferiu somente 12 decisões que discutiram filhos(as), amamentação, prisão domiciliar e maternidade, correlacionadas à situação da presa. Todas elas são decisões monocráticas, emanadas do próprio relator, o que evidencia que a questão nem sequer chegou a ser debatida pelo plenário das Turmas do STF, a exceção de um único caso. Neste sentido,

> oito dos processos identificados no âmbito do STF (66,6% do total) foram negados – cinco deles diretamente pelo Ministro Luiz Fux –, e um restou prejudicado pela absolvição da presa. Todos os pedidos diziam respeito a benefícios no processo penal, e a maioria era de prisão domiciliar (total de seis pedidos principais, que equivaleu a 50% do universo pesquisado); outras três solicitações de liberdade provisória; um pedido de fixação do regime inicial aberto com substituição da pena privativa de liberdade; um de revogação de prisão cautelar; e um de saída para estudo. Este último também foi negado, fazendo-se referência a um benefício de prisão domiciliar concedido anteriormente para que a presa cuidasse do filho com doença psiquiátrica. Para esse entendimento, o fato de estar sujeita à prisão domiciliar para cuidar do filho impediria a presa de sair para estudo, mesmo tendo passado no vestibular (HC 112385, rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática em 12.03.2012). (SIMAS et al, 2015, p. 556).

A situação também não é muito diferente no STJ, no qual foram proferidas apenas cinco decisões sobre o tema pesquisado, nos dez anos analisados. Todas foram emanadas de órgãos colegiados criminais e diziam respeito a pedidos de prisão domiciliar, sendo três negados e dois aceitos. Com base nos resultados da pesquisa, as autoras (2015, p. 557) sintetizam que, "majoritariamente, a jurisprudência dos tribunais caminhou no sentido de reafirmar o discurso da segurança e manutenção da ordem em face do direito indisponível e irrenunciável da criança à alimentação, à saúde e à convivência com sua mãe", tendo como fundamento o caráter de hediondez associado ao delito (de tráfico), que prevalece como maior valor ponderado.

No voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski no âmbito do *Habeas Corpus* 143.641/SP, tais fatos foram ponderados, justificando o próprio acolhimento

do *writ* por parte do STF, uma vez que, com a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, a qual alterou o CPP para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário vem sendo provocado a decidir sobre a substituição daquela por esta, nos casos especificados pela Lei, porém, em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido. Segundo o Ministro,

> por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, e ainda diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (v.g., veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022), não há como deixar de reconhecer, segundo penso, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento deste *writ*, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria. (BRASIL, 2018, p. 15).

Isto porque, conforme a prática judiciária cotidiana brasileira demonstra, sintetiza Braga (2015, p. 529), "a categoria 'criminosa' basta para deslegitimar a presa como boa mãe", levando o sistema de justiça a blindar muitas das possibilidades de exercício da maternidade por mulheres processadas ou condenadas, mesmo que estas sejam possibilidades legalmente garantidas. Agindo desta forma, os magistrados brasileiros "não levam em conta o contexto específico daquela mulher, tampouco a existência de formas de família e organizações de gêneros distintas da tradicional família nuclear, biparental e heterossexual" (2015, p. 529).

Dessa forma,

> acentua-se o ciclo da violência institucional, pois, quando um pedido de liberdade provisória ou prisão domiciliar para a mãe permanecer com o filho que necessita de seus cuidados é negado em função da natureza da condenação pelo crime de tráfico, apenas se retroalimentam as consequências nefastas do encarceramento para a família. (SIMAS, et al, 2015, p. 567).

E estas consequências são, de fato, nefastas, como reconheceu o próprio Min. Lewandowski (BRASIL, 2018, p. 15), em seu voto, ao afirmar que, o que se verifica, no chão da prisão,

> é a duríssima – e fragorosamente inconstitucional – realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado

> pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI. (BRASIL, 2018, p. 15).

Apesar do discurso judiciário, no mais das vezes, fazer uso de diversos argumentos – que vão desde a hediondez do crime de tráfico de drogas, ou mesmo do discurso da ressocialização ou da própria retórica da garantia de direitos dos presos, inclusive das mães, já garantidos pela legislação –, é possível concluir que o cárcere concretiza uma dupla discriminação da mulher: por ser mulher e presa, e tem se perpetuado seu histórico papel de "punir e castigar através do afastamento social." (SIMAS et al, 2015, p. 565). E este cenário é ainda mais grave quando se trata de mulheres, pois, como informam Valente, Cerneka e Baler (2011, s.p.), a falta de políticas públicas que considerem a prisão sob a perspectiva de gênero acaba por gerar uma verdadeira "sobrepena" para as mulheres, advindas da "inadequação estrutural do sistema prisional às necessidades femininas".

O encarceramento feminino impacta de forma brutal a família da presa, na medida em que a prisão não só afeta a mulher, mas todo o seu entorno, especialmente em sociedades nas quais, como a brasileira, a responsabilidade pela administração doméstica e o cuidado com filhos e filhas são atribuídos, em regra, à mulher. A naturalização do cuidado como uma tarefa tipicamente feminina reforça o estereótipo de gênero e pauta a organização familiar de muitas brasileiras, dentro e fora das prisões. E, uma vez que são elas, em geral, as responsáveis pelos cuidados com a casa, com as filhas e filhos, sua prisão impacta de forma imediata, e muitas vezes definitiva, a vida familiar. Para além da discussão a respeito de maternidade e cárcere, o que se impõe é o desafio também de não silenciar novas possibilidades em torno das relações de paternidade, cuidado e prisão, a partir da naturalização do lugar da mulher no cuidado familiar e doméstico.

A perpetuar-se este modelo, a situação de privação de liberdade e, especialmente, as condições de cumprimento de pena da mãe repercutem diretamente nos filhos, seja nos de tenra idade, que permanecem no cárcere, ou nos maiores, que sofrem uma abrupta ruptura e deterioração completa dos laços familiares. Essas crianças, "nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente,

restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças", sintetiza Lewandowski (BRASIL, 2018, p. 28).

Tais situações implicam, segundo Stella (2009, p. 293), questões como a culpabilização sobre o abandono sofrido, abalos na estrutura familiar e a possibilidade do filho desamparado "retroalimentar a carreira do crime". Segundo a autora, o estigma social enfrentado, o papel social da mãe no ambiente familiar, os estereótipos aceitos tradicionalmente sobre masculino e feminino, bem como o próprio conceito de família, são temas a serem considerados quando se discute maternidade no contexto prisional, considerando-se que, "quando o pai é preso, a maioria das crianças continua sendo cuidada pela mãe. Contudo, quando da prisão materna, somente 10% das crianças continuam sendo cuidadas pelos companheiros das mães." (STELLA, 2009, p. 293). Nesse ponto, uma das amarras do encontro entre gênero e direito, ao mesmo tempo que reconhece a mulher em suas peculiaridades, "o faz desde um cenário do patriarcado, reafirmando o seu lugar social. Esse é o limite das conquistas, que, ao não subverterem a ordem de gênero, reafirmam papéis sociais apropriados". (BRAGA, 2015, p. 533).

Do encontro entre maternidade e prisão (precária) várias são as consequências. Produz-se, inicialmente, a hipermaternidade, isto é, o exercício da maternidade superdimensionado, na medida em que, geralmente, é a única atividade das mães presas e, ainda, concentrada em um espaço físico controlado e reduzido. Passados em média seis meses de convívio 24 horas com o bebê, tem-se a hipomaternidade, ou seja, o momento no qual a mãe passa a ter contato reduzido ou nulo com suas filhas e filhos. De forma geral, a transição é feita de forma brusca e descuidada, causando forte impacto nas pessoas envolvidas, instituindo o paradoxo da hiper e da hipomaternidade, acentuado por Braga e Angotti (2015).

Conforme descrito por Armelin (2010, p. 12), as crianças que iniciam a vida no alojamento conjunto de uma prisão, sendo privadas de conviver na sociedade livre, encontram-se em uma situação peculiar, dentro de uma instituição total, pois "a privação pela qual a criança passa deixa evidente a discrepância no desenvolvimento entre uma criança 'livre' e uma criança que vive atrás dos muros de uma penitenciária", que acaba não conseguindo ter uma convivência normal com sua genitora e com o mundo à sua volta[9]. Segundo a autora (2010, p. 12-

9. Neste sentido, é o impactante relato trazido por Braga (2015, p. 536): "na mesma entrevista, irmã Adele narra a estória de Luiza [...] nascida na prisão, de mãe e pai presos. Por

13), o ambiente impróprio, que não oferece meios adequados de locomoção nem objetos que possam ser usados em atividades espontâneas, acaba por aprisionar mais as crianças que as próprias mães, tendo em vista que a falta de condições ambientais interfere de maneira negativa no desenvolvimento do filho.

Tratando-se de detentas grávidas e que deram à luz a seus filhos durante o encarceramento, as experiências de gravidez e parto implicam a vivência em prisões insalubres e com sérios riscos à saúde (a exemplo do caso 1, narrado nas considerações iniciais), novamente desconsiderando Tratados Internacionais de proteção de direitos humanos que consideram o cuidado com a saúde maternal como uma das prioridades a serem observadas pelos países no que concerne ao seu compromisso com a promoção de desenvolvimento, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (ODM 5), no sentido de se melhorar a saúde materna, e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS 5), no sentido de se alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Ambos os documentos foram subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas e levados em consideração no voto de Lewandowski no julgamento do *Habeas Corpus* 143.641/SP (BRASIL, 2018, p. 13).

Mais uma vez, ao contrário da previsão constitucional e convencional, o que se depreende da realidade concreta vivenciada no chão da prisão é um cenário de horrores. Conforme destacado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), ao informar dados acerca da "Saúde materno-infantil nas prisões" que evidenciavam a vulnerabilidade social das mães que tiveram filhos na cadeia: 30% delas são chefes de família e 23% tinham famílias chefiadas pelas próprias mães; praticamente metade delas (48%) não tinha concluído o ensino fundamental. O parto na prisão apenas agravou este quadro de vulnerabilidade: embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% tiveram suas famílias avisadas; uma em cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial; 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência, seja verbal ou psicológica, foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos; sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das

volta dos 4 anos, ao deixar a prisão uma noite, de carro, na companhia das religiosas, ela se espanta ao olhar para o céu. Apesar da idade, Luiza era uma menina que não conhecia as estrelas, recolhida na cela todo dia às 17 horas – horário da "tranca" na prisão –, não conhecia o céu à noite, assim como não conhecia cachorro, árvore, carro, homem, rua, e tantas coisas do mundo."

mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. Por fim, apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Em um contexto tal, "a casa e a cria são trazidas para dentro do cárcere, vigiadas, ensinadas, disciplinadas a partir de parâmetros restritos de normalidade de gênero e família" (BRAGA, 2015, p. 528), de tal modo que o entrelaçamento dos universos da prisão e da maternidade produz um exercício da maternidade sacrificial e disciplinar, atendendo ao projeto mais amplo de domesticar o desvio e o desejo feminino, criminal e sexual.

Embora a retórica da garantia de direitos, e a luta pela melhoria nas condições do sistema prisional sejam legítimas e relevantes, é premente considerar, conforme destacou o IPEA (2015, p. 05), que toda a maternidade em situação prisional é vulnerável, e toda gestação neste espaço é de risco, pois está, dentre as menos aceitas do ponto de vista social, uma vez que empreendidas por "infratoras, sobretudo as mulheres que estão presas, já que foram contra a 'dita natureza feminina', ou seja, de pessoa passiva e cuidadora, jamais transgressora." Neste contexto, a defesa de melhores prisões tem o efeito perverso de legitimar maternidades encarceradas. Sob esse argumento, juízas e juízes brasileiros têm preferido manter mulheres e crianças na cadeia, vigiadas, controladas.

Uma melhor possibilidade de exercício da maternidade ocorrerá sempre fora da prisão; se a legislação fosse cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva quanto à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estariam minimizados, uma vez que "a escolha da prisão como resposta quase unívoca do sistema, especialmente para o crime de tráfico, cria paradoxos, os quais seriam evitados caso a gestante ou mãe não estivesse presa". (BRAGA, 2015, p. 539).

É neste marco conceitual que se pode depreender a maior contribuição do *Habeas Corpus* Coletivo analisado neste artigo. Sua ênfase está na liberdade, ou seja, na consideração do fato de que o sistema prisional deve ser utilizado como *ultima ratio,* especialmente em casos de gestação e maternidade, uma vez que as respostas por ele produzidas serão sempre desastrosas e destrutivas para os envolvidos: a mãe e seus filhos. Sem dúvida, o melhor exercício de maternidade é sempre em liberdade, por isso, para se falar em exercício de direito dessas mulheres, há de se falar em uma mudança nos rumos da política criminal. Nesse sentido, o *Habeas Corpus* 143.641/SP já representa um passo significativo, embora não suficiente.

4. Considerações finais

O presente estudo buscava, inicialmente, perquirir os limites e possibilidades do *Habeas Corpus* coletivo à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do Processo Penal a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na sequência, buscou analisar criticamente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 143.641/SP, apresentando a figura do *Habeas Corpus* coletivo, *in casu*, como condição de possibilidade para – a partir da leitura constitucional e convencional do processo penal – humanizar o cárcere feminino no país, notadamente no que se refere à situação das mulheres gestantes, puérperas e mães, e seus respectivos filhos menores de 12 anos.

Neste sentido, partiu da constatação da histórica e reconhecida situação de violência perpetrada contra mulheres gestantes e mães no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Se o cárcere masculino, no Brasil, é marcado por características que levaram ao reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" pelo Supremo Tribunal Federal, o feminino, particularmente em relação às gestantes, parturientes, mães e crianças, revela-se ainda pior, dadas as suas especificidades e a peculiar condição de vulnerabilidade desse público.

Nesse contexto, a condição de ser "mulher" encarcerada gera uma dupla punição, agravada pela gravidez e/ou maternidade exercida neste espaço. Embora tal situação venha sendo alvo de diversas intervenções legislativas nos últimos anos, no bojo de convenções internacionais das quais o Brasil faz parte, restou evidenciado que em grande medida, a cultura punitivista de encarceramento tem sido privilegiada na atuação jurisdicional. No mais das vezes, o enquadramento como "criminosa" tem bastado para deslegitimar a possibilidade de qualquer benefício ou de exercício da gravidez e da maternidade em espaço não prisional.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 143.641/SP, impetrado coletivamente em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema carcerário brasileiro que ostentem condição de gestantes, de puérperas ou de mães com filhos de até 12 anos sob sua responsabilidade e das próprias crianças, concedeu a ordem, reconhecendo o cabimento do *writ* multitudinário, e reiterando, na esteira de outros julgados, a possibilidade da tutela coletiva do *status libertatis*.

Conforme restou demonstrado, a utilização da tutela coletiva por meio de *Habeas Corpus* é possível quando feita em benefício de grupos de indivíduos que se encontram em uma situação fática e jurídica similar. Com efeito, a tutela coletiva de direitos evidencia-se enquanto condição de possibilidade para superar as barreiras que são opostas ao acesso à justiça de uma coletividade, tal como a das mulheres gestantes e

mães presas, que muitas vezes não têm plenas condições para tal. Cabe destacar que a própria jurisprudência brasileira já possui precedentes em relação ao tema.

Além disso, a possibilidade de tutela coletiva do *status libertatis* pela via do *Habeas Corpus* também se mostra possível a partir de uma leitura convencional do processo penal brasileiro. À luz do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, e na jurisprudência da Corte-IDH resta claramente demonstrada a possibilidade da tutela coletiva do *status libertatis*, por meio da impetração de *Habeas Corpus* coletivo.

Mais do que isso, no caso específico de gestantes, parturientes, mães e crianças em situação de prisão, tal instrumento pode sim significar um importante passo rumo à humanização do cárcere feminino no Brasil, especialmente porque ao asseverar a tese de que, embora a melhora das condições do cárcere no Brasil sejam necessárias e defensáveis, neste caso, o melhor exercício da gestação e da maternidade é sempre aquele realizado em liberdade.

Referências

ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Verbitsky, Horacios/habeas corpus, 2005. Disponível em: [www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf]. Acesso em: 22.03.2018.

ARMELIN, Bruna Dal Fiume. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. *Revista da Graduação*, v. 3, n. 2, 2010. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/viewFile/7901/5586]. Acesso em: 20.03.2018.

AUTRAN, Manoel Godofredo d'Alencastro. *Do Habeas Corpus e seo recurso ou compilação das disposições legaes, e decisões do Governo a respeito, em exposição simples e methodica, seguida de um formulário do respectivo processo, e de um índice alphabetico*. Rio de Janeiro: Garnier, 1879. Disponível em: [www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/40968/pdf/40968.pdf]. Acesso em: 19.03.2018.

BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática.* Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana. Petrópolis: Vozes, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, jul.-dez. 2015. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/58121/56586]. Acesso em: 25.03.2018.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é uma prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011. *Revista Quaestio Juris*, v. 09, n. 01, Rio de Janeiro, p. 349-375, 2016. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579]. Acesso em: 19.03.2018.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. O excesso disciplinar: da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. *Revista SUR*, v. 12 n. 22, p. 229-239, 2015. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade_hipomaternidade_carcere_braga.pdf]. Acesso em: 22.03.2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm]. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. HYPERLINK "http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.300-2016?OpenDocument" Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm]. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra:* condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/03/51-Dar-a-luz-na-sombra.pdf]. Acesso em: 23.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641 São Paulo, 2018. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf]. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, 2015. Disponível em: [http://redir.stf.jus.brqpagina-dorpubqpaginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 14 nov. 2017.

CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Jovem, negra e mãe solteira: a dramática situação de quem dá a luz na prisão*. 2017. Disponível em: [www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-emae-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-naprisao&catid=-813:cnj&Itemid=4640]. Acesso em: 20.03.2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213/2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CORTE-IDH. Caso do Presídio Miguel Castro Vs. Peru. *Sentença de 25 de novembro de 2006.* Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7ef9a6d58703704d6c5e9a8a04cb09e9.pdf]. Acesso em: 19.03.2018.

CORTE-IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006a*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf]. Acesso em: 19.03.2018.

CORTE-IDH. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf]. Acesso em: 19.03.2018.

FALCADE, Ires Aparecida (Org.). *Mulheres invisíveis: por entre muros e grades*. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2016.

GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF*. CONJUR, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico]. Acesso em: 19.03.2018.

INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:* atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 13.03.2018.

INFOPEN MULHERES. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Infopen Mulheres. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf]. Acesso em: 20.10.2018.

LLEWELLYN, S.; NORTHCOTT, D. The "singular view" in management case studies qualitative research in organizations and management. *An International Journal,* v. 2, n. 3, p. 194-207, 2007.

LORDELO, João. *O* habeas corpus *coletivo na jurisprudência do STF: comentários ao julgamento do HC n. 143.641, 2018.* Disponível em: [www.joaolordelo.com/single-post/2018/03/03/O-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprud%C3%AAncia-do-STF-coment%C3%A1rios-ao-julgamento-do-HC-n%C2%BA-143641]. Acesso em: 15.03.2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.* Cairo, 1994. Disponível em: [www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf]. Acesso em: 20.03.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Regras de Bangkok*. Regras para o Tratamento de Mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 2010. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf]. Acesso em: 21.03.2018.

PRADO, Geraldo. *Parecer: Habeas Corpus Coletivo impetrado em favor dos "flanelinhas"*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/tag/habeas-corpus-coletivo/]. Acesso em: 08.06.2017.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; Gomes, Camilla. *Parecer: O cabimento do* Habeas Corpus *coletivo na ordem constitucional brasileira.* 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf]. Acesso em: 13.03.2018.

SIMAS, Luciana; VENTURA, Miriam; BAPTISTA, Michelly Ribeiro; LAROUZÉ, Bernard. A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 547-572, jul.-dez. 2015. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/58122/56587]. Acesso em: 25.03.2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 137, p. 287-319, 2017.

STELLA, Claudia. *Filhos de mulheres presas:* o papel materno na socialização dos indivíduos. Estudos e Pesquisas em Psicologia, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306, 2009. Disponível em: [www.revispsi.uerj.br/ v9n2/artigos/pdf/ v9n2a03.pdf]. Acesso em: 25.03.2018.

VALENTE, Rodolfo de Almeida; CERNEKA, Heidi Ann; BALERA, Fernanda Penteado. *Mães encarceradas:* a delicada relação entre os direitos da criança e a lei. São Paulo, 2011. Disponível em: [www.conjur.com.br/ 2011-set-18/ maternidade-prisão-delicada-relacão-entre-direitos-crianca-lei]. Acesso em: 20.03.2018.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

YIN, Robert K. *Estudo de caso:* planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. "Crônica de uma morte anunciada": a instauração do "paradigma do campo" e o colapso do sistema penitenciário brasileiro. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 2, p. 74-97, 2017. Disponível em: [http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/140]. Acesso em: 25.03.2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O "anjo da história" e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 140, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja Também Doutrina

- O encarceramento feminino no brasil e a política legislativa brasileira em face das regras de Bangkok, de Douglas Bonaldi Maranhão e Amanda Mendes Gimene – *RBCCrim* 147/219-249 (DTR\2018\19320);
- Consecuencia de la sanción de privación de libertad en la mujer, de María Rodríguez Peirallo – *RBCCrim* 18/45-52 (DTR\1997\150); e
- O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino, de Camila Damasceno de Andrade – *RBCCrim* 129/69-105 (DTR\2017\394).

A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP

Over punishment: multiple sanctioning in inmates misconduct at São Paulo Court of Appeal Decisions

Maira Rocha Machado

Professora do mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP. Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena.
maira.machado@fgv.br

Patrícia Bocardo Batista Pinto

Especialização em Direito Penal Econômico pelo IBCCrim. Mestranda em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP. Graduada em Direito pela PUC-SP.
patrícia. pinto2017@gvmail.br

Recebido em: 17.07.2018
Aprovado em: 16.11.2018
Última versão das autoras: 04.12.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo deste texto é mapear e discutir a multiplicidade sancionatória diante das faltas graves no regime disciplinar prisional paulista. Para tanto, o texto apresenta uma caracterização desse regime como um "programa jurídico sancionatório" a partir da descrição do quadro normativo vigente na Lei de Execução Penal e no Regimento Interno da Secretaria de Administração Prisional de São Paulo. Em seguida, serão apresentados os resultados quantitativos e qualitativos do estudo de 132 decisões do TJSP em agravos de execução, publicadas entre 2015 e 2017, sobre faltas graves em penitenciárias femininas. Os resultados debatidos aqui atentam, especialmente, ao papel do poder judiciário como revisor das decisões tomadas pela administração prisional e à frequência das sanções impostas por essas autoridades em casos de faltas graves imputadas pela administração prisional.

Abstract: The present paper explores multiple sanctioning regarding inmates misconducts in São Paulo female prisons. Theoretical background allows the authors to describe disciplinary proceedings as a "legal sanctioning program" which includes consequences for misconducts imposed both by prison officers and the judiciary. The empirical research is based on 132 decisions of São Paulo Court of Appeal, from 2015 to 2017, regarding "serious misconduct" in female prisons. Results highlight the limits of the role played by the judiciary as a reviewer of the sanction imposed by prison officers and the frequency of multiple sanctions applied in these cases.

Machado, Maira Rocha; Pinto, Patrícia Bocardo Batista. A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 152. ano 27. p. 117-143. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

Palavras-chave: Execução penal – Falta grave – Regime disciplinar prisional – Pesquisa empírica – Tribunal de Justiça de São Paulo.

Keywords: Incarceration and discipline – Inmate misconduct – Empirical legal research – judicial decisions.

Sumário: 1. Introdução. 2. O regime disciplinar prisional como "programa jurídico sancionatório". 2.1. Normas de comportamento, de processo e de referência. 2.2. Normas de sanção. 3. O Judiciário paulista diante das faltas graves. 3.1. O Judiciário como revisor da decisão da administração prisional. 3.2. As sanções aplicadas pelo TJSP (grupos 1 e 2). 3.2.1. Perda dos dias remidos. 3.2.2. Reinício da contagem do prazo. 3.2.3. Regressão de regime. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A repetição do termo "punição" no título sintetiza o argumento que se buscará desenvolver neste texto: as medidas impostas pelo poder judiciário e pela administração prisional em casos de faltas disciplinares observadas, com ou sem fundamento, como sendo de natureza grave constituem uma forma de punição em sentido estrito, tal qual a pena privativa de liberdade. Ao argumentar pelo caráter sancionatório desse conjunto de medidas, busca-se propor uma forma diferente de ler o arranjo normativo e jurisprudencial no tocante às infrações disciplinares em âmbito prisional.[1]

Nesse campo, como aliás em vários outros, o direito brasileiro mostra-se profundamente marcado pela departamentalização do saber jurídico[2]. Uma das implicações mais visíveis desse modo de organizar as esferas jurídicas é a atribuição de competência a diferentes atores, posicionados nas esferas civil, penal e administrativa, para reconhecer a prática de atos ilícitos, iniciar procedimentos e impor consequências jurídicas sancionatórias àqueles atos. Essa possibilidade – amplamente aceita pela legislação e pela jurisprudência, mas que já começa a ser questionada pela doutrina – coloca uma série de questões que vão desde o uso eficiente de recursos públicos até a sobrecarga global das sanções impostas por diferentes atores sobre o mesmo acontecimento. Essa última questão evoca

1. As autoras agradecem a leitura de Alvaro Pires, que permitiu não apenas aprimorar o presente texto, como também elaborar novas perguntas para pesquisas futuras. Este trabalho foi beneficiado também pelos comentários dos pareceristas anônimos da *RBCrim*, para os quais dirigimos um agradecimento especial.

2. Sobre as dimensões identitária, organizacional e epistemológica da departamentalização do saber jurídico, ver MACHADO, 2013.

explicitamente o modo como o princípio do "ne bis in idem" é interpretado atualmente: a proibição de sancionar duas vezes a mesma pessoa pelos mesmos fatos apenas é reconhecida no interior da mesma esfera jurídica, muito frequentemente apenas no interior da esfera penal. Diante dessa interpretação, as sanções aplicadas por diferentes esferas não são alcançadas por esse princípio de contenção do injusto.

No campo da execução penal e, em particular, do regime disciplinar prisional, a questão da múltipla incidência de sanções, sobre a mesma pessoa e pelo mesmo fato, assume contornos ainda mais severos, claramente injustos e difíceis de elucidar. Tem-se em mente aqui, especificamente, o conjunto de medidas impostas pelo judiciário sobre as sanções aplicadas previamente pela administração prisional em caso de falta observada como grave imputada às pessoas em privação de liberdade: *punição na punição na punição*. Como se buscará argumentar no decorrer deste texto, normas de conteúdo sancionatório são previstas em diferentes instrumentos normativos e aplicadas por diferentes atores, sobre as mesmas pessoas, pelos mesmos fatos.

Para avançar sobre essa problemática, este texto discutirá parte dos resultados de uma pesquisa de mestrado sobre 132 decisões do TJSP em agravos de execução relativos a faltas graves em penitenciárias femininas entre 2015 e 2017[3]. Do amplo conjunto de informações coletadas naquela pesquisa, o presente texto dedica-se a explorar (i) o modo como a primeira instância e o TJSP se posicionam diante da atribuição de uma falta grave por parte da administração prisional e (ii) o tipo e a incidência das medidas (sancionatórias) que ambas as instâncias impõem às pessoas já sancionadas, em âmbito disciplinar, no interior dos estabelecimentos penais.

Refletir, a partir do direito, sobre as normas e as práticas decisórias no interior das prisões e nos tribunais, implica o exercício difícil, intelectual e politicamente, de levar a sério a "teoria da reabilitação prisional" e sua espinha dorsal, adotada no Brasil: o regime progressivo de cumprimento de pena previsto na Lei de Execução Penal. Levá-lo a sério não significa colocar em suspenso, sequer por um momento, as inúmeras, severas e amplamente conhecidas críticas a esse modo de conceber e gerir as situações problemáticas em nossa sociedade[4]. Tam-

3. Trata-se da dissertação de mestrado de Patrícia Bocardo Batista Pinto, intitulada "Faltas Graves Disciplinares em Penitenciárias Femininas: um Estudo das Decisões do TJSP", em curso no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP, sob orientação de Maíra Rocha Machado.

4. Desde a metade do século XX busca-se consolidar novas formulações teóricas que apostam em sanções não carcerárias, isto é, que buscam retirar a pena de prisão do centro do

pouco significa desconsiderar o avanço de uma política de incapacitação de pessoas sobre os "ideais ressocializadores" que caracteriza a prisão contemporânea (GODOI, 2017. p. 100). Esse tipo de reflexão a partir do direito convida a conceber as formulações teóricas, as normas e práticas institucionais como arenas em que diversos atores disputam desde o sentido de um texto normativo até a adequação de uma decisão sem perder de vista as implicações muito concretas para a vida das pessoas envolvidas.

Para fazer isso, este texto adota duas estratégias, estritamente interligadas. A primeira consiste em integrar à exposição resultados de pesquisas que utilizam outras estratégias metodológicas para além da análise e sistematização documental utilizada aqui, em especial pesquisas etnográficas e entrevistas que revelam outras dimensões das dinâmicas do regime disciplinar prisional sobre o qual versa este texto. A segunda estratégia aposta na tomada de distância da linguagem jurídica, o que permite propor novas formas de nomear e descrever arranjos normativos e práticas decisórias.

Diante disso, e como se verá a seguir, esse texto não se refere a faltas disciplinares "cometidas", "praticadas" ou até mesmo "flagradas", mas a faltas disciplinares "imputadas" ou "atribuídas" por uma autoridade a uma pessoa em privação de liberdade. Trata-se de um esforço de precisão descritiva fundamental diante de qualquer reconstrução jurisdicional de fatos da vida. Mas que se torna ainda mais necessário no contexto prisional diante dos resultados de pesquisa conduzida por Camila Dias que aponta, entre outras coisas, que as punições por faltas disciplinares, ao menos nas unidades masculinas, constituem um "objeto comercializável" que integra a "economia ilegal da prisão", tornando-se "um mecanismo nas redes de poder que envolvem os presos e a administração prisional" (DIAS, 2014. p. 119).

Este texto também não reproduz as maneiras utilizadas pelo direito para designar as pessoas em privação de liberdade. A utilização do masculino universal tanto nas normas quanto nas decisões judiciais foi substituída aqui por "mulher" ou "pessoa", a depender da situação. Ainda que todos os casos discutidos nessa pesquisa se refiram a mulheres sancionadas por faltas graves, não avançaremos, nos limites deste texto, sobre as inúmeras questões que a especificidade desse encarceramento suscita e provoca e que têm sido tematizadas em diversas outras pesquisas[5].

sistema sancionatório. Bloqueadas de diversas formas, as sanções não carcerárias ainda desempenham um papel residual em nosso sistema de justiça criminal. Sobre as variações da teoria da reabilitação – prisional e não prisional – ver MACHADO, 2009. p. 54-58.

5. Ver, por exemplo, ANGOTII; BRAGA (2015), SILVA; MELLO; RUDNICKI (2018), FULLIN (2018), ITTC (2017).

Também não se utiliza o termo "benefícios" para fazer referência às normas que regem a execução penal. Remição, saída temporária, progressão, entre outros, são direitos reconhecidos por lei às pessoas em privação de liberdade. Direitos que, ademais, estruturam e organizam o regime progressivo e as possibilidades de reestabelecimento do contato e do convívio extramuros – condições para a "harmônica integração social", de acordo com a sistemática da Lei de Execução Penal.

De acordo com o quadro teórico adotado aqui, o sistema de justiça criminal se organiza ao redor de dois grandes processos: o processo de imputação e o processo sancionatório. De acordo com essa formulação, o processo de imputação se inicia com a captura de um fato qualquer pelo sistema de justiça criminal e se desenrola com as sucessivas etapas de investigação, formalização da imputação, produção probatória. Em caso de condenação, a sentença judicial apresenta-se então como seu desfecho: ali completa-se o processo de imputação com a afirmação de que um crime ocorreu e que uma determinada pessoa é seu autor. A sentença condenatória marca a conclusão do processo de imputação e o início do processo sancionatório com uma decisão apenas *inicial* da pena. Inicial porque suscetível de ser modificada no decorrer de seu cumprimento, conforme as normas do regime progressivo previstas na Lei de Execução Penal[6]. Desse modo, é possível dizer que a pena imposta na sentença – e transitada em julgado – informa o "teto", um limite máximo de tempo, que deverá ser abreviado no decorrer do cumprimento da pena. O regime progressivo é marcado então por uma sucessão de etapas, controladas pela lei e pelo juízo de execução, a serem percorridas até se reconquistar a liberdade[7].

Diante do objetivo central deste texto – mapear e discutir a multiplicidade sancionatória diante das faltas observadas como graves no regime disciplinar prisional – a próxima seção dedica-se a caracterizar esse regime como um "programa jurídico sancionatório" a partir de uma descrição do quadro normativo vigente no Estado de São Paulo (2.). Em seguida, serão apresentados os resultados quantitativos e qualitativos do estudo de 132 decisões do TJSP em agravos de execução, atentando, especialmente ao papel do poder judiciário como revisor das decisões tomadas pela administração prisional e à frequência das sanções impostas por essas autoridades em casos de faltas observadas como graves

6. Os processos de imputação e sancionatório são apresentados e discutidos em detalhe em MACHADO, 2016. p. 192-199.

7. Sobre o regime progressivo e a jurisdicionalização da execução, ver GODOI, 2017. p. 97 e ss.

imputadas pela administração prisional (3.). A última seção apresenta as considerações finais e questões para pesquisas futuras.

2. O regime disciplinar prisional como "programa jurídico sancionatório"

O objetivo desta seção é apresentar o quadro normativo do regime disciplinar prisional brasileiro concebendo-o como um "programa jurídico sancionatório". Com essa expressão busca-se descrever os arranjos normativos que se formam no interior de diferentes áreas do direito e que estabelecem, ao menos, *normas de comportamento* (as proibições), *normas de sanção* (as consequências) e *normas de processo* (quem e como pode afirmar que a proibição foi violada e impor uma consequência)[8]. Esse quadro pode se complexificar com a inclusão de normas de outros tipos, mas nesse momento é suficiente indicar esses três componentes centrais. A principal função dessa tipologia é criar distância da tradicional organização do direito em áreas jurídicas (direito penal, direito civil e direito administrativo) de modo a aguçar a descrição dos diferentes "programas jurídicos sancionatórios" que se formam no interior ou na interface entre as áreas. Com isso, evita-se projetar sobre um determinado conjunto de normas as características tradicionalmente atribuídas à área do direito – "a sanção é *penal*, e portanto é mais grave que todas as demais" ou "o procedimento é *administrativo*, e portanto não precisa estar revestido das mesmas garantias jurídicas", e assim por diante. Busca, enfim, favorecer uma observação mais fina e acurada do conteúdo das normas e das práticas das instituições que atuam nos diferentes programas.

O regime disciplinar prisional, ainda que guarde alguma semelhança com outros regimes disciplinares que estabelecem infrações, procedimentos e sanções, diferencia-se em um ponto crucial. Em regra, os regimes disciplinares tendem a incidir sobre a dimensão profissional das pessoas sancionadas, prevendo sanções de demissão, perda de aposentadoria, cassação da licença para atuar etc. Essas sanções podem, no limite, excluir a pessoa sancionada do grupo em que atua

8. Essa formulação resulta de um exercício de utilização do "quadro normativo para descrição das normas penais", desenvolvido por Álvaro Pires (MACHADO; PIRES et al, 2010), para observar certas normas e práticas de outras áreas do direito (civil e administrativo) que podem ser caracterizadas por estabelecer (i) proibições às cidadãs e aos cidadãos, (ii) consequências jurídicas pela violação das proibições e (iii) autoridades e procedimentos para afirmar a primeira e impor a segunda. Esse "quadro normativo" foi desenvolvido a partir da distinção entre normas primárias e secundárias proposta por Hart. Para mais detalhes, ver MACHADO; PIRES et al (2010), especialmente p. 18-23.

profissionalmente, com consequências importantes para suas vidas, sem sombra de dúvida. Mas o regime disciplinar prisional tem implicações muito mais brutais e totais.

É possível dizer que esse regime se distingue dos demais por intervir, diretamente, (i) nas condições concretas de vida da pessoa sancionada e, ainda, (ii) no modo como a pena que está sendo cumprida irá se desenvolver. Em virtude disso, como se verá a seguir, o regime disciplinar prisional tem uma série de especificidades no que diz respeito ao conteúdo das proibições – e da própria ideia de ética e disciplina que as proibições veiculam, ao modo como as infrações são atribuídas e processadas, às possibilidades de defesa técnica e, ainda, às formas de articulação entre a administração pública e o poder judiciário. Um conjunto de práticas e normas, enfim, bastante distinto do regime disciplinar dos servidores públicos federais, dos advogados e médicos, ainda que todos esses estejam alocados no "direito administrativo" de acordo com o modo tradicional de organizar as áreas jurídicas. Não se trata aqui de negá-las, mas sim de adotar um quadro analítico que maximize as especificidades no interior das diferentes áreas, favorecendo, assim, a desnaturalização das categorias e conceitos jurídicos[9]. Esse quadro analítico parece especialmente interessante quando se trata de observar os arranjos jurídicos que se formam para punir as pessoas que já estão sendo punidas.

Diante disso, organizamos as normas previstas na Lei de Execução Penal (em diante, LEP)[10] e no Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo (em diante, RI/SAP)[11] ao redor de quatro categorias: normas de comportamento, de processo e normas de referência a outros programas jurídicos (item 2.1.) e normas de sanção (item 2.2.)[12]. O foco desse texto recai sobre as normas de sanção, razão pela qual as demais categorias normativas serão mencionadas brevemente a seguir.

9. É o que Margarida Garcia denomina "dessubstancialização das categorias jurídicas" (GARCIA, 2014).
10. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Alguns dos dispositivos discutidos aqui foram inseridos ou modificados posteriormente. É o caso das normas referentes ao Regime Disciplinar Diferenciado (Lei 10.792/2003) e à remição (Lei 12.433/2011).
11. Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária 144, de 29 de junho de 2010.
12. O modelo que utilizamos aqui contempla ainda outras categorias, como as *normas de enquadramento no programa* que, no caso do regime disciplinar prisional, diz respeito, entre outras coisas, à especificação do art. 50 da LEP que indica as faltas graves para as pessoas "condenadas a penas privativas de liberdade". Para as pessoas condenadas a penas restritivas de direitos, diversas normas se alteram, o que justificaria sua descrição como outro programa jurídico sancionatório (LEP, art. 51).

2.1. Normas de comportamento, de processo e de referência

De acordo com a LEP, as faltas disciplinares organizam-se em três grupos: leves, médias e graves, sendo apenas esse terceiro grupo definido na própria LEP e as demais especificadas pela "legislação local" (LEP, art. 49). Em São Paulo, essas faltas estão listadas na Resolução da SAP, mencionada anteriormente. Entre as 11 faltas leves previstas no RI/SAP, estão: "transitar indevidamente pela unidade"; "comunicar-se com visitantes sem autorização"; "utilizar-se de bens públicos, de forma diversa para a qual os recebeu"; "ter a posse de papéis, documentos, objetos ou valores não cedidos e não autorizados pela unidade prisional"; e, ainda, "estar indevidamente trajado" (RI/SAP, art. 44, I, II, VII, VIII). Já as 23 faltas médias listadas no RI/SAP dirigem-se a comportamentos como "atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade"; "portar material cuja posse seja proibida"; "induzir ou instigar alguém a praticar qualquer falta disciplinar"; "divulgar notícia que possa perturbar a ordem ou a disciplina"; "perturbar o repouso noturno ou a recreação"; "inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e das demais dependências"; "manter ou possuir anotações com números de telefones, de contas bancárias, de rifas, dentre outras consideradas impróprias" (RI/SAP, art. 45, I, II, V, VI, XI, XIV, XXIII). Consta também entre as faltas médias "praticar fato previsto como crime culposo ou contravenção" (RI/SAP, art. 45, XIX).

As faltas de natureza grave, por sua vez, estão definidas na própria LEP (e reproduzidas no art. 46 do RI/SAP): "incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina"; "fugir"; "possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem"; "provocar acidente de trabalho"; "descumprir, no regime aberto, as condições impostas"; "inobservar os deveres" de "obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se" e de "execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas" (art. 39, II e V, da LEP); "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" (LEP, art. 50, I a VII). Também se encontra listada como falta grave "praticar fato previsto como crime doloso" (LEP, art. 52)[13].

13. Esse dispositivo foi alterado em 2003 para instituir o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), prevendo sanções específicas para as pessoas às quais se imputar a prática de crime doloso "quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas" (LEP, art. 52). O RDD pode ser imposto ainda às pessoas sobre as quais "recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas" (LEP, art. 52, § 2º). Tendo em vista que os casos de RDD são residuais no corpo

Diante dos acórdãos analisados nesta pesquisa, essas proibições (normas de comportamento) foram imputadas às situações mais diversas. De "ocultar lápis de maquiagem e sabonete líquido" a "comemorar o aniversário do PCC", passando por "se recusar a entrar na cela", "gritar", "se exaltar", "pegar um pedaço de pau", "agredir" e "desrespeitar o juiz corregedor". Em todos os 132 casos analisados aqui, a administração prisional imputou à mulher em privação de liberdade a prática de uma "falta disciplinar de natureza grave"[14].

O processo de imputação, de acordo com o RI/SAP, tem início com a comunicação, por parte do "servidor que presenciar ou tomar conhecimento da falta disciplinar", ao diretor da unidade (RI/SAP, art. 58). O rito processual, as autoridades competentes, os direitos a serem assegurados a partir desse momento estão indicados no RI/SAP (arts. 53 a 76), tal como estabelece a LEP que delega à legislação local a definição das normas de processo (LEP, arts. 59 e 60). O modo como essas normas são aplicadas, negligenciadas, geridas e vividas nas prisões paulistas está descrito em Godoi (2017. p. 103-114).

É possível observar ainda uma terceira categoria normativa que reúne os dispositivos que fazem referência a outros programas jurídicos. Dois tipos de normas de referência foram identificados no material. Em primeiro lugar, estão os dispositivos que estabelecem o dever do diretor da unidade de comunicar as autoridades competentes quando a falta disciplinar "restar caracterizada [...] como ilícito penal" e quando "comprovada autoria de danos no que tange à responsabilidade civil" (RI/SAP, arts. 75, VI, e 73, parágrafo único[15]). O segundo tipo de norma de referência observado no material diz respeito aos dispositivos que afirmam a possibilidade de cumulação das sanções previstas no regime disciplinar com as consequências eventualmente aplicáveis nos outros programas jurídicos. Desse modo, a caracterização da falta média diante de "crime

empírico da pesquisa exposta aqui – três em 132 casos – esse texto não abordará suas particularidades que, de certo modo, pode ser concebido como um "programa jurídico sancionatório" específico. Para discussão sobre o RDD, o contexto de criação, a inconstitucionalidade das sanções e os reflexos perversos para o sistema de justiça criminal brasileiro, ver FREIRE, 2005.

14. Ainda que, como se verá seguir, essa imputação tenha sido alterada posteriormente pelo poder judiciário.

15. Esses dispositivos referem-se às etapas finais do procedimento disciplinar, isto é, após a apuração da falta. No entanto, o art. 59, que se refere à etapa inicial de instrução do procedimento, estabelece o dever de comunicar "imediatamente [...] à autoridade policial" as situações nas quais "a falta disciplinar constituir também ilícito penal".

culposo ou contravenção" e da falta grave em face de "crime doloso", podem ocorrer "sem prejuízo da sanção penal" (respectivamente, RI/SAP, art. 45, XIX, e LEP, art. 52)[16]. A mesma locução é utilizada no caso de "danos causados ao patrimônio do Estado" que "devem ser ressarcidos sem prejuízo das sanções disciplinares previstas" (RI/SAP, art. 75, § 2º). Desse modo, tal como dispõem as normas, uma mesma pessoa pode ser processada e sancionada pelo mesmíssimo fato por três programas jurídicos diferentes – penal, administrativo-disciplinar e civil.

Mas para além dessas situações de tríplice responsabilização, que exige pesquisa própria, este texto se interessa pelo duplo patamar sancionatório *no interior* do mesmo programa jurídico (o regime disciplinar prisional): a administração prisional e o juízo da execução. A este último compete não apenas rever a capitulação da falta e as sanções aplicadas pelo diretor da unidade, mas também impor outro conjunto de sanções, como se discutirá seguir.

2.2. Normas de sanção

No tocante às normas de sanção, o modelo de análise proposto neste texto busca alcançar, com essa designação, todas as normas que estabelecem consequências jurídicas a uma pessoa em virtude da imputação de responsabilidade pela violação de uma norma de comportamento – ainda que a própria norma não designe essa consequência como "sanção". O art. 53 da LEP e o art. 83 do RI/SAP designam como "sanções disciplinares" a advertência e a repreensão – para as faltas leves e médias – e a suspensão ou restrição de direitos, o isolamento e a internação em regime disciplinar diferenciado (RDD) – para as faltas graves. Para além dessas cinco, a leitura dos documentos normativos estudados aqui permite a identificação de diversas outras normas cujo conteúdo é, igualmente, sancionatório.

Para a identificação das normas de sanção previstas na LEP e no RI/SAP, utilizamos a definição de Machado, Pires et al (2009. p. 21), segundo a qual:

> [...] as normas de sanção dizem respeito a todas as normas que regulam o "processo sancionatório". Com esta expressão, faz-se referência à sequência

16. A absoluta independência entre as sanções aplicadas pela justiça criminal e pelo diretor da unidade prisional foi inclusive objeto de Súmula recente do STJ, nos seguintes termos: "O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato" (Súmula 526, 3ª Seção, *DJe* 18.05.2015).

> de acontecimentos que se inicia com a indicação de uma pena na sentença condenatória e se conclui com a extinção da pena e de todos os seus efeitos. As normas de sanção podem, portanto, estar dirigidas tanto à decisão inicial sobre a sanção aplicável a uma situação concreta (sentença condenatória) como às sucessivas decisões que são tomadas pelo juiz ou outra autoridade ao longo do período de cumprimento da sanção. [...] as normas de sanção fornecem informações sobre *qual, quanto* e *como* será a pena.

De acordo com os autores, são também normas de sanção as normas que indicam "as condições que permitem modificar a pena prevista junto à norma de comportamento", como as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como as normas que estabelecem "as situações nas quais uma pena poderá deixar de ser pronunciada", como as normas que estabelecem a prescrição.

O quadro 1, a seguir, organiza o conjunto normativo referente às faltas graves em função da autoridade à qual as normas de processo atribuem competência para aplicá-las. Como se vê, além das sanções que podem ser aplicadas pelo diretor da unidade, é possível identificar outras cinco de competência do juízo da execução.

Quadro 1 – Normas de sanção (falta grave)

Aplicadas pelo diretor da unidade (LEP, art. 54)	1. Suspensão ou restrição de direitos (LEP, arts. 57, parágrafo único, e 53, III); – "distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação" (LEP, art. 41, V); – "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos" (LEP, art. 41, X); – "contato com o mundo exterior" (cartas, leitura e outros) (LEP, art. 41, XV); – visita íntima (SAP, arts. 125, V, e 117); – restrições do que pode ser entregue ou enviado pelas famílias – "apenas materiais básicos de higiene pessoal e outros autorizados pela direção" (SAP, arts. 164 e 167, parágrafo único); 2. Isolamento (LEP, art. 53, IV); 3. Classificação de comportamento como "mau" no decorrer de um ano após o cumprimento da sanção (SAP, arts. 85, IV, e 89, III); 4. "Circunstâncias agravantes das penalidades": "reincidência em falta disciplinar" e "prática de falta disciplinar durante o prazo de reabilitação ou durante o cumprimento de sanção disciplinar de natureza grave" (SAP, art. 48, I e III); 5. Solicitação de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado – RDD (LEP, art. 52);

Aplicadas pelo juízo da execução	6. Inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado – RDD (LEP, art. 52); 7. Regressão de regime (LEP, art. 118); 8. Revogação da saída temporária (LEP, art. 125); 9. Revogação de até 1/3 do tempo remido (LEP, art. 127); 10. Reinício da contagem para obtenção de progressão de regime e do livramento condicional *(sem base legal)*[17].

Fonte: Elaboração das autoras.

Além das suspensões e restrições de direitos, do isolamento e da solicitação de inclusão no RDD, nomeadas como sanção pelos próprios diplomas normativos, é possível identificar conteúdo sancionatório em dois outros dispositivos: a classificação de comportamento e as circunstâncias agravantes.

No tocante à classificação realizada pelo diretor do presídio sobre o comportamento da pessoa, de acordo com o RI/SAP, o único critério previsto para avaliação do comportamento como "ótimo", "bom", "regular" e "mau" é o registro de faltas disciplinares no prontuário. De acordo com o art. 85, "ótimo" atribui-se à "ausência de cometimento de falta disciplinar"; "bom" nessa mesma situação ou após reabilitação das faltas (no prazo de três meses para as leves, seis meses para as médias e um ano para as graves); "regular" diante de registro de faltas leves e médias não reabilitadas; e "mau" quando há registro de falta grave sem haver transcorrido o prazo de reabilitação. O art. 90 acrescenta ainda que, em caso de nova falta no decorrer do período de reabilitação, o tempo de reabilitação previsto para a nova falta deve ser somado ao tempo de reabilitação remanescente da falta anterior. E essa classificação será remetida pelo diretor da unidade à autoridade judicial para instruir as decisões referentes à progressão da pena, ao livramento condicional, indulto e comutação (RI/SAP, art. 91). A falta disciplinar como único critério de avaliação do comportamento, a mecânica da reabilitação e a exigência, na LEP, de "bom comportamento carcerário" como requisito para todas as decisões referentes à execução da pena, tornam o regime disciplinar prisional a peça-chave da engrenagem que move (ou emperra) o cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade.

Se essa sanção atinge o modo como a pena que está sendo cumprida irá se desenvolver, as restrições e suspensões de direitos não previstas na LEP

17. Conforme se verá a seguir, essa sanção decorre de interpretação jurisprudencial, não havendo na LEP qualquer norma que expressamente a estabeleça.

(visitas íntimas e do que pode ser levado pelas famílias etc.) atingem diretamente as condições de vida da pessoa sancionada. Tanto nessas situações quanto na classificação do comportamento, o não reconhecimento do conteúdo sancionatório permite que sejam aplicadas cumulativamente e que não possam ser objeto de recurso por parte das pessoas sancionadas. Tornam-se, enfim, consequências jurídicas (sancionatórias) subtraídas do processo decisório sobre a sanção.

Por fim, uma última norma de sanção identificada no material diz respeito à extinção da punibilidade pela prescrição, prevista no RI/SAP e sem qualquer menção na LEP. De acordo com o art. 77 do RI/SAP, a prescrição ocorre em dois anos "a contar da data do conhecimento do fato pela autoridade competente". O parágrafo único do dispositivo esclarece, contudo, que "em casos excepcionais, pode a autoridade judiciária decidir sobre o tempo a ser considerado para a extinção da punibilidade". De fato, nosso material contém casos nos quais o TJSP considera o lapso temporal distinto, de três anos, entre o conhecimento da falta e a decisão de primeira instância. As decisões indicam que o prazo de três anos passa a ser utilizado após a alteração do art. 109 do Código Penal que regula a prescrição antes de transitar em julgado a sentença. Com a mudança, o menor prazo prescricional previsto no CP passa de dois para três anos. Várias decisões do TJSP estudadas nessa pesquisa indicam três anos como o prazo prescricional. Esse ponto será retomado na última seção deste texto.

Enfim, diante desse quadro normativo, a próxima seção debruça-se sobre o modo como TJSP se posiciona diante das sanções impostas pela administração prisional, bem como sobre as sanções impostas pelo próprio poder judiciário diante do reconhecimento de faltas graves.

3. O Judiciário paulista diante das faltas graves

Esta seção apresenta os dados produzidos a partir do conteúdo dos 132 acórdãos do TJSP, referentes a agravos de execução interpostos entre 2015 e 2017, disponíveis no site do tribunal e coletados por intermédio das palavras-chave "falta grave" e "penitenciária feminina". Tendo em vista que a coleta de dados foi realizada nos próprios acórdãos, em muitos casos não foi possível obter informações mais precisas sobre as sanções aplicadas pela administração prisional e pela primeira instância judicial. Ademais, em algumas situações, a decisão do TJSP confirma a falta grave mas remete à primeira instância para definição das demais sanções. De todo modo, com exceção da revogação de saída temporária, os demais tipos de sanção aplicáveis pelo juízo da execução, conforme o quadro 1,

acima, puderam ser identificados no material (regressão de regime, revogação do tempo remido e reinício da contagem para obtenção de progressão e livramento condicional). Em virtude das especificidades dessas três sanções, como se verá na seção 3.2., apenas a revogação do tempo remido, em suas diferentes frações, foi objeto de contabilização a seguir.

Desse modo, o quadro 2, a seguir, organiza as informações referentes às decisões da administração prisional, da primeira instância e do TJSP ao redor de quatro grupos: (1) os casos reconhecidos como falta grave pela administração prisional e pelas duas instâncias judiciais (62%); (2) os casos nos quais o TJSP alterou a decisão de primeira instância, que desclassificava a falta para média ou leve, para restituir a falta grave tal como estabelecida pela administração prisional (14%); (3) os casos nos quais a falta grave aplicada pela administração prisional foi mantida pela primeira instância, mas modificada no TJSP, via desclassificação, anulação ou absolvição (12%) e, por fim, (4) os casos nos quais a falta grave foi modificada na primeira instância, via desclassificação, absolvição ou reconhecimento da prescrição, e essa modificação foi mantida pelo TJSP (10%).

Quadro 2 – Decisões na administração prisional, primeira instância e TJSP

1. Falta grave nos três patamares decisórios (82) 62,12%	Primeira instância e TJ determinam perda de 1/3 dos dias remidos	66
	Primeira instância e TJ determinam perda de 1/6 dos dias remidos	4
	Não há menção no acórdão à perda de dias remidos	2
	Falta grave por fuga mantida nas duas instâncias judiciais com perda de 1/3 dos dias remidos	4
	RDD de 360 dias nos três patamares decisórios	2
	Perda de 1/3 na primeira instância modificada para perda de 1/6 no TJ	2
	Administração prisional requer RDD de 360 dias, primeira instância concede e TJ converte em RDD de 180 dias	1
	Perda de 1/3 na primeira instância modificada para perda de 1/10 no TJ	1

2. Falta grave na administração prisional modificada na primeira instância, mas restituída pelo TJ (19) 14,39%	Desclassificada para falta média na primeira instância, volta a ser considerada falta grave no TJ com perda de 1/3	14
	Desclassificada para falta média na primeira instância, volta a ser considerada falta grave no TJ. Acórdão indica que os "efeitos" devem ser analisados pela primeira instância.	2
	Desclassificada para falta média na primeira instância, volta a ser considerada falta grave no TJ com perda de 1/6	1
	Desclassificada para leve na primeira instância, volta a ser considerada falta grave no TJ com perda de 1/3	1
	Primeira instância reconhece a prescrição, volta a ser considerada falta grave no TJ com perda 1/3	1
3. Falta grave mantida na primeira instância e TJ altera (17) 12,87%	Falta grave mantida na primeira instância, desclassificada para média no TJ	9
	Falta grave mantida na primeira instância, TJ absolve	6
	Falta grave mantida na primeira instância, desclassificada para leve no TJ	1
	Falta grave por fuga na administração prisional e na primeira instância, anulada pelo TJ	1
4. Falta grave modificada na primeira instância e modificação mantida pelo TJ (14) 10,60%	Desclassificada para falta média na primeira instância e mantida pelo TJ	9
	Desclassificada para falta leve na primeira instância e mantida pelo TJ	2
	Absolvida na primeira instância e mantida no TJ	2
	Reconhecida a prescrição na primeira instância e mantida pelo TJ	1
Total: 132 99,98%		

Fonte: Elaboração das autoras.

É possível observar que grande parte das imputações de falta grave por parte da administração prisional não sofre qualquer alteração ao alcançar a esfera

judicial (grupo 1 – 62%). Incluímos nesse grupo também as situações, pouco frequentes em nosso material, nas quais a imputação de falta grave foi mantida, ainda que o TJSP tenha reduzido a fração de perda de dias remidos determinada pela primeira instância em 1/3 (máximo previsto lei – LEP, art. 127) para 1/6 (em dois casos) e para 1/10 (em um caso). Incluímos também nesse grupo um caso em que o TJSP manteve o RDD, mas diminuiu o tempo de isolamento de 360 para 180 dias.

Adicionando a esse resultado (grupo 1) os casos em que houve modificação da qualificação da falta pela primeira instância e restituição da falta grave no TJSP (grupo 2), observa-se que em 76% dos casos analisados na pesquisa as faltas graves aplicadas pela administração prisional foram mantidas pelo TJSP. A seção 3.2. tratará especificamente dessas situações, em particular das sanções aplicadas pelo TJSP diante do reconhecimento da falta grave.

Antes, contudo, a próxima seção apresentará as situações nas quais o poder judiciário modificou, em primeira ou segunda instância, a decisão da administração prisional, o que ocorreu em 24% dos casos aqui analisados (grupos 3 e 4).

3.1. O Judiciário como revisor da decisão da administração prisional

De acordo com os dados produzidos nesta pesquisa, o Judiciário dificilmente altera as decisões da administração prisional, e quando o faz, desclassifica a falta grave para falta média. Entre os 31 casos de alteração, 18 referem-se a essa situação, distribuídos igualmente entre as alterações realizadas apenas pelo TJSP, isto é, em oposição também à decisão de primeira instância (grupo 3) e as alterações afirmadas pelas duas instâncias judiciais (grupo 4). Foram desclassificadas para faltas médias casos de "ofensa" e "desrespeito" às funcionárias, "desobediência" (como recusar-se a entrar na cela), "agressões", "brigas" e "discussões" entre as mulheres, e apreensão de objetos (como sacolas, um lápis, galões em fermentação alcoólica, maquiagem) e, ainda, o fato de ter sido "surpreendida beijando outra [mulher em privação de liberdade]".

A segunda situação mais frequente diz respeito às faltas graves que foram objeto de absolvição pelas duas instâncias judiciais (dois casos) e somente pelo TJSP (seis casos). Os dois casos de absolvição pelas duas instâncias ocorreram na Penitenciária Feminina de Campinas e dizem respeito a "agressão a funcionária" e "questionamento de blitz do GIR [Grupo de Intervenção Rápida]". Em ambos os casos apenas os depoimentos dos próprios funcionários foram apresentados como prova da falta grave. No caso da agressão, a absolvição baseou-se na ausência de laudo que comprovasse a agressão. No caso da blitz, igualmente, o fundamento da absolvição foi a ausência de provas.

Nessas duas situações, o caso chegou ao TJSP por intermédio de agravo do Ministério Público, sustentando, entre outras coisas, que

> não é dado ao Magistrado apreciar o acerto da decisão administrativa no tocante ao mérito, pois, o administrador da unidade prisional, responsável por manter a disciplina do estabelecimento, é o único que conhece as consequências de eventual punição de qualquer sentenciado (Caso 101).[18]

Importante acrescentar que esses foram os dois únicos casos, entre todos os estudados aqui, que a primeira instância decidiu pela absolvição da mulher sancionada pela administração.

Os seis outros casos de falta grave confirmada pela primeira instância, mas objeto de absolvição pelo TJSP, envolvem situações fáticas muito distintas. Dois envolvem apreensão de objetos – "três celulares encontrados no ônibus" e "13 comprimidos de remédio controlado no sabão em pó"; duas se referem a autolesão – "agredir outra mulher enquanto batia a própria cabeça na porta e na parede" e "tentativa de se enforcar com lençol, resistindo à contenção pela colega de cela", e as restantes "ligar forno com aviso de não ligar" e "envolver-se em briga com outra mulher". Os fundamentos da absolvição, pelo TJSP também variaram: ausência de individualização da conduta para os celulares encontrados no ônibus; atipicidade para os comprimidos, tendo em vista que a posse de remédios prescritos não é proibida e ausência de provas para o caso do forno e da briga.

Nos casos de autolesão, o fundamento da absolvição pelo TJSP foi, no primeiro caso, a ausência de prejuízo ou situação de risco para as demais mulheres, já que batia sua própria cabeça contra a parede. Já no caso da tentativa de enforcamento com lençol, ocorrida na Feminina de Pirajuí, a mulher foi ouvida em depoimento e esclareceu sofrer de "distúrbio mental", usar sete medicamentos, estar nervosa por não os ter tomado e não ter recebido atendimento médico. Foi sancionada a isolamento por 10 dias e "rebaixamento da conduta para má"[19]. A primeira instância confirmou a falta grave e acrescentou as sanções de regressão de regime e perda de 1/3 dos dias remidos. A sentença de primeiro grau imputa à mulher falta grave de "desobediência ao servidor e desrespeito à colega de cela"

18. TJSP, Acórdão de agravo em execução penal 0026751-05.2015.8.26.0000, rel. França Carvalho, 13ª Câmara Criminal, j. 20.08.2015.

19. Como exposto anteriormente, o rebaixamento da conduta seria, de acordo com o RI/SAP, um efeito automático da falta disciplinar. Mas nessa decisão aparece de forma autônoma, adicional à sanção de isolamento, o que reforça seu caráter de sanção, tal como exposto na seção precedente.

(LEP, arts. 50, VI, e 39, II) esclarecendo que "o dolo está demonstrado pela imprudência de não ter tomado os remédios" (Caso 112) [20]. O TJSP determinou a absolvição com base em laudo psiquiátrico que atestou a semi-imputabilidade da mulher, ao demonstrar que ela "não tinha plena capacidade de determinar-se de acordo com seu entendimento e não deve ser responsabilizada pelo cometimento de falta grave".

A desclassificação para falta leve ocorreu em três situações. Duas delas na Feminina de Pirajuí, com faltas graves aplicadas pela administração prisional e desclassificadas para leve na primeira instância, com confirmação pelo TJSP. As situações fáticas dizem respeito a "pegar para si uma chave da cela" (depoimento da mulher esclarece que a chave foi devolvida no dia seguinte) e "trajar camisola ao invés de uniforme", na ala de amamentação. Nesse último caso, a sanção aplicada pela administração foi a perda do direito de permanecer com a filha. Em ambos os casos, os fundamentos para a desclassificação mostram ao mesmo tempo a precariedade do discernimento na atribuição da falta grave e a desproporcionalidade da sanção. O terceiro caso de desclassificação para leve, determinada apenas pelo TJSP, refere-se a "sair da cela e andar pelos corredores". Em seu depoimento, a mulher esclarece "não saber bem porque agiu assim" e "não se encontrar bem emocionalmente". A desclassificação pelo TJ fundamentou-se na ausência de tumulto e de subversão da ordem e da disciplina.

Os dois últimos casos dos grupos 3 e 4 referem-se a situações nas quais o TJSP anula o procedimento em razão das decisões tomadas na própria esfera judicial, isto é, não altera a capitulação da falta realizada pela administração prisional. O caso do grupo 3 refere-se à aplicação de sanção de regressão de regime pela primeira instância, sem realização de oitiva judicial – como preceitua o art. 118, § 2º, da LEP – tendo sido em função disso anulada pelo TJSP (Caso 64). Já o caso do grupo 4 diz respeito a uma falta grave imposta pela administração prisional em decorrência da posse de componentes de celular e porções de maconha. A decisão de primeira instância reconhece a prescrição com base nos arts. 114, I, do Código Penal (que regulamenta a prescrição da pena de multa) e 30 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) que estabelecem o prazo prescricional de dois anos. O Ministério Público agravou argumentando que a falta grave prescreve em três anos, conforme art. 109, VI, do Código Penal. O TJSP, no entanto, mantém o reconhecimento da prescrição (Caso 52). Trata-se do

20. TJSP, Acórdão de agravo em execução penal 7007073-17.2015.8.26.0344, rel. Otavio de Almeida Toledo, 16ª Câmara Criminal, j. 23.08.2016.

único caso em que o TJSP reconheceu a prescrição com lapso temporal de dois anos (e não de três).[21]

De todo modo, importante destacar que a modificação, por parte do judiciário, das decisões tomadas pela administração, atinge as sanções aplicáveis pelo próprio poder judiciário (regressão, perda de dias remidos etc.) e gera (ou deveria gerar) alteração na classificação do comportamento – com implicações importantes, sem dúvida, para o desenvolvimento da pena. No entanto, em virtude do tempo que leva para a decisão alcançar o poder judiciário, as sanções de isolamento, aplicadas na grande maioria dos casos analisados aqui, já foram impostas e cumpridas pelas mulheres. Isso significa que, mesmo nas hipóteses em que o Judiciário reconheceu erro na capitulação da falta, o que impediria a sanção de isolamento, a sanção já foi vivida.

3.2. As sanções aplicadas pelo TJSP (grupos 1 e 2)

O quadro 1 (acima) indica quatro sanções aplicáveis pelo poder judiciário em caso de falta grave: revogação da saída temporária; regressão de regime; perda de até 1/3 do tempo remido e reinício da contagem para obtenção de progressão de regime e livramento condicional. Não encontramos em nosso material casos em que a falta grave foi atribuída no período em que a mulher se encontrava em saída temporária, não havendo, portanto, casos de revogação. Por essa razão, os três subitens a seguir abordarão a frequência, nos acórdãos, da menção às outras três sanções.

3.2.1. Perda dos dias remidos

A perda dos dias remidos pelo trabalho e pelo estudo foi a sanção aplicada pelo judiciário que apareceu com mais frequência em nosso material. Essa norma de sanção, na redação original da LEP, não indicava a fração da perda. Estabelecia apenas que, em caso de falta grave, a pessoa "perderá o direito ao tempo remido"[22]. O dispositivo foi modificado pela Lei 12.433/11 que inseriu duas modificações importantes: eliminou o "perderá", para garantir ao judiciário a

21. Nas decisões analisadas aqui, o reconhecimento da prescrição foi solicitado diversas vezes pela defesa, com base no lapso de dois anos, mas apenas na situação relatada aqui a prescrição de dois anos foi reconhecida. Em um dos casos do grupo 2, a prescrição de dois anos foi reconhecida pela primeira instância, mas alterada pelo TJSP diante de agravo do MP baseado no lapso de três anos (Caso 103).

22. Sobre o intense debate ao redor desse dispositivo, ver CHIES, 2008.

possibilidade de aplicar ou não a sanção – incluindo a locução "o juiz *poderá* revogar" –, e estabeleceu que a revogação poderá alcançar "até 1/3 do tempo remido". Trata-se, portanto, de uma sanção que, de acordo com a norma, *pode* (e não "deve") ser aplicada e que impõe um *limite máximo* quantitativo para a extensão no tempo dessa revogação.

Os grupos 1 e 2, que reúnem os casos nos quais as faltas graves foram confirmadas judicialmente e novas sanções foram aplicadas pelo TJSP, totalizam 98 casos (excluindo os três referentes ao RDD). Desse total, não há informação sobre a aplicação da sanção de perda de dias remidos em apenas quatro casos (dois em cada um dos grupos). A ausência de informação no acórdão não permite inferir que a sanção não venha a ser aplicada, posteriormente, em decisão sobre progressão ou livramento condicional. Mas, mesmo considerando que nessas situações a sanção não foi, de fato, aplicada, é possível dizer que a norma ainda é interpretada como dever e não como possibilidade, em razão do altíssimo número de incidências.

No tocante à extensão da perda dos dias remidos, nosso material indica claramente que a fração de 1/3 é raramente interpretada como "teto", isto é, ao decidir pela aplicação da perda dos dias remidos, o juízo da execução pode escolher entre o mínimo, digamos a perda de um dia remido, e o máximo previsto em lei (1/3 do tempo remido). No entanto, a escolha de uma fração diferente do teto de 1/3 ocorreu em apenas oito dos 94 casos que mencionam essa sanção. Em sete casos a fração foi de 1/6 e em um caso de 1/10.

A frequência dessa sanção em nosso material, ao ser confrontada com as informações sobre o percentual de mulheres que, de acordo com o Infopen, tinham acesso a trabalho (28%) e estudo (24%) nas unidades prisionais paulistas em 2016[23], faz surgir a hipótese de que essa sanção é aplicada de modo automático, independentemente do caso concreto que está sendo julgado. Em outras palavras, as sanções podem constar nas sentenças e acórdãos ainda que a mulher em questão sequer tenha, em seu prontuário, dias a remir. Nosso material não permite a confirmação dessa hipótese, que deixamos em aberto para pesquisas futuras.

3.2.2. Reinício da contagem do prazo

Conforme indica o quadro 1, a sanção de reinício da contagem do prazo não está prevista na LEP. Trata-se de uma sanção criada judicialmente. E sobre a qual há enorme divergência em relação ao seu alcance: a progressão de regime, o

23. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres. 2. ed. Brasília: 2018. p. 67.

livramento condicional, o indulto, a comutação de penas? Ou tudo o que a legislação, a jurisprudência e a doutrina denominam "benefícios"?

Abordando a questão a partir do material coletado nesta pesquisa, é possível observar que a disputa recai sobre o alcance da sanção e não sobre a sua aplicação. Isto é, não encontramos casos em que se discutia a pertinência (ou não) de reiniciar a contagem diante da imputação de uma falta grave.

A questão do alcance aparece de diferentes formas em nosso material. Em algumas situações, os acórdãos mencionam, simplesmente, "novo lapso para benefícios", em outros especificam a qual medida se referem – progressão, livramento ou ambos. Há situações, ainda, em que a decisão indica expressamente que a interrupção do prazo para concessão da progressão e/ou do livramento "será analisada oportunamente". Isso ocorre em nove dos casos estudados aqui. No âmbito dessa pesquisa, considerou-se que essas decisões não aplicam a sanção e remetem a uma decisão posterior – no âmbito de um pedido de progressão ou de livramento – a tarefa de aplicar ou não a sanção de reinício da contagem.

Além dessas situações, em outros 19 casos a sanção de reinício da contagem é aplicada pela primeira instância. Das quais 17 foram mantidas pelo TJSP (nos casos restantes o TJSP não manteve a falta grave, mas desclassificou para falta média e, em outro, absolveu). Observando esses 17 casos, encontramos quatro tipos de referência ao alcance dessa sanção: "benefícios" (dois casos); apenas "progressão de regime" (oito casos), "progressão de regime e livramento condicional" (seis casos) e um último no qual o TJSP mantém a sanção de reinício da contagem tal como determinada pela primeira instância, mas indica que vale apenas para a progressão, e não para a progressão e para o livramento como havia sido decidido no primeiro grau (Caso 42). É possível dizer, portanto, que o material analisado aqui não diverge em relação à aplicação da sanção de reinício da contagem em caso de progressão de regime, já que a divergência aparece em relação ao livramento condicional.

Pois bem. O caráter de criação judicial da sanção de reinício da contagem para a progressão em caso de falta grave é explicitamente reconhecido pelo STF. Em HC relatado pelo Ministro do STF Luiz Fux, em 2011, e reiteradamente citado desde então, inclusive em nosso material, o Ministro afirma que a

> prática de falta grave acarreta a interrupção da contagem do prazo para a progressão do regime de cumprimento de pena. Inobstante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido, não há que se falar em violação do princípio da legalidade. Isso porque a interrupção do prazo decorre de uma interpretação sistemática das regras legais existentes. (STF, HC 102.365/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.06.2011).

Trata-se de uma sanção criada para estender às pessoas em regime fechado a sanção de regressão de regime. Essa explicação aparece textualmente no HC citado anteriormente:

> [o] réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime mais gravoso; todavia, ao réu que já cumpre pena no regime mais gravoso (regime fechado) não pode ser aplicado o instituto da regressão, sendo permitido, portanto, o reinício da contagem do prazo para a progressão, levando-se em conta o tempo de pena remanescente (STF, HC 102.365/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.06.2011).

Portanto, no tocante à progressão, a criação judicial da sanção de reinício da contagem busca estender às pessoas em regime fechado, a sanção que é estabelecida em lei para as pessoas em regime semiaberto e aberto (LEP art. 118, I, sobre a regressão).

A extensão dessa sanção ao livramento condicional é também criação judicial. Questionada reiteradamente nos tribunais superiores, pela ausência de previsão legal, foi explicitamente proibida pela Súmula 441 do STJ, de 2010.[24] No entanto, como se viu, essa sanção é explicitamente aplicada pelo TJSP. A fundamentação utilizada pelo Tribunal mobiliza a ideia de isonomia – se aplica para a progressão deve aplicar também para o livramento "que é benefício de maior estatura" (Caso 25) [25] e *in dubio pro societate* – "não sendo admissível, diante da omissão da Lei neste sentido, interpretação em seu benefício, mas em detrimento da sociedade" (Caso 109)[26]. Um dos casos, aliás, afasta as Súmulas do STJ – "desprovidas, evidentemente, de efeito vinculante" – para afirmar que a "a prática de falta disciplinar acarreta sim a interrupção dos lapsos para a obtenção de quaisquer benesses prisionais", "sobretudo a fim de promover a disciplina no interior dos presídios, pois, ao reverso, todos (disciplinados e indisciplinados) teriam o mesmo tratamento e fariam jus aos mesmos benefícios, nas mesmas épocas, nada importando o seu comportamento durante o cumprimento da reprimenda" (Caso 130)[27].

---

24. A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional (Súmula 441, 3ª Seção, j. 28.04.2010, *DJe* 13.05.2010).
25. TJSP, Acórdão de agravo em execução penal 7006999-60.2015.8.26.0344, rel. Edison Brandão, 4ª Câmara Criminal, j. 08.03.2016.
26. TJSP, Acórdão de agravo em execução penal 7002457-96.2015.8.26.0344, rel. Edison Brandão, 4ª Câmara Criminal, j. 23.02.2016.
27. TJSP, Acórdão de agravo em execução penal 7005382-65.2015.8.26.0344, rel. Juvenal Duarte, 5ª Câmara Criminal, j. 28.01.2016.

3.2.3. Regressão de regime

No tocante à regressão de regime, há 24 casos onde essa sanção é expressamente mencionada em nosso material. Esse número reduzido está relacionado à especificidade desse tipo de sanção, aplicável somente às pessoas em cumprimento de regime semiaberto e aberto.

Considerando os 132 casos analisados aqui, em 20 a sanção de regressão de regime foi aplicada pela primeira instância, acompanhada em 19 casos pela perda de 1/3 dos dias remidos – em apenas um caso a perda determinada em primeira instância foi de 1/6[28]. As sanções de regressão cumuladas com a perda de tempo remido foram mantidas pelo TJSP em 13 dos 20 casos. Os demais casos referem-se às situações de absolvição (dois casos), desclassificação para falta média (três casos), anulação por prescrição (um caso) – discutidas na seção precedente – e ainda um caso em que o TJSP mantém o reconhecimento da falta grave mas reduz a perda de dias remidos de 1/3 para 1/6 e não menciona a regressão de regime, o que nos indica que essa sanção foi mantida tal qual aplicada pela primeira instância (Caso 5)[29].

O TJSP, por sua vez, em quatro casos, reverteu a decisão da primeira instância –que havia desclassificado para falta média – para restituir a decisão da administração prisional de falta grave. Nas quatro situações, o TJSP aplicou cumulativamente as três sanções: regressão, reinício da contagem para progressão e perda dos dias remidos (na fração de 1/3, em três casos e na fração de 1/6, em um deles).

Vale registrar, por fim, que em um dos casos estudados aqui, o registro de falta grave importou na regressão para um regime (fechado) não cominado originalmente na sentença condenatória, ou seja, em uma punição mais grave do que a que ensejou a prisão em primeiro lugar (Caso 104).[30] Diante do questionamento defensivo de que a regressão para um regime mais grave do que o imposto na sentença condenatória importava em violação de coisa julgada, o TJSP citou decisão do STF que permitiu regressão para regime mais grave que o previsto na sentença com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*. De acordo com o STF, a alteração

28. Em 7 dos 20 casos, o acórdão menciona também o reinício da contagem para progressão, em 12 não há menção a essa sanção e em 1 caso o acórdão indica que a aplicação dessa sanção será aplicada "oportunamente" (caso 65).

29. TJSP, Acórdão de agravo em execução penal 0020218-30.2015.8.26.0000, rel. Otávio de Almeida Toledo, 16ª Câmara Criminal, j. 02.06.2015.

30. TJSP, Acórdão de agravo em execução penal 0054942-60.2015.8.26.0000, rel. Paulo Antonio Rossi, 12ª Câmara Criminal, j. 16.12.2015.

da "situação de fato, no curso da execução, comparativamente ao substrato fático existente no início, impõe ao juiz da execução a adoção de medidas necessárias de modo a adaptar a decisão à nova realidade" (STF, HC 93.761/RS, Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 05.08.2008).

4. Considerações finais

A partir do quadro teórico mobilizado nesta pesquisa, é possível afirmar que o conjunto de consequências jurídicas impostas às faltas graves constitui norma de sanção, uma vez que modificam, direta e explicitamente, *como* a pena de prisão será cumprida. E isso ocorre, ao menos, de duas formas: mediante a alteração das condições de cumprimento do regime imposto na sentença (restrição e suspensão de direitos, isolamento, RDD, regressão) e, ainda, pelo prolongamento do tempo de permanência da pessoa no regime fechado (reinício da contagem, perda dos dias remidos). Tal como exposto aqui, o regime disciplinar prisional emerge como fator não negligenciável no rol de engrenagens jurídicas que têm gerado o superencarceramento em nosso país.

Para além dos efeitos no quadro mais amplo do problema prisional, a presente pesquisa convoca também à reflexão sobre o significado e as implicações da aplicação de múltiplas sanções, por diferentes autoridades, sobre as mesmas pessoas pelos mesmos fatos. Justamente por não serem reconhecidas como sanções, princípios jurídicos muito elementares como a legalidade, a proporcionalidade e a proibição do *bis in idem* encontram ainda maiores obstáculos para serem mobilizados.

Nos limites deste texto, não é possível avançar na reflexão sobre essas questões[31]. De todo modo, é possível dizer que formulações sobre a proporcionalidade foram identificadas, ainda que residualmente em nosso material, apenas no tocante à desqualificação da falta grave para média ou leve. Mas em nenhum caso para apreciar a adequação do pacote de sanções impostas pelas autoridades administrativas e judiciais sobre um determinado caso concreto. O registro da legalidade, por sua vez, sequer tangenciou a indefinição ao redor do lapso prescricional ou, o que causa ainda mais perplexidade, a "intepretação sistemática" para criar, judicialmente, a sanção de reinício da contagem do prazo para progressão de regime e até mesmo para o livramento condicional.

31. Para avançar sobre esses pontos a partir do direito comparado, vale a pena ver, no contexto latino-americano, HERNÁNDEZ, 2018 e SARRE; MANRIQUE, 2018. E, no contexto europeu, FALXA, 2016.

O não reconhecimento do caráter sancionatório dessas consequências jurídicas ainda permite e reforça uma posição de indiferença do Poder Judiciário diante das sanções – severas – aplicadas pela administração prisional. Essa posição de indiferença em relação às sanções já impostas e vividas pelas pessoas às quais a administração imputou uma falta grave pode ser observada também por certo "automatismo decisório" nas decisões judiciais. Em nosso material, a decisão judicial diante das faltas graves, em diversas situações, parece desconsiderar as características do caso concreto, como revela a hipótese de imposição de "perda do tempo remido" para quem nunca trabalhou ou ainda a menção à regressão de regime "se for o caso". Nesse mesmo sentido, a altíssima incidência das sanções de revogação de 1/3 da remição – quando a norma estabelece uma possibilidade e não um dever, e uma fração máxima (e não fixa) – reforça a hipótese do automatismo: diante do reconhecimento da falta grave um pacote de consequências jurídicas é imposto, com baixíssima ou nula fundamentação sobre a adequação de cada uma das sanções à pessoa e ao fato imputado.

Ao lado dessas considerações sobre a qualidade do controle judicial dos atos da administração, esta pesquisa coloca também em questão o alcance desse controle. Como se viu, em 62% dos casos estudados aqui, a primeira e a segunda instâncias apenas chancelam a decisão da administração e impõem novo pacote sancionatório. Considerando os casos nos quais o TJSP reverte a decisão de primeira instância, o volume de casos em que o Poder Judiciário mantém intocada a decisão da administração é elevado para 76%. O dado quantitativo torna-se ainda mais eloquente diante do argumento, encontrado nos acórdãos, segundo o qual não cabe ao Poder Judiciário "apreciar o acerto" da decisão da administração prisional.[32]

Nos 24% restantes, em que a decisão da administração foi alterada, deixa de ocorrer a imposição do pacote sancionatório do poder judiciário, mas as sanções impostas pela administração, em sua grande maioria sanção de isolamento celular, já foram aplicadas e vividas. Resta saber se, nesses casos, o poder judiciário oficia a administração prisional para alterar a classificação do comportamento, conforme a nova qualificação jurídica dada para a falta, ou para eliminar sua ocorrência, em caso de absolvição.

Novas pesquisas, que se debrucem sobre decisões não apenas do TJSP, mas também da primeira instância e dos próprios processos administrativos, podem

32. Além do caso citado acima, no item 3.1, esse tipo de argumento foi encontrado em outras 14 decisões e, ainda que não tenham prevalecido na decisão final do TJSP, são reveladores das formas de conceber o papel do judiciário diante dos atos da administração prisional.

ampliar nosso conhecimento sobre como são decididas e impostas as punições nas punições nas punições. E, com isso, estabelecer agendas de transformação normativa e jurisprudencial sobre o regime disciplinar prisional. Tudo isso, claro, enquanto não avançarmos na implementação de outras formas de gerir as situações problemáticas que não passem pelo recurso, predominante, à pena de prisão.

Referências

ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Dar à luz na sombra:* condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. (Série Pensando o Direito, 51).

CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão:* a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade. São Paulo: IBCCrim, 2008.

DIAS, Camila Nunes. Disciplina, controle social e punição. O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 29, n. 85, jun. 2014.

FALXA, Joana. *Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne:* analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme. Paris: Mare & Martin, 2016.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo:* o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo: IBCCrim, 2015.

FULLIN, Carmen. Prisioneiras do tempo: a pena de trabalho comunitário e seus custos sociais para as mulheres. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 173-201, ago. 2018.

GARCIA, Margarida. Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em direito: "descentrar" o sujeito, "entrevistar" o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 182-209, 2014. Disponível em: [www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/13/13].

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

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Norberto. *El derecho penal de la cárcel*. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendência al mayor encarcelamiento. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2018.

ITTC. *Relatório mulheres sem prisão*: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo, 2017.

MACHADO, Maira R. Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 126, ano 24, p. 181-222, dez. 2016.

MACHADO, Maira R. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladmir et al (Org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_direito_desenvolvimento_brasil_vol01.pdf].

MACHADO, Maira R.; PIRES, Alvaro et al. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 32, 2010. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf]

MACHADO, Maira R.; PIRES, Alvaro; FERREIRA, Carolina; SCHAFFA, Pedro. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução:* a questão das penas mínimas. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, 2009. v. 17. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/17Pensando_Direito3.pdf].

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. História, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SARRE, Miguel; MANRIQUE, Gerardo. *Sistema de justicia de ejecución penal:* sujetos procesales en torno a la prisión en México. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018.

SILVA, Joana Coelho; MELLO, Priscila Vargas; RUDNICKI, Dani. Ser agente na prisão feminina: entre a assistência, a disciplina e o respeito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 141, ano 26, p. 187-212, mar. 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A falta disciplinar por prática de fato definido como crime doloso na execução penal. Um enfoque sob a ótica dos standards probatórios, de Thiago Colnago Cabral – *RT* 960/145-166 (DTR\2015\13208); e
- Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988, de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Tiago Bunning Mendes – *RBCCrim* 145/319-366 (DTR\2018\17974).

Curandeirismo: o bem jurídico saúde pública a serviço de uma política criminal racista

Healerism: the criminal juridical asset public health serving a racist criminal policy

Mariana Lins de Carli Silva

Mestranda em Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, com início em 2018. Bacharel em Direito pela Universidade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) em 2014.
mariana.linscs@gmail.com; mariana.lins@usp.br

Recebido em: 19.07.2018
Aprovado em: 01.10.2018
Última versão do(a) autor(a): 13.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O texto pretende desenvolver uma análise da criminalização do curandeirismo no Brasil, a partir da influência do contexto histórico da virada do século XIX para o XX. Com base no panorama referido, busca-se tecer uma análise da saúde pública à luz da teoria do bem jurídico-penal, em sua vertente sociológica, e amparada pelos postulados da criminologia crítica, com o objetivo de limitar o poder punitivo estatal. Com o auxílio da produção acadêmica da medicina, é possível ampliar a noção de saúde pública para a concepção de saúde coletiva, que apresenta uma matriz principiológica compatível com a argumentação pela descriminalização do tipo penal. As principais conclusões versam sobre a possibilidade jurídica e empírica do fim do crime de curandeirismo, bem como a necessidade de um olhar para as novas formas de política criminal racistas fundadas na saúde pública como bem jurídico-penal.

Abstract: The text aims to develop an analysis of the criminalization of the healerism in Brazil, from the influence of the historical context of the turn of century XIX to XX. Based on this panorama, it is sought to weave an analysis of public health in light of the theory of criminal juridical asset, in its sociological aspect, and supported by the postulates of critical criminology, with the objective of limiting the state's punitive power. With the help of the medicine's academic production, it is possible to extend the notion of public health to the conception of collective health, which presents a principiological matrix compatible with the arguments for the decriminalization of the criminal type. The main conclusions are about the legal and empirical possibility of ending the healerism's crime and the need to look at new forms of racist criminal policy based on public health as a criminal juridical asset.

Silva, Mariana Lins de Carli. Curandeirismo: o bem jurídico saúde pública a serviço de uma política criminal racista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152. ano 27. p. 145-171. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

Palavras-chave: Curandeirismo – Racismo – Saúde pública – Bem jurídico-penal – Descriminalização.

Keywords: Healerism. Racism – Public health – Criminal juridical asset – Decriminalization.

Sumário: Introdução. 1. A criminalização do curandeirismo no Brasil. 1.1. Modernizar e embranquecer: os sentidos da "Ordem e Progresso" na virada do século XIX para o século XX. 1.2. Tipificação no Código Penal de 1940. 2. Uma análise à luz da teoria do bem jurídico-penal. 2.1. Em busca da limitação do poder punitivo. 2.2. Da proteção da saúde pública à promoção da saúde coletiva. 3. Rumo à descriminalização. 3.1. A contribuição de princípios penais fundamentais. 4. Saúde pública na atualidade: velho alvo, nova mira. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Benzedeiras, pajés, pais de santo, mães de santo, homeopatas, fitoterapeutas, reikianos, pastores evangélicos, padres exorcistas, aplicadores de passes espíritas. A conexão entre religiosidade e formas de lidar com a dor e o sofrimento é um fenômeno múltiplo e cultural, em estrita relação com a história da ancestralidade de seus povos. Por se tratar de uma questão imbricada socialmente, carrega também as marcas das relações de poder de seu tempo, sendo imprescindível a compreensão do cenário político-econômico para analisar seus significados e compreender em que medida as disputas políticas cercam certas práticas mais do que outras.

De uma leitura simples do tipo penal do curandeirismo, podem-se extrair duas perguntas iniciais: por quais motivos, em determinado momento, o poder legislativo brasileiro decidiu criminalizar uma variedade de condutas relacionas a outras formas de cura? Será que todos esses perfis enquadráveis no crime são vistos como perigosos e sofrem, efetivamente, ação repressiva do estado? Tais questionamentos são os grandes vetores de investigação do presente artigo, que busca desvendar a motivação real da criminalização, a partir das tensões sociais instaladas em certo momento histórico. Para isso, entende-se relevante atentar-se à conjugação entre medicina e direito, que desencadeou o uso jurídico da expressão "saúde pública", lastro da criminalização do curandeirismo e substância do bem jurídico-penal tutelado. Busca-se verificar como a teoria do bem jurídico-penal pode contribuir para desestabilizar tecnicamente a legitimidade do tipo penal. Aliado a isso, a mobilização do conceito de saúde coletiva, contraposto à saúde pública, se coaduna com uma perspectiva de coexistência de diferentes práticas terapêuticas de cura.

A metodologia utilizada se aproxima de uma investigação bibliográfica sobre o curandeirismo e os temas correlatos pertinentes, tecendo um tratamento interdisciplinar, tão fundamental na seara da criminologia. São usados como fontes pesquisas consolidadas, artigos científicos, livros de doutrina e dados oficiais. A hipótese é de que o racismo estrutural está no DNA do sistema penal brasileiro, movendo a política criminal desde a origem da tipificação do curandeirismo, e que se atualiza conforme a conjuntura social. Apesar disso, acredita-se que o rumo da descriminalização é possível, por meio de uma reflexão jurídica que não abre mão de um posicionamento político crítico e democrático, e que permaneça comprometida com uma transformação radical do genocídio da população negra e seus novos contornos.

1. A criminalização do curandeirismo no Brasil

1.1. Modernizar e embranquecer: os sentidos da "Ordem e Progresso" na virada do século XIX para o século XX

O surgimento do período conhecido como a Primeira República (1889-1930) foi marcado, a um só tempo, pela herança escravocrata e por uma intensa demanda de modernização do país. A escravidão de negros, motor econômico da produção nacional à época, sofria pressões externas e internas que buscavam alterar a forma como a força de trabalho se instituía estruturalmente no país, mudança percebida como condição para o projeto de desenvolvimento econômico. A despeito de toda a luta e resistência do povo negro, o fim da escravidão amparada por lei não contou com políticas públicas e transformações que rompessem com o racismo estrutural. Agora libertos, mas ainda sem terras, sem escolas, sem empregos, os ex-escravos foram empurrados para trabalhos nas fazendas com baixíssimos salários ou mesmo em regimes de servidão por dívida.

Nesse mesmo período, o mundo ocidental vivenciava a ascensão das teorias eugenistas, representada pelo positivismo criminológico no âmbito do sistema penal. A ideia de que havia perfis biológicos com cargas genéticas superiores, identificadas com os brancos, sobretudo os europeus, embasou uma série de práticas que buscavam justificar o racismo sob o manto da cientificidade. O racismo científico era o argumento oficial utilizado para promover o embranquecimento da população brasileira na virada do século XIX para o XX. Esse projeto de construção de uma identidade nacional por meio do branqueamento da negritude contou com o papel desempenhado pelo fomento à imigração de mão de obra europeia. O incentivo estatal para a entrada de alemães, espanhóis e italianos almejava compor uma limpeza moral e cultural ao mesmo tempo que representavam

a incorporação da modernização capitalista. Nascia então uma brasilidade mestiça que, por ser resultado de um projeto político de clareamento do fenótipo negro aqui tão presente, integrava a política embranquecedora. "O mestiço era admitido como elemento transitório que levaria a constituição de uma nação de brancos." (SANTOS; SILVA, 2018, p. 266.) Percebe-se essa política enquanto manifestação do mito da democracia racial cujos frutos genocidas persistem na atualidade.

Nesse contexto, havia mais um elemento de resistência e contestação negra que precisava ser combatido: a cultura religiosa de origem africana. Cultos mágico-religiosos e práticas curativas fora da medicina tradicional eram vistas como manifestações de subdesenvolvimento, e que, portanto, também precisavam ser eliminadas em nome da ordem e do progresso. A investida estatal sobre a resistência de rituais de cura ligados a tradições culturais de africanos e indígenas se materializou em uma articulação que envolveu o monopólio da cura pela atividade médica com as políticas urbanas higienistas, apoiada pela produção de um discurso jornalístico repressivo. Serão vistos, então, alguns dos principais aspectos dessa combinação que desencadeou a criminalização de práticas compreendidas como curandeirismo.

O crescimento das cidades, impulsionado pela expansão da produção de café e pela nascente industrialização, concretizou-se em um processo de urbanização desordenada e sem planejamento, sobretudo nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Essa nova forma de ocupar o espaço no contexto pós-abolição era vista pelo estado brasileiro como fonte de preocupações em relação ao controle social de parcela específica da população.

> Em todos os principais centros urbanos brasileiros do final do século XIX, o temor das autoridades em relação à delinquência, à vadiagem e a quaisquer expressões culturais que contrariassem a implantação da modernidade republicana encontrou, na ideia de contágio social, moral e mesmo físico, o respaldo teórico para se tornar uma prática científica interventiva. (SCHRITZMEYER, 2004, p. 68.)

Surgem, então, as políticas urbanas higienistas, que contavam com a colaboração de médicos para localizar doenças e mazelas em determinados espaços, formulações conhecidas como topografias médicas. Esse olhar interventivo estava voltado para grupos e locais específicos, marcados pela pobreza, grandes jornadas de trabalho, insalubridade e uma moralidade tachada negativamente, associada à vadiagem e à sujeira enquanto traços atribuídos aos negros e seus descendentes. Estava em curso um projeto sanitarista a serviço da tão desejada

ordem e progresso por meio de campanhas de moralização dos costumes e de imposição de um combate às enfermidades; tudo fazia parte das reformas urbanas, que buscavam diagnosticar os doentes e literalmente impor os devidos remédios, à revelia de qualquer anuência.

Em um momento de grandes epidemias de cólera, varíola e febre amarela, foi disseminada a necessidade de uma intervenção protagonizada justamente por aqueles que estavam comprometidos com os ideais positivistas nacionais, e que, em troca, adquiriam a proteção estatal do monopólio do exercício da cura – os médicos.

> A oficialização da medicina social desencadeou a utilização, pelo Estado, de campanhas de higienização social e planos de prevenção eugênica, garantindo aos médicos credenciados o exercício do monopólio da 'prática curativa' e às associações médicas o controle da 'saúde púbica'. (SCHRITZMEYER, 2004, p. 70.)

Vistos como os detentores oficiais e exclusivos do poder de cura de enfermidades, médicos com ações de caráter autoritário que não respeitavam a autonomia do paciente sempre foram percebidos com desconfiança pela população. Muitos inclusive acreditavam que os doentes eram incapazes de informar os sintomas que tinham no corpo. Verificou-se, assim, a origem coercitiva do poder-saber médico, tendente a contribuir enquanto mais um mecanismo de controle social da população que precisava ser mantida sob as rédeas estatais.

Vale ressaltar que a população explorada e oprimida pelo racismo estrutural resistia e combatia as perversidades estatais. O período da Primeira República também foi marcado por grandes insurreições populares: Revolta da Armada (1893-1894); Revolta da Chibata (1910); Guerra de Canudos (1893-1897); Guerra do Contestado (1912-1916); Revolta da Vacina (1904). A Revolta da Vacina representa uma síntese do autoritarismo dessas ações sanitaristas, que fez com que boa parte da população não confiasse nos médicos. O suposto cuidado era concretizado de modo violento, sob o comando do médico Oswaldo Cruz. As ordens se dirigiam a demolir moradias pobres, como cortiços e habitações precárias, e autorizar invasões domiciliares para investigar pragas e forçar a vacinação contra a varíola, sem qualquer explicação sobre o que significava a vacina e seus efeitos esperados, muito menos um espaço de escuta de dúvidas sobre o procedimento. A população pobre e negra, que historicamente foi tratada com violência pelo estado, continuava desconfiada dessas ações pretensamente em seu favor, reivindicando a sua autodeterminação para escolha de como achava mais adequado tratar suas doenças. As práticas curativas associadas a cultos religiosos

afro-brasileiros e indígenas concretizavam o amparo às suas demandas de cura, a identificação com sua ancestralidade e a organização da resistência das culturas que haviam sofrido tentativas de extermínio.

O catolicismo era a religião oficial do Brasil desde o início da colonização, empurrando para a clandestinidade as demais práticas religiosas, como o candomblé, culto africano trazido como bagagem cultural dos negros escravizados. A interação com os imigrantes trabalhadores que chegavam ao Brasil fez surgir um novo culto de matriz afro-brasileira: a umbanda. A subversão do olhar repressivo positivista em curso também se manifestava na associação positiva entre as diferentes culturas e crenças promovida pela umbanda, que se caracterizava por integrar divindades africanas, indígenas e europeias, fazendo dos terreiros um local receptivo a negros, mestiços e imigrantes. Mais uma vez, a religião que destoava da oficialidade católica e guardava traços da cultura africana era perseguida: "por ter florescido em zonas marginais, associadas à criminalidade, e por ter como elemento central a possessão e o transe dos adeptos, sinais considerados pelo discurso médico como indicadores de loucura, a umbanda, desde o início, foi reprimida" (SCHRITZMEYER, 2004, p. 66).

A definição pejorativa de curandeiros, bruxos, feiticeiros destinada às pessoas que promoviam e participavam de rituais de candomblé e umbanda contou com o apoio da mídia. A disseminação desse discurso que movia a repressão punitiva pode ser observada em reportagens de jornais da época. Em estudo sobre reportagens de jornais na primeira década republicana, Gabriela Sampaio dos Reis analisou discursos relacionados aos considerados curandeiros e charlatães. A autora constata que "os jornais pareciam encampar a batalha civilizadora dos médicos, denunciando e perseguindo as práticas que julgavam atrasadas, ligadas a africanos e seus descendentes" (2014, p. 39).

Nesse contexto, o discurso médico hegemônico já refletia que tanto a vítima quanto o suposto autor das práticas curativas extraoficiais deveriam ser encarados como ignorantes, um retrato que buscava deslegitimar a sabedoria popular de origem indígena e africana para justificar a exclusividade da competência da medicina oficial. Era necessário forjar a percepção de que havia um baixo nível cultural em jogo, o que provocava a tutela do estado para protegê-los da própria estupidez. Se, desde o Império, a categoria dos médicos já pressionava por amparo legal da exclusividade do exercício da cura de enfermidades, com a ascensão da República, estavam desenhados os argumentos aptos a impulsionar um programa de criminalização a essas práticas religiosas curativas. De um lado, médicos satisfeitos com o amparo estatal ao domínio de sua categoria de um verdadeiro mercado de doentes; de outro, o projeto desenvolvimentista racista

saciado com o apoio de dois grandes braços para o controle social dos indesejáveis: a medicina e o direito.

Foi assim que o poder punitivo oficial conferiu exclusividade de perícia técnica em exercer a cura aos médicos por meio da criminalização de práticas que seriam enquadradas no curandeirismo e nas figuras da prática ilegal da medicina e do charlatanismo, todos tipificados no primeiro Código Penal republicano de 1890[1]. A união de juristas e médicos para combater condutas reputadas como ameaças à saúde pública, fruto de uma cor que simbolizava o atraso e precisava ser apagada. Assim:

---

1. Código Penal de 1890, instituído pelo Decreto 847/1890

   Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:

   Penas – de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

   Paragrapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio ilegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

   Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

   Penas – de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

   § 1º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas:

   Penas – de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.

   § 2º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles.

   Art. 158. Ministrar, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer fórma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro:

   Penas – de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

   Paragrapho unico. Si o emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funcções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de orgão ou apparelhoorganico, ou, em summa, alguma enfermidade:

   Penas – de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.

   Si resultar a morte:

   Pena – de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.

> Estava declarada uma verdadeira guerra médico-policial-jurídica contra os mais diferentes agentes terapêuticos populares e suas respectivas atuações curativas. Reunidos sob os rótulos de praticantes ilegais da medicina, charlatães ou curandeiros (arts. 156, 157 e 158, do CP/1890, respectivamente), podiam ser encontrados, no final do século XIX: velhos pajés-caboclos sobreviventes de tribos e nações indígenas desagregadas, negros feiticeiros herdeiros de tradições mágicas africanas, negros rezadores e curadores integrados aos quadros do catolicismo popular, santos milagreiros, beatos, benzedeiras, raizeiros, curadores de cobras e até adeptos de religiões ainda não pacificamente reconhecidas pelo Estado, como o espiritismo. (SCHRITZMEYER, 2004, p. 76.)

A origem histórica da tipificação do curandeirismo auxilia a compreensão dos objetivos da criminalização. Como nos alerta um dos grandes postulados da criminologia crítica (BARATTA, 2011), a seletividade penal opera por meio de uma movimentação complementar entre criminalização primária e criminalização secundária. A primeira consiste na escolha político-criminal de determinados comportamentos que se deseja proibir e punir mediante uma formulação legislativa penal. A segunda, por sua vez, contempla a ação das agências de controle estatal, que capturam determinadas pessoas que supostamente tenham cometido um ato criminalizado. Enquanto a criminalização primária descreve tipos penais, elegendo bens jurídicos a serem tutelados, a criminalização secundária se materializa na busca pela criminalidade em territórios e em perfis determinados, definidos pela raça e pobreza. Dessa forma, a retomada do contexto histórico que fez nascer a criminalização permite verificar que ela foi movida por fatores econômicos e políticos da época, sendo que a eleição do bem jurídico-penal "saúde pública" a ser protegido pela proibição de práticas enquadradas no "curandeirismo", em verdade, consistiu em uma carta branca que viabilizaria a repressão de culturas de origem africana, que manifestam uma resistência do povo negro.

A atuação policial repressora direcionava-se a locais marcados por cultos afro-religiosos, entendidos como *locus* preferencial da criminalidade. Nesse sentido, Josivaldo Pires de Oliveira pesquisou a incidência do curandeirismo na primeira metade do século XX na região baiana de Feira de Santana, região em que o candomblé é bastante presente. Ele concluiu que a maior parte dos processos criminais acessados na pesquisa ser referiam a praticantes de candomblé como curandeiros.

> Em alguns destes, o réu é indiciado apenas por bater candomblé sem a autorização do delegado de polícia. Há, então, um elemento importante a ser considerado no tocante à característica das práticas de repressão policial aos

> adeptos do culto afro-brasileiro em Feira de Santana, constatado inclusive no caso de Lina: as prisões não eram realizadas unicamente por bater candomblé, mas principalmente por exercerem os saberes mágicos afro-brasileiros identificados como "feitiçaria", "magia negra" e "curandeirismo". O candomblé era apenas um elemento agravante (OLIVEIRA, 2012, p. 59)

Embora outros cultos religiosos pudessem ser encaixados no tipo penal, a atuação repressiva policial e judicial direcionava-se, desde o início, à parcela específica da população, cristalizando a imunidade a outras figuras, como o exorcismo praticado por sacerdotes, vinculado ao catolicismo, ou a circuncisão masculina realizada por rabinos, atrelado ao judaísmo, ou mesmo o reiki, prática de origem budista que promove a cura por meio da energia das mãos. Na pesquisa realizada pela antropóloga Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (2004), foi possível verificar que entre 1900 e 1990, os julgados analisados manifestavam o curandeirismo como tipo penal mais incidente (quando comparado ao exercício ilegal da medicina e ao charlatanismo), tornando-se um verdadeiro curinga. Mas, no jogo repressivo, essa carta era utilizada apenas em casos vistos como necessários, identificados com práticas que expressavam uma mistura de diferentes culturas, africanas, europeias e indígenas, vistas como um atraso, um mal a ser controlado e punido.

1.2. Tipificação no Código Penal de 1940

Com o advento do Estado Novo (1937-1945) e o governo de Getúlio Vargas, foi promulgado um novo Código Penal em 1940, que, reformado em 1984, continua vigente nos dias atuais. Percebe-se que a previsão normativa de controle de determinadas práticas religiosas terapêuticas persistiu no bojo da política criminal brasileira. Atualmente, o texto em vigor prescreve o seguinte:

> Código Penal
>
> Art. 284. Exercer o curandeirismo:
>
> I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;
>
> II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;
>
> III – fazendo diagnósticos.
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.
>
> Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

Previsto no Capítulo III, que trata dos crimes contra a saúde pública, o tipo penal apresenta como bem jurídico-penal tutelado a saúde pública. Antes de

adentrar especificamente nesse tema, que será analisado com mais profundidade no tópico subsequente, entende-se relevante apresentar uma breve reflexão acerca de alguns dos principais aspectos do tipo penal.

O *uso de gestos* consiste em atitudes, posturas, passes, manipulações, ao passo que o *uso de palavras* abarca rezas, benzeduras, encomendações, esconjuros. Outros meios, como invocação de espíritos ou magia também são contemplados (PRADO, 2017). Reconhece-se, nesse ponto, que todo movimento exercido por qualquer membro religioso que tivesse a intenção de curar mazelas poderia ser abarcado. Padres católicos fazendo gestos da cruz e jogando água benta ou mesmo pastores evangélicos em seus rituais de imposição de mãos para afastar o demônio[2], a princípio, poderiam ser acusados de curandeirismo. Mas, como visto no tópico anterior, a seletividade penal garante a imunidade massiva para aqueles que não são vistos como grupo a ser reprimido.

O elemento subjetivo do tipo é o *dolo*, isto é, pela consciência e vontade do agente de exercer o curandeirismo em qualquer das condutas descritas anteriormente. Não se verifica a modalidade culposa. Assim, mesmo que a protagonista não queira causar um dano à pessoa – dano que não precisa de materializar –, o simples ato de buscar a cura por métodos fora da medicina oficial é compreendido como perigo. Não suficiente, ainda que práticas religiosas e/ou terapêuticas não apresentem sua atividade como método exclusivo de cura, abrindo caminho para relações complementares com as atividades médicas, por exemplo, essa postura em nada serve para afastar a verificação do dolo.

Certamente, o fato de consistir em *crime de perigo abstrato* é um ponto fundamental para a discussão à luz da teoria do bem jurídico-penal, tendo em vista que não há necessidade de concretização de um dano efetivo a alguém para configurar a incidência do tipo penal. A presunção de um perigo atravessa uma visão preestabelecida sobre o que é compreendido preferencialmente como prestes a gerar um prejuízo, já que é absolutamente impossível prever todas as ações humanas que podem causar lesões. O temor supostamente generalizado e abstrato funda-se apenas na ausência de comprovação científica acerca da eficiência do método, pois, "afinal, se supõe que não se produza, como derivação, um

2. "Ide por todo o mundo, e pregai o Evangelho a toda a criatura. Quem crer e for batizado, será salvo; mas quem não crer, será condenado. Eis os milagres que acompanharão os que crerem: Expulsarão os demônios em Meu nome, falarão novas línguas, pegarão em serpentes e, se beberem alguma coisa mortífera, não lhes fará mal; imporão as mãos sobre os doentes, e serão curados." (Trecho da Bíblia, Marcos, capítulo 16, versículos 15 a 18.)

resultado favorável à saúde das pessoas, mas pode ocorrer, igualmente, justamente o contrário" (BUSATO, 2017, p. 267). Para boa parte dos penalistas brasileiros, os tipos penais de perigo abstrato baseiam-se em presunção *jures et de jure* de resultado, o que afeta negativamente um direito penal fundado na responsabilidade pessoal e macula o direito de defesa, ao não admitirem prova em contrário da ausência da lesividade (BOTTINI, 2010). Esse ponto será melhor abordado no item referente aos princípios de direito penal.

A *pena* cominada é de detenção de seis meses a dois anos. Caso incida a *circunstância qualificadora* do parágrafo único, será o agente também será multado. Se do crime doloso resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada pela metade; se resultar morte, aplicar-se-á em dobro a pena. A ação penal é a pública incondicionada de competência dos *Juizados Especiais Criminais* (art. 61 da Lei 9.099/95), sendo possível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).A atribuição da qualidade de *crime de menor potencial ofensivo* (pena máxima é de até dois anos), na visão de Paulo César Busato, indica que o fato deve ser descriminalizado: "Se a obediência aos princípios próprios do Juizado Especial Criminal, que são precisamente os princípios do direito administrativo, bastam para o caso, não há necessidade nenhuma de persistir a preservação dessa conduta sob controle social de matéria penal." (2017, p. 270)

A apresentação e a reflexão sobre as características dogmáticas, com os pés fincados no histórico da criminalização, buscou estabelecer alguns pressupostos para que seja possível construir uma reflexão mais atenta em relação à maleabilidade da teoria do bem jurídico-penal, buscando posicioná-la como mecanismo de contenção do poder punitivo.

2. Uma análise à luz da teoria do bem jurídico-penal

2.1. Em busca da limitação do poder punitivo

Como ensina Ana Elisa Bechara, o bem jurídico-penal nasce da crítica à teoria da lesão de direitos subjetivos de Feuerbach (2014, p. 89), visto como uma generalização ampla e abstrata. No contexto pós-Revolução Industrial, os estados buscavam mecanismos de incrementar sua ação no âmbito punitivo. Foi nesse cenário que o alemão Birnbaum introduziu o conceito de bem jurídico-penal, em substituição à ideia de dano a direitos subjetivos. Amparado pelo positivismo em ascensão, essa nova direção permitiu uma expansão do alcance do sistema penal na sociedade.

Birnbaum contrapôs, assim, a doutrina desenvolvida por Feuerbach da lesão de um direito à da lesão de um bem, ressaltando duas situações críticas nas quais

a equação delito-lesão do direito subjetivo não seria verificável: os delitos de perigo (compreendida também a tentativa) e as infrações de polícia (BECHARA, 2014, p. 96)

Com a formulação de Birnbaum, a partir do século XIX, o poder punitivo passa a se voltar também à possibilidade de dano, antecipando a própria concretização de lesões. Esse perigo de dano apresenta-se como um temor idealizado, fora do plano da realidade material. A construção dessa idealização perpassa uma série de experiências e valores preestabelecidos, que guiarão o desenho e a cor do perigo em determinados contextos históricos. É este o enfoque da análise da tipificação do curandeirismo que irá ser tecido.

Entre as diversas vertentes que foram desenvolvidas a partir de Birnbaum, em razão do alto grau de complexidade que cada uma comporta, o texto propõe um recorte específico para se ater aos principais aspectos da teoria sociológica do bem jurídico. Essa escolha também se baseia no entendimento de que esta corresponde à vertente com maior potencial de promover um direcionamento no sentido da limitação do poder punitivo.

Winfried Hassemer foi o destaque dos pensadores da corrente sociológica da teoria do bem jurídico-penal. Influenciado por Michael Marx, que compreendia que o bem jurídico deve estar atrelado a uma concepção pessoal do Estado e do direito, Hassemer entende que é necessário que o conteúdo relacione, a um só tempo, o conceito material de delito e o conteúdo de bem jurídico no bojo dos limites do Direito Penal, à medida que esses conceitos estejam situados fora do âmbito jurídico-penal positivado (BECHARA, 2014, p. 131). Nesse sentido, a compreensão de lesão jurídica é dotada de substrato axiológico:

Para Hassemer, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes do contexto social e cultural. Formula-se uma doutrina realista do bem jurídico, ancorada em diretrizes político-criminais de ordem racional (política criminal funcionalisticamente racional). As teorias sociológicas são por ele classificadas conforme cumpram uma função crítica ou sistemática. As primeiras situam a noção do bem jurídico além do Direito Penal, transcendem o sistema. De outro lado, as sistemáticas reduzem-no a uma criação do legislador e são, por isso, imanentes ao sistema (PRADO, 2011, p. 41).

Entende-se ser mais adequada a dimensão da teoria sociológica do bem jurídico que enuncia que a eleição desses valores não pode se restringir à vontade do legislador, e que deve se relacionar à ideia de danosidade social. Dessa forma, se a busca por tutelar determinado bem jurídico causar mais danos a outro bem jurídico, não se verifica danosidade social suficiente a sustentar a criminalização, como será exposto mais adiante, no tópico sobre a descriminalização.

Helena Regina Lobo da Costa aborda a filiação do brasileiro Juarez Tavares à concepção de bem jurídico calcada na centralidade da pessoa e com a função de limitação à atuação estatal. "O bem jurídico – diz o autor – 'é um elemento da própria condição do sujeito e de sua proteção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real'." (COSTA, 2012, p. 139-140.) A expressão "objeto de preferência real" sinaliza quais caminhos percorrer para encontrar sua fonte, qual seja, as relações de poder em determinada sociedade.

Outro importante nome dessa corrente é o espanhol Santiago Mir Puig que entende que a fonte do conceito do bem jurídico reside nas necessidades sociais, e não em uma valoração moral e subjetiva. Nas palavras de Ana Elisa Bechara, o autor identifica bens jurídicos enquanto "condições necessárias para um correto funcionamento do sistema social, traduzidas em concretas possibilidades de participação do indivíduo nos processos de interação e comunicação social" (2014, p. 133). A crença de que, sob a bandeira da política criminal liberal, se possa utilizar a teoria do bem jurídico para limitar o poder punitivo está presente em seus estudos (PUIG, 2011, p. 120).

O alemão Ulfrid Neumann também integra o conjunto dos penalistas que compõe a teoria sociológica do bem jurídico-penal. Ele elucida que o papel da religião em determinada sociedade pode gerar tipos penais que não se coadunam com uma ordem jurídica secular, fundada no reconhecimento do indivíduo (2012, p. 521). Assim, sua contribuição é valiosa no sentido de perceber como as relações desiguais de poder na sociedade refletem na criminalização de condutas. Esse ponto parece fundamental para compreender que a teoria do bem jurídico consiste em um modelo temporalizado, cuja matriz sociológica precisa se vincular à dimensão democrática, de modo que ela "não serve de parâmetro penal a um sistema de bases ideológicas, como num Estado que se sustenta em determinada religião ou (por exemplo) numa ideologia racista" (2012, p. 522).

A relação com o modelo de Estado, sistema e forma de governo é muito bem salientada por Helena Regina Lobo da Costa, que esclarece que não se pode esquecer de que essa relação é inexorável para auferir o rendimento da teoria do bem jurídico-penal para contenção do poder punitivo: "evidentemente, nem a mais perfeita teoria da limitação do poder estatal poderia dar frutos em um contexto de absoluto autoritarismo estatal." (2012, p. 147.)

As críticas às concepções sociológicas se referem à percepção da realidade social. No Brasil, por exemplo, o contexto neoliberal, consubstanciado nos sistemas de opressão, como o patriarcado e o racismo, a complexidade e as contradições das relações sociais, apresenta-se em constante tensão, o que dificulta a

elaboração de consensos sobre quais interesses devem ser tutelados pelo direito penal. Em tempos de democracia formal, ou mesmo estado de exceção, relegar à sociedade, também de forma abstrata, pode significar incremento do autoritarismo punitivo, como tem-se observado no Brasil, sobretudo nos últimos anos. De outro lado, essa é a teoria que volta os olhos para a sociedade, diferentemente da vertente constitucional que busca em outra norma a fonte para a reflexão tanto da legitimação quanto da limitação do sistema penal. Assim, acredita-se que a corrente sociológica, em diálogo com a criminologia crítica, permite um debate mais transformador no sentido de desestabilizar criminalizações e, consequentemente, gerar descriminalizações.

A contribuição da criminologia crítica para a teoria sociológica do bem jurídico reside em escancarar a estrutura econômica em que se articulam as relações sociais, sobretudo no capitalismo. Juarez Cirino dos Santos, com a Criminologia Radical, ensina que uma análise estrutural do sistema penal compreende a disciplina do trabalho e o controle social de modo inseparável, tendo em vista que justiça econômica e justiça penal são aspectos de um mesmo fenômeno (2008, p. 43). Assim, quando se pretende analisar as demandas da sociedade a serem tuteladas pelo direito penal, a percepção da criminologia crítica afasta uma possível ingenuidade nesse olhar, o que auxilia a concretizar limites críticos ao controle penal.

Percebe-se que o terreno da criação da lei penal incriminadora vincula-se estritamente à política criminal de uma sociedade em determinado momento histórico-econômico-cultural. Como visto no tópico anterior, no Brasil da virada do século XIX para o XX, práticas religiosas terapêuticas de origem africana – como o candomblé, ou que integravam diversas culturas – como a umbanda, eram vistas como um perigo à nascente modernização nacional. Dos interesses das elites oligárquicas, foi necessário atribuir a esses grupos a potencialidade de danos à sociedade, para, assim, reprimi-las por meio da criminalização de condutas no bojo do curandeirismo. Para forjar a legitimação do tipo penal, foi então incorporada a noção de saúde pública enquanto bem jurídico-penal.

2.2. Da proteção da saúde pública à promoção da saúde coletiva

A dilatação do alcance do poder punitivo estatal brasileiro, decorrente de novas demandas de parcela da sociedade com interesses e poder para determiná-las, é em boa parte amparada pela disseminação de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, como é o caso da saúde pública. Esse sentido polissêmico pode variar de uma referência à somatória da saúde dos indivíduos ou até expressar o interesse do estado em preservar o *status quo* social. Juristas, esforçando-se para

cunhar a substância do termo, propõem alguns critérios. Para Paulo César Busato, é necessário verificar três características para a configuração da saúde pública: a inexcluibilidade, a irrivalidade e a não distributividade:

> Observando a saúde pública, como somatório de saúdes individuais, permitiria reconhecer a inexcluibilidade, pois todas as pessoas têm direito à proteção de sua vida e integridade física, e a irrivalidade, uma vez que a exploração dela não diminui as possibilidades que outro a desfrute. Porém, não atenderia claramente à característica da não distributividade, já que é perfeitamente possível dividi-la em partes e atribuir uma porção a cada indivíduo, como, aliás, precisamente é o que se faz. (BUSATO, 2017, p. 184.)

Em uma vertente ainda mais cética ao encontro do significado da expressão, Emilia Giuliani acredita que se trata de um suposto bem, cuja ideia altamente abstrata sobre sua constituição impede até mesmo saber o que seria uma saúde pública sã (2016, p. 31). Para a autora, "pode-se dizer que a saúde pública é um bem apenas aparentemente supraindividual porque também em relação a ela não se consegue definir um conteúdo material minimamente palpável" (GIULIANI, 2016, p. 30).

Para Pierpaolo Cruz Bottini, a ausência de um referente individual acarreta uma liberdade de atuação do direito penal que não condiz com a dignidade da pessoa humana garantida constitucionalmente. Para ser compatível ao Estado Democrático de Direito e, portanto, cumprir seu papel de contenção da repressão estatal, o bem jurídico, seja ele qual for, "deve apresentar características mais concretas e passíveis de reconhecimento objetivo e distanciar-se das abstrações que comportam flexibilizações de variadas espécies que podem desencadear a utilização arbitrária do poder punitivo" (BOTTINI, 2010, p. 145-146). Sobre quem tem poder para delimitar esses conteúdos, assevera:

> A caracterização do bem jurídico como conteúdo material do injusto exige que a identificação de condutas penalmente relevantes seja precedida por um debate sobre os interesses sociais relevantes e a necessidade de sua proteção. Sabe-se que este debate é permeado por demandas de grupos sociais interessados na fixação da pauta do ilícito, flexibilizando o conceito material de bem jurídico e tornando fluido seu conteúdo. (BOTTINI, 2010, p. 179.)

Dessa forma, a tutela penal da saúde pública não se sustentaria por sua ausência de delimitação de conteúdo, tendo em sua elasticidade conceitual a expressão de sua ilegitimidade.

Ana Elisa Bechara, citando Hernán Hormazábal Malarée, esclarece que há de se exigir no núcleo dos bens jurídicos coletivos a proteção de um bem jurídico

individual, para assegurar que tais bens não se transformem em proteção de interesses coletivos próprios de regimes autoritários, que geralmente violam direitos individuais (2014, p. 226). Neste ponto, mais uma vez, percebe-se que a relação com a conjuntura social é determinante para a configuração da cobertura concedida ao sistema penal.

Como visto, o termo saúde pública no âmbito do direito penal passa a ser incorporado com a finalidade de garantir o monopólio da cura de enfermidades aos médicos e reprimir determinados grupos que praticavam cultos mágico-religiosos também almejando a cura de enfermidades. Então, para tentar desvendar essa polissemia inerente à expressão, além do empenho dos juristas, resta ainda um esforço interdisciplinar: acessar a produção da Medicina sobre o assunto. Aliás, foi justamente essa categoria que, ao reivindicar a proteção legislativa para garantir o monopólio da cura, aliou-se ao Direito, cunhando a expressão saúde pública para justificar a tipificação do curandeirismo. Assim, investigar as origens e os significados produzidos por esse outro campo parece útil também para a compreensão no âmbito jurídico.

Nas ciências médicas, nota-se uma contraposição que parece bastante pertinente à reflexão sobre os fatores determinantes e o conteúdo do bem jurídico: a proteção da saúde pública e de promoção da saúde coletiva. Conforme Luis Eugenio P. Fernandes de Souza, há uma diferenciação ideológica e metodológica que separa as duas concepções. A *saúde pública* nasce no projeto sanitarista e incide sobre problemas de saúde definidos como doença, mortes e riscos ocorridos na esfera da coletividade, tendo como síntese de seu conteúdo a ausência de doença (2014, p. 17). Por sua vez, a *saúde coletiva* emerge de um movimento contra-hegemônico que critica o modelo sanitarista brasileiro, filiando-se ao materialismo histórico. Assim, é concebida como uma área da medicina social, que tem como objeto as necessidades da saúde, compreendidas enquanto todas as condições, não apenas para evitar e curar doenças, mas sobretudo para melhorar a qualidade de vida (SOUZA, 2014, p. 18). Essa atuação é necessariamente interdisciplinar e intersetorial, considerando a relação material entre estrutura da sociedade e as condições de saúde, de modo a visar a democratização da saúde no sentido da maior participação popular em seus rumos.

Esse contraste entre saúde pública e saúde coletiva permite refletir sobre o papel do Estado na promoção efetiva da saúde das pessoas, compreendendo a incidência de outras questões da sociedade como fatores fundamentais para se pensar a qualidade de vida, e não mais apenas a ausência de doença. No país, e principalmente nas grandes metrópoles, a saúde coletiva se propõe a uma análise sistemática que envolve não apenas o número de doentes, mas, também, o papel

da precarização do trabalho na saúde do trabalhador; o estresse acompanhado de alto índice de poluição do ar e sonora; o tempo dispendido no transporte público caro e de qualidade ruim; a dupla jornada para mulheres; a alimentação baseada em agrotóxicos; o sucateamento da previdência social; as condições ruins de saneamento básico em algumas regiões mais afastadas; a produção de lixo industrial jogada em rios e mares; o desmatamento de florestas; entre outros fatores. Em relação à saúde mental, somam-se ainda: os altos índices de violência contra mulheres e contra a população LGBTT; o medo da violência urbana, manifestado para uns (brancos) como medo de assalto e, para outros (negros), sentido nas abordagens policiais racistas em regiões periféricas. Obviamente, a saúde coletiva não reivindica para si a resolução de todas essas problemáticas sociais, mas busca olhar para o indivíduo de forma holística, compreendendo que esses fatores influenciam nos encaminhamentos a serem dispendidos para sua saúde.

Dessa forma, entende-se que o conceito da saúde coletiva abre um caminho para deslocar a proteção da saúde pública, sobretudo na esfera penal, para a promoção da saúde coletiva, situada nas inúmeras políticas públicas necessárias à promoção de direitos fundamentais à qualidade de vida. Não se busca, com isso, recair na legitimação da proteção do meio ambiente pela via penal, como mais um bem jurídico coletivo digno de tutela punitiva. Pelo contrário: acredita-se que todos esses fenômenos estão ancorados no modelo econômico vigente, e que medidas administrativas reguladoras e controladoras da atividade de grandes empresas e do próprio Estado, acompanhadas de políticas públicas democráticas e efetivas, podem ter um desempenho muito mais eficaz na contenção de danos provocados pelo neoliberalismo de cunho racista e patriarcal.

Voltando os olhos à saúde pública relacionada a práticas terapêuticas de cunho religioso, depreende-se que a dimensão da saúde coletiva também permite uma abertura a relações complementares com a medicina, o que contribui para a demonstração da ilegitimidade da criminalização do curandeirismo.

A formulação da saúde coletiva implicou em um novo referencial de atuação médica no país, passando a reconhecer outras práticas curativas, como a homeopatia, a fitoterapia e a acupuntura. Com a luta desse campo, as práticas terapêuticas complementares foram se incorporando à rede pública, de modo que em 2017, com a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares, o SUS contava com o oferecimento de 19 tratamentos alternativos[3]. Rodolfo Franco Puttini constatou, em sua pesquisa antropológica, que há um consenso

3. Disponível em: [www.brasil.gov.br/editoria/saude/2017/03/sus-passa-a-oferecer-mais-14-tratamentos-alternativos]. Acesso em: 17.06.2018.

entre agentes sobre o espaço de cura espiritual, identificado no interior do hospital como atividade terapêutica complementar à prática médica (2008, p. 89). Essa conclusão sinaliza a saudável coexistência da busca por métodos científicos e não científicos em uma mesma pessoa, o que demonstra a falácia de perigo de práticas não oficiais de cura.

Dessa forma, considera-se que a vertente sociológica da teoria do bem jurídico penal acena para a compreensão da realidade social de determinado momento histórico para vislumbrar quais forças políticas tiveram êxito em promover seus interesses por meio da tipificação de condutas. A busca do discurso médico sobre saúde pública se justifica, nesse sentido, por entender que foi justamente esse setor que engendrou a criminalização do curandeirismo. No entanto, como vozes contra-hegemônicas existem em todas as esferas, o encontro com a perspectiva da saúde coletiva propiciou novas reflexões sobre a construção de uma saúde mais democrática, que pode estabelecer relações complementares, e não excludentes e punitivas, com outras formas de alcançar a cura por meio de práticas mágico-religiosas.

3. Rumo à descriminalização

3.1. A contribuição de princípios penais fundamentais

A busca de explicações sobre processos de criminalização de condutas nas relações sociais de poder é o vetor proposto para analisar os objetivos reais por detrás dessa escolha política. Essa perspectiva visa questionar a legitimidade de tipos penais, o que instaura um terreno fértil para gerar a descriminalização. No entanto, acredita-se que, junto a isso, há que se somar o papel de princípios penais fundamentais capazes de fortalecer o alcance desse objetivo mediante a fundamentação jurídica. Dessa forma, a articulação de uma análise crítica da realidade social, por meio da teoria sociológica do bem jurídico-penal e da criminologia crítica, com princípios penais fundamentais, se manifesta de modo interessante ao estudo. Entre os vários princípios, optou-se por tratar de apenas três, tendo em vista a pertinência com o tema do curandeirismo e a tutela da saúde pública: a *ofensividade ou lesividade*; a *intervenção mínima*; e a *proporcionalidade*.

O princípio da *ofensividade ou lesividade* demonstra a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, como o curandeirismo. Isso porque há necessidade de se configurar uma lesão concreta a um bem jurídico tutelado penalmente, pois o perigo de lesão não é suficiente para criar a norma penal incriminadora. Como afirma Nilo Batista, "à conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que

pode legitimar a intervenção penal" (2011, p. 89). Para Batista, há quatro principais funções do princípio da lesividade: (i) proibir a incriminação de uma atitude interna; (ii) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; (iii) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; (iv) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (2011, p. 90-91). É possível depreender dessas funções a vedação da punição da autolesão, conduta que não ultrapassa o âmbito do próprio autor.

As práticas terapêuticas que podem ser enquadradas como curandeirismo, quando combinadas com tratamentos médicos, efetivamente não geram nenhum dano presumido à saúde individual ou mesmo à pública, mas, ainda que se considere hipótese em que a pessoa sofra de alguma lesão em sua saúde, neste caso, por ter consentido com o tratamento de cunho mágico-religioso, configura-se uma autolesão. Pode-se vislumbrar esse fato como socialmente reprovável, todavia, não se pode presumir ser suficiente para gerar uma punição no âmbito penal daquele que realizou a prática.

Vale salientar que há possibilidade de dano em todas as práticas terapêuticas, inclusive na medicina oficial. Erros médicos podem ser enquadrados na lesão corporal culposa[4], a depender da natureza do dano, sendo inexistente um tipo penal específico sobre essa hipótese. No entanto, como se trata de uma categoria com poderoso reconhecimento social, percebe-se uma maior incidência da responsabilização na esfera cível, o que atesta mais uma vez o caráter seletivo do sistema penal. Nota-se, portanto, que a atividade médica também pode ser vista sob a ótica do perigo, inclusive com alcance bastante relevante, considerando o grande contingente populacional que é atendido por médicos[5]. Com isso, a intenção

4. Código Penal:

   Lesão corporal

   Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...]

   § 6° Se a lesão é culposa:

   Pena – detenção, de dois meses a um ano.

5. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos da Saúde Suplementar em parceria com a Universidade Federal de Medicina, falhas que poderiam ser evitadas em hospitais públicos e privados são a segunda causa de morte mais comum no Brasil. "Evento adverso" é a denominação que pode abarcar desde falhas como dosagem ou aplicação de medicamentos, uso incorreto dos equipamentos, infecção hospitalar até erros médicos. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/11/22/a-cada-5-minutos-3-brasileiros-morrem-em-hospitais-por-falhas.htm]. Acesso em: 21.06.2018.

não é postular a criação de um novo tipo penal que abarque a atividade de médicos, mas, sim, demonstrar a falácia do combate ao perigo, bandeira da punição das práticas curativas consideradas sem cientificidade.

Outro elemento que permite refletir sobre a descriminalização é o *princípio da intervenção mínima*. O reconhecimento da gravidade da imposição de uma pena demanda que essa ingerência se dê em poucos casos, quando for demonstrado que outras áreas do direito são insuficientes para fazer cessar condutas danosas. Esse princípio atribui ao direito penal caráter excepcional, de *ultima ratio*, expressão de um Estado de Direito Democrático. Em relação ao curandeirismo, inexiste demonstração empírica e jurídica sobre a gravidade do dano das condutas proibidas, até porque a averiguação do dano é desnecessária, imperando a presunção de perigo à saúde pública, a despeito de toda carga abstrata e genérica, que facilita a atuação seletiva do sistema penal em relação ao controle de práticas específicas, como as de origem africana. Assim, verifica-se que a tipificação do curandeirismo não se coaduna com esse princípio.

Por fim, o *princípio da proporcionalidade* traz um questionamento central a toda e qualquer incriminação: "a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/o concreta do bem jurídico?" (SANTOS, 2014, p. 27.) Para auferir a proporcionalidade, exige-se a incidência cumulativa de três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme Belize Câmara Correia, a *adequação* consiste em verificar se o aparato penal propicia a realização efetiva da proteção do bem jurídico tutelado (2004, p. 62). Considerando que é o perigo à saúde pública o objeto da tutela oficial da criminalização, é impossível atribuir ao tipo penal a conquista da proteção plena da saúde pública por causa da indefinição do bem jurídico tão ressaltada neste estudo. Se não há clareza no que se deseja proteger, que dirá constatar sua efetiva proteção! Não suficiente, as práticas religiosas de rituais ou procedimentos de cura continuarão existindo, independentemente de sanção penal que vise proibi-las, por consistirem, sobretudo, em manifestações e memória da cultura africana e afro-brasileira", sobretudo.

A *necessidade* corresponde ao conteúdo do princípio da intervenção mínima, impondo que o meio escolhido para alcançar certo objetivo gere o menor prejuízo possível às partes envolvidas; prejuízo que deve ser averiguado pragmaticamente. Ressalta-se que a rejeição do perigo abstrato como legitimação para a criminalização significa que os casos em que houvesse efetivo dano seriam amparados por outros tipos penais, como a lesão corporal ou mesmo o homicídio. A presença dessas outras figuras típicas comprova a desnecessidade do curandeirismo.

Em terceiro plano, a *proporcionalidade em sentido estrito* demanda sopesar o impacto das violências geradas pela criminalização com a proteção almejada. O tipo penal do curandeirismo serviu como autorização para ações policiais repressivas de determinados cultos mágico-religiosos, afrontando o direito à liberdade religiosa e contribuindo para disseminar uma visão preconceituosa sobre religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé. Se no tipo só há presunção de perigo abstrato, para as pessoas capturadas, há certeza de dano concreto, interferindo violenta e simbolicamente em sua liberdade de culto e autodeterminação, que deveriam estar amparadas pela laicidade estatal.

Percebe-se que a reflexão sobre o bem jurídico-penal do curandeirismo na perspectiva de três dos princípios penais fundamentais auxilia a argumentação empírica e política sobre a necessidade da descriminalização desse tipo penal.

4. Saúde pública na atualidade: velho alvo, nova mira

Outro aspecto que pode revelar a tendência à descriminalização do curandeirismo se refere justamente à nova conjuntura social. Da virada do século XIX para o XX até os dias de hoje, muitas transformações na sociedade aconteceram nas esferas econômicas, políticas e culturais. Nesse novo contexto, há indícios de que a tipificação do curandeirismo perdeu seu potencial de repressão, o que pode indicar uma tendência à descriminalização. O projeto de Novo Código Penal, embora ainda esteja distante de se consolidar, e podendo sofrer muitas alterações ou até mesmo ser rejeitado ou arquivado, não prevê o tipo penal do curandeirismo[6]. Com todas as limitações impostas pela tramitação em andamento, entende-se que esse movimento se explica a partir de um novo foco da política criminal brasileira.

Levanta-se a hipótese de que o mote de proteção da saúde pública continua vivo, ainda tendo como alvo preferencial a população negra, mas agora impulsionada por um novo tipo penal: o tráfico de drogas. Acredita-se que há uma correlação da política de guerra às drogas com a criminalização do curandeirismo em ao menos três fatores: a proteção do mesmo bem jurídico-penal; o protagonismo da aliança entre medicina e direito para a repressão; e a investida estatal contra a população negra brasileira.

A saúde pública, como bem jurídico-penal, também foi a justificativa oficial para a criminalização das drogas no Brasil, explicitando a filiação dessa política

6. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&-disposition=inline]. Acesso em: 23.06.2018.

criminal ao projeto sanitarista racista propulsor da criminalização do curandeirismo. O papel desempenhado pelos médicos em aliança com juristas foi fundamental para a criação de mais um tipo penal: a exclusividade do manejo de políticas de saúde pública originária da criminalização do curandeirismo impulsionou o controle médico sobre os que faziam uso de drogas, cujo consumo foi tornado ilícito (BOITEUX, 2014, p. 85).

Desde 1932, havia previsão legislativa que proibia o comércio e a produção de determinadas substâncias entorpecentes, mas deixando aos usuários tratamentos voluntários ou facultativos[7]. De lá para cá, um caminho extenso foi percorrido[8], à luz do paradigma proibicionista globalmente implantado e disseminado sobretudo com a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. Esse percurso foi marcado pelo uso de nomenclaturas genéricas e imprecisas nos tipos penais, que se concretizaram de forma seletiva, alimentadas pelas demandas reais de controle e punição de determinados agrupamentos sociais.

Como salienta Maurício Fiore, ainda que o conceito de drogas para a farmacologia seja bastante amplo – 'substância que, quando administrada ou consumida por um ser vivo, modifica uma ou mais de suas funções, com exceção daquelas substâncias necessárias para a manutenção da saúde normal' – o proibicionismo direcionava-se, em sua gênese, a determinadas substâncias psicotrópicas, notadamente ópio (papoula), maconha (*Cannabis*) e cocaína (coca) (2014, p. 139). Essa escolha não é aleatória; manifesta uma arbitrariedade movida por interesses políticos e econômicos, como o enriquecimento das máfias, das polícias e dos bancos, como ensina Henrique Carneiro (2002, p. 126). Para o autor, "a proibição mundial das drogas foi uma das invenções imperialistas que mais permitiu especulação financeira e policiamento repressivo das populações no século XX" (2002, p. 128). Também se constata o componente moral da proibição, considerando que justamente algumas substâncias com alto índice de perigo à saúde são

7. Decreto-lei 20.930, de 1932

   Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

   Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000$0 a 5:000$0.

8. Em uma apertada síntese do histórico da criminalização das drogas no Brasil, podem-se levantar as principais legislações que marcaram a trajetória, ver: Código Penal Brasileiro de 1940, artigo 281; Lei 6.368, de 1976, artigos 12 e 16; e Lei 11.343 de 2006, artigos 28 e 33.

permitidas, inclusive estimuladas ao consumo por meio de propagandas, como o tabaco, o açúcar e o álcool. A semelhança com a reflexão sobre o curandeirismo é latente.

Duas das principais tragédias contemporâneas se alimentam da criminalização das drogas: o encarceramento em massa e o extermínio da juventude preta, pobre e periférica. Se a saúde pública nasce servindo ao projeto sanitarista-positivista-racista com o curandeirismo, em 1964, com a ditadura civil-militar, ela passa a ser protagonizada pelo modelo bélico sob a égide do combate ao tráfico de drogas, empurrando o Sanitarismo para uma função secundária, mas não inexistente (BATISTA, 1998, p. 84).

Segundo os últimos dados do DEPEN, em 1990, havia 90 mil pessoas presas no país, crescendo de forma ascendente em todo o período, com a marca de 726 mil presos e presas em 2016. Em 26 anos, houve um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Desse imenso contingente populacional, 64% são negros (pretos e pardos) e 28% respondem acusações por tráfico de drogas. Para as mulheres, o tráfico adquire um peso ainda maior, correspondendo à imputação de 62% das mulheres presas. Para dar conta da dimensão do impacto e das ilegalidades que permeiam a política de drogas, seria necessário um novo estudo, mas ressalta-se a síntese de Maria Lúcia Karam: "estamos lidando com crimes sem vítimas, mas não com uma guerra sem vítimas. A nociva, insana e sanguinária 'guerra às drogas', como qualquer outra guerra, também é letal." (2012, p. 691)

Na guerra, é necessário identificar o inimigo para controlá-lo ou exterminá-lo. Mas essa imagem já está forjada há muito tempo sobre os corpos negros, cuja cor da pele é suficiente para se presumir o perigo e atirar. A violência policial cotidiana é a tônica para essa população, e se intensifica em áreas marcadas pela presença de negros e negras, como as favelas e as periferias de centros urbanos. Segundo dados do Atlas da Violência de 2018, 71,5% das pessoas que são assassinadas a cada ano no país são pretas ou pardas. Credita-se à ação de extermínio da polícia parte significativa desse contingente. Em uma comparação com a realidade branca, o relatório afirma que é como se negros vivessem em um outro país. Em 2016, a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros (16,0% contra 40,2%). Em um período de uma década, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%. No mesmo período, a taxa entre os não negros teve uma redução de 6,8%.

Percebe-se que a política de embranquecimento instaurada posteriormente à escravidão hoje se manifesta sobretudo por meio de dois fenômenos interligados: o encarceramento em massa e a letalidade policial. Se antes a saúde pública

servia principalmente para fomentar as tentativas de um Brasil mais branco com a repressão das religiões de origem africana, hoje ela fundamenta o tipo penal que impulsiona um verdadeiro genocídio de negros e negras. Assim, acredita-se que a diminuição da incidência penal do curandeirismo está relacionada, entre outros possíveis fatores, com a ascensão da política bélica de drogas, um ajuste na mira para acertar os velhos alvos.

5. Considerações finais

A compreensão dos motivos e dos objetivos que movem a criminalização de qualquer conduta demanda uma análise das forças políticas em determinado momento histórico-econômico em que se localiza. Da retomada história, é possível concluir que foi o projeto de nova nação, um Brasil embranquecido e moderno, capitaneado pela aliança entre medicina e direito que gerou o crime de curandeirismo. Percebe-se que naquela época, em que também surgia a concepção de bem jurídico-penal como elemento fundamental para se pensar a política criminal, engendrava-se a saúde pública como expressão a dar conta de uma amplitude abstrata, que teve efeitos concretos para a população pobre e negra brasileira, revelada a seletividade com que o sistema penal opera estruturalmente. O curandeirismo surgiu como uma justificativa legal para reprimir culturas religiosas que representavam em alguma medida a resistência do povo negro.

A disputa da teoria do bem jurídico-penal no sentido de fixá-lo como argumento à contenção do poder punitivo parece interessante para desestabilizar verdades jurídicas. A busca na sociedade da gênese da punição parece esclarecedora e sua conjugação com princípios penais fundamentais garante o rumo da descriminalização desse tipo penal. Entende-se frágil a legitimação de crimes de perigo abstrato, como é o caso do curandeirismo, já que a identificação de perigo carrega uma alta carga de subjetividade e de pertencimento à classe, à raça e ao gênero. Assim, demonstrada a arbitrariedade da tipificação de determinados perigos, entende-se ser esse mais um elemento desestabilizador da criminalização.

Acredita-se que o perigo atribuído às práticas terapêuticas de cunho religioso esvazia-se, sendo plenamente possível uma visão complementar de tais ações com a medicina. Assim, a coexistência das diferentes formas de buscar a cura é possível, e tem reconhecimento em uma parte importante dos estudos médicos atuais, como na área da saúde coletiva.

Por fim, a constatação de que na atualidade o curandeirismo não exerce mais a mesma potência punitiva em comparação ao seu surgimento sugere uma tendência à descriminalização. Isso decorre sobretudo de uma nova conjuntura política

e econômica, que gera novas formas de política criminal, mas ainda calcadas no racismo estrutural. Esse ponto parece importante para evitar que uma possível descriminalização seja interpretada como fim ou mesmo mitigação do racismo no Brasil. O caráter estrutural do racismo continua a pleno vapor, e hoje tem na política de guerra às drogas uma de suas mais trágicas facetas, cujos resultados são devastadores para a população negra, empurrada para a convivência com a lógica de cadeia ou caixão. Ainda há muitas feridas históricas a serem curadas.

Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, 5/6, p. 77-94, 1998. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18351]. Acesso em: 23.06.2018.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro; Revan, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In. SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

BRASIL. *Decreto 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil. Rio de Janeiro, 11 out. 1890.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: INFOPEN Atualização Junho – 2016, Brasília, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf] Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. Decreto-lei n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Ópio da Liga das Nações, e estabelece penas. Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 11 jan. 1932.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

_____. Projeto de lei do Senado n. 236 de 2012, Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline] Acesso em: 23 jun. 2018.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte especial 2. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3

CARNEIRO, Henrique. As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX. *Outubro Revista*, São Paulo, v. 6, 2002, p. 115-128, 2002. Disponível em: [http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Revista-Outubro-Edic%CC%A7a%CC%83o-6-Artigo-10.pdf]. Acesso em: 23.06.2018.

CORREIA, Belize Câmara. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*: a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

FIORE, Maurício. O lugar do estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

IPEA. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da Violência 2018*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf]. Acesso em: 23.06.2018.

GIULIANI, Emilia Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 17-35, out. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. "Guerra às drogas" e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva (Orgs.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba: LedZe, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

OLIVEIRA, Josivaldo Pires de. Na busca da curandeira: relações de poder e repressão ao candomblé no interior baiano. *Revista Veredas da História*, Rio de Janeiro, ano V, p. 55-63, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. III: parte especial.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*: parte general. 9. ed. Buenos Aires: B de F, 2011.

PUTTINI, Rodolfo Franco. Curandeirismo e o campo da saúde no Brasil. *Interface (Botucatu)*, Botucatu, v. 12, n. 24, p. 87-106, mar. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832008000100008&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 04.06.2018.

PUTTINI, Rodolfo Franco. Curandeirismo, curandeirices, práticas e saberes terapêuticos: reflexões sobre o poder médico no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 11, n. 3, p. 32-49, fev. 2011. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13221]. Acesso em: 07.06.2018.

SAMPAIO, Gabriela dos Reis. "Curandeiros e charlatães": reflexões sobre medicina, crença e cura na primeira década republicana. *MNEME – Revista de humanidades*. Dossiê Religiões Afro-brasileiras. Caicó, v. 15, n. 34, p. 37-43, jan./jun. 2014. Disponível em: [https://periodicos.ufrn.br/mneme/article/view/7102/5540]. Acesso em: 07.06.2018.

SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS, Raquel A.; SILVA, Maria de Nazaré B. e. Racismo científico no Brasil: um retrato racial do Brasil pós-escravatura. *Educar em Revista*, Curitiba, v. 34, n. 68, p. 253-268, mar./abr. 2018. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/er/v34n68/0104-4060-er-34-68-253.pdf]. Acesso em: 09.06.2018.

SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. *Sortilégio de saberes*: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990). São Paulo: IBCCRIM, 2004.

SOUZA, Luis Eugenio P. Fernandes de. Saúde pública ou saúde coletiva? *Revista Espaço para a Saúde*. Londrina, v. 15, n. 4, out.-dez. 2014. Disponível em: [www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/saude_publica_4.pdf]. Acesso em: 17.06. 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Direito e antropologia: uma história de encontros e desencontros – julgamentos de curandeirismo e charlatanismo – (Brasil – 1900/1990), de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer – *RBCCrim* 18/135-146 (DTR\1997\145).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 642/314 (JRP\1989\441), *RT* 671/362 (JRP\1991\1149), *RT* 715/508 (JRP\1995\780) e *RT* 777/679 (JRP\2000\1285).

O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: *custos vulnerabilis*?

The penal garantism, vulnerable prisoners and Public Defense's intervention in penal execution: custos vulnerabilis*?*

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário (UFMG) com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho, Portugal (2016). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Líder do Grupo de Pesquisa "Tutela penal e processual penal dos direitos e garantias fundamentais" (UNIFOR), vinculado ao Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM – UNIFOR). Advogado Criminalista.
nestorsantiago@unifor.br

Maurilio Casas Maia

Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (UNIFOR). Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direitos Civil e Processual Civil e em Direito Público: Constitucional e Administrativo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Defensor Público (AM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Colunista no sítio eletrônico Empório do Direito. Ex-Assistente Jurídico de Desembargador (TJ/AM). Ex-Advogado privado.
mauriliomaia@gmail.com

Recebido em: 06.12.2017
Aprovado em: 01.10.2018
Última versão do(a) autor(a): 16.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo apresenta a intervenção da Defensoria Pública enquanto órgão de execução penal com base na teoria garantista e na vulnerabilidade dos encarcerados. O objetivo do trabalho é definir se é possível a intervenção institucional da Defensoria Pública na execução penal para além da qualidade de representante da parte. O método utilizado para a pesquisa foi

Abstract: This article presents the intervention of the Public Defense's Department as a criminal execution's agency based on the garantism theory and the vulnerability of prisoners. The objective is to determine if is possible public defender's institutional intervention out of postulatory representation condition. The method used for this paper was descriptive, bibliographical

Santiago, Nestor Eduardo Araruna; Maia, Maurilio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: *custos vulnerabilis*?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152. ano 27. p. 173-209. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

o descritivo, com base bibliográfico-documental. Em conclusão, entendeu-se admissível a intervenção institucional da Defensoria Pública, em nome próprio, em favor dos encarcerados por força da situação de privação da liberdade, enquanto instrumento constitucional dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Garantismo – Vulnerabilidade – Defensoria Pública – Intervenção – Execução penal.

and documentary basis. In conclusion. It is admissible Public Defender's institutional intervention, in the name of the institution, in favor of the prisoners by the force of serious vulnerability arising from deprivation of liberty, as a constitutional instrument of fundamental rights.

Keywords: Guarantees – Vulnerability – Public Defender – Intervention – Penal execution.

Sumário: 1. Introdução. 2. O garantismo jurídico: breve exposição. 2.1. O modelo constitucional de execução penal. 3. O encarcerado enquanto vulnerável. 3.1. O encarcerado enquanto necessitado constitucional. 4. Defensoria Pública. 4.1. Um histórico peculiar: da Procuradoria de Justiça à instituição autônoma. 4.2. Garantia institucional de acesso à Justiça. 4.3. Da representação à presentação processual – A ampliação das garantias dos cidadãos na execução penal. 4.3.1. A Defensoria Pública enquanto órgão interveniente na execução penal. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No contexto do Direito Processual Penal, existe um tema ainda incipiente nos debates e estudos respectivos: a legitimidade institucional da Defensoria Pública, enquanto órgão de execução penal interventivo, para além da eventual representação processual-postulatória do apenado.

Em verdade, a carreira defensorial ainda padece comumente de reducionismo nos estudos jurídico-universitários de Direito Processual (Civil e Penal) e de Direito Constitucional, sendo comum mencionar tão somente a atuação enquanto *representante postulatório*, esquecendo-se do interesse institucional da Defensoria Pública e das atuações em favor da ampla efetivação do artigo 134[1] e do inc. LXXIV[2] do art. 5º da Constituição Federal (CF).

1. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988): "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal."
2. CRFB/88, "Art. 5º ...] LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;" [...]

Com efeito, os debates sobre o *interesse constitucional* da Defensoria Pública e sua atuação institucional em favor do respectivo interesse vêm encontrando maior ressonância na área processual civil, na qual os debates se iniciaram no Processo Coletivo e vêm se expandindo para o processo individual e multitudinário[3] – como foi positivado no Novo Código de Processo Civil (NCPC) de 2015, via § 1º[4] do art. 554. No NCPC, conferiu-se à Defensoria Pública a legitimidade para a propositura de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)[5] e de Incidente de Assunção de Competência (IAC)[6], registrando de modo muito mais claro o papel interventivo e a legitimidade institucional da Defensoria Pública.

No cenário processual, não tardaram o reconhecimento e a criação de títulos que pudessem distinguir a atuação da Defensoria Pública – enquanto guardiã constitucional dos necessitados – do atuar do Ministério Público, enquanto *Custos legis et iuris* (guardião da lei e da ordem jurídica). Assim, a Defensoria Pública foi simbolicamente alcunhada de *Custos Vulnerabilis*[7,8 e 9], *Amicus Communi-*

3. Sobre a intervenção da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias, vide: Maia, Maurilio Casas. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção Novo CPC* – Doutrina Selecionada. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. I – parte geral, p. 1253-1292.
4. Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei Federal 13.105/2015: "Art. 554. [...] § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública."
5. NCPC, "Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: [...] III – pelo Ministério Público ou pela *Defensoria Pública*, por petição." (grifos nossos)
6. NCPC, "Art. 947. [...] § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da *Defensoria Pública*, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar." (grifos nossos)
7. A expressão *Custos Vulnerabilis* foi utilizada pela primeira vez na Revista Jurídica *Consulex* de 1º de junho de 2014 (MAIA, 2014), a fim de distinguir as missões constitucionais da Defensoria Pública – *Custos Vulnerabilis* –, e do Ministério Público – *Custos Legis*.
8. A primeira utilização judicial catalogada do termo *Custos Vulnerabilis* (em latim) se deu em 02.03.2016, na Bahia, em uma Ação Demolitória (Proc. 0502495-15.2015.8.05.0229, juiz de direito Pedro Henrique Izidro da Silva). Ademais, catalogou-se referência ao uso judiciário do retrocitado termo na intervenção da Defensoria Pública em Apelação Cível, em ação de Interdição (TJ-AM, AC 0002061-84.2016.8.04.0000, rel. Des. Ari Jorge

tas[10 e 11] e, ainda, de *Custos Plebis*[12] – permitindo-se uma distinção bem mais clara da atividade interventiva da Defensoria Pública quanto ao atuar do Ministério Público. No Processo Penal, porém, os debates sobre a atividade interventiva da Defensoria Pública são muito mais incipientes. Nem por isso, o tema não demanda atenção à luz da busca de *modelo constitucional* de *Processo Penal*.

No cenário até aqui apresentado, pretende-se perquirir no presente texto a possibilidade de atuação da Defensoria Pública na Execução Penal enquanto órgão interveniente, concomitantemente à atuação eventual do advogado constituído pelo apenado e ao atuar interventivo do Ministério Público.

Moutinho da Costa), em 28.11.2016, e à intervenção em litígio entre particulares com potencial repercussão sobre idosos incapazes (Proc. 0004392-40.2016.8.14.0039, Juiz de direito Rafael do Vale Souza), em 07.12.2016. Por outro lado, denominando, em português, a intervenção da Defensoria Pública como "guardiã dos vulneráveis", cita-se decisório proferido em ação possessória no Paraná (Proc. 0016763-33.2015.8.16.0001, juiz de direito Paulo Guilherme R. R. Manzini), em 12.07.2016.

9. Admitindo-se o Defensor Público Geral (DPG) enquanto *Custos Vulnerabilis* (órgão interveniente), vide decisão monocrática do Tribunal de Justiça do Amazonas: "[...] a Defensoria Pública guarda papel constitucional de defesa dos segmentos sociais vulneráveis (Constituição, art. 134), daí a nomenclatura '*Custos Vulnerabilis*', para sua intervenção constitucional, de cunho subjetivo à luz das necessidades humanas. [...] Com efeito, para garantir *paridade* na formação de precedentes entre acusação pública e a defesa pública, cada uma em seu papel constitucional respectivo, entendo por bem, por *simetria*, em deferir o requerimento de oitiva do Defensor Público-Geral do Estado do Amazonas [...]. Diante de todo o exposto, intime-se pessoalmente o Defensor Público-Geral do Amazonas (DPG-AM), na condição de '*Custos Vulnerabilis*' (e não de representante processual-postulatório), para fins de apresentação de sua posição institucional de defesa dos *direitos humanos* dos vulneráveis (art. 134, CF e art. 4º, XI, LC n. 80/1994)." (TJ-AM, Revisão Criminal n. 4002158-79.2017.8.04.0000, decisão monocrática, Des. Ernesto Anselmo Queiroz Chíxaro, j. 15.08.2017.)
10. O termo *Amicus Communitas* foi cunhado pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM) Daniel Gerhard e seu objetivo, entre outros, seria designar a vocação constitucional da Defensoria Pública para proteger as *comunidades vulneráveis* e não para ser necessariamente uma "amiga da Corte" (*Amicus Curiae*).
11. O primeiro uso judicial catalogado para designar a intervenção da Defensoria Pública enquanto *amicus communitas* ocorreu em processo individual do consumidor na comarca de Maués-AM (Proc. 0001622-07.2014.8.04.5800, juiz de direito Jean Carlos Pimentel dos Santos, j. 11.04.2016).
12. A terminologia *Amicus Plebis* ou *Custos Plebis* é intrinsecamente relacionada à missão da Defensoria Pública enquanto protetora de segmentos sociais excluídos. No ponto, a primeira referência do termo localizada até o presente momento é de Camilo Zufelato.

No afã de responder à questão proposta, o presente texto irá, em primeiro lugar, expor uma visão geral do garantismo jurídico para, em seguida, estabelecer a condição de vulnerável dos encarcerados no processo de execução penal. A partir de então, segue exposição sobre a Defensoria Pública e, por fim, seu respectivo papel de órgão de execução penal. Com efeito, a referida pesquisa adotará o denominado método descritivo, com base bibliográfico-documental.

Em síntese, o presente artigo apresentará uma abordagem constitucional do processo executivo penal, com especial atenção à situação de vulnerabilidade dos encarcerados e à essencialidade da Defensoria Pública à Justiça.

2. O garantismo jurídico: breve exposição

No Brasil, o *Garantismo Jurídico* de Luigi Ferrajoli[13] avançou sobre o cenário jurídico a partir da obra *Direito e Razão*[14] – tratando-se de um livro voltado principalmente ao Direito Penal. Entretanto, os estudos de Luigi Ferrajoli se expandiram[15 e 16] a fim de constituir parte da Teoria do Direito[17]. O *Garantismo*, objeto

13. Luigi Ferrajoli é um dos principais teóricos do Garantismo Jurídico, indicando-se enquanto juspositivista crítico. Seu nascimento ocorreu em Florença, na Itália, em 6 de agosto de 1940. Atuou na magistratura judicante italiana, sendo ligado na referida época a um grupo de orientação progressista denominado "Magistratura Democrática". A partir de 1970, Ferrajoli passou a lecionar Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino, na qual foi diretor da Faculdade de Direito (*Facoltà di Giurisprudenza*). A partir de 2003, passou a lecionar na *Università degli Studi Roma Tre* (Roma-Itália).
14. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
15. Nesse sentido, ressaltam Nestor Eduardo Araruna Santiago e Luciano Athayde Chaves, com lastro em Alexandre Morais da Rosa: "O garantismo jurídico, gestado no Direito Penal, evoluiu para a condição de uma teoria do direito." (SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3º, do NCPC. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 259, p. 441, set. 2016.)
16. "A teoria do garantismo, principiada por Luigi Ferrajoli, buscou legitimar a atuação do Estado por meio do Direito Penal, visando a conter o expansionismo penal. Essa doutrina inovou a teoria geral do direito, servindo de *standard* para uma Ciência Jurídica que busque a efetivação dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana." (SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, p. 149-172, set.-out. 2015.)
17. "Ferrajoli ganhou espaço no Brasil a partir de sua reflexão no Direito Penal, demandando, entretanto, uma reconstrução da Teoria do Direito." (ROSA, Alexandre Morais da.

central de exposição neste tópico, há muito superou os limites do Direito Penal para se encontrar, assim, também no Direito Constitucional e, dessa maneira, espalhar seus efeitos para outros ramos do Direito a partir da *força normativa*[18] do texto da Constituição.

Assim sendo, um modelo jurídico garantista tem por escopo a efetivação de direitos fundamentais e normas constitucionais. Em um paradigma garantista, lecionam Nestor Eduardo Araruna Santiago[19] e Luciano Athayde Chaves: "Não basta enunciação de direitos. A democracia substancial, no viés garantista, demanda concretização de direitos fundamentais." Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa[20] expõe: "O modelo preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais [...]."Exatamente nesse contexto, Juliano Keller do Valle[21] esclarece que o "garantismo [...] propõe que a Constituição seja o reflexo da própria sociedade". Por esse motivo, Alfredo Copetti Neto[22] afirma que autonomia do direito no estado constitucional determina "a direção de sua normatividade à tutela das necessidades vitais das pessoas, por meio do reconhecimento dessas necessidades como direitos fundamentais".

Voltando-se os olhos à teoria jurídica de Luigi Ferrajoli, o qual registra a existência de 3 (três) significados de garantismo, todos conectados[23] entre si: a) *o garantismo como modelo de direito* – Estado de direito e democracia: pelo qual se busca a estrita legalidade, minimizando a violência e maximizando a liberdade

Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.)

18. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
19. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3º, do NCPC. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 259, p. 443, set. 2016.
20. ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*: aportes hermenêuticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.
21. VALLE, Juliano Keller do. *Paradoxos Penais*: Ensaio sobre o arbítrio estatal *versus* garantismo. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. I, p. 49.
22. COPETTI NETO, Alfredo. *Democracia Constitucional sob o olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 126.
23. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 785-788.

(no *plano político*), bem como a manutenção de um sistema de vínculos impositivos à função punitiva, enquanto garantia dos cidadãos (*plano jurídico*); b) o garantismo como *teoria do direito e crítica do direito*: distinguem-se "modelo normativo" e as "práticas operacionais", assim como "validade", "efetividade" e "existência" ou "vigor" das normas, separando-se o "ser" e o "dever ser" no direito, exigindo-se dos juristas constante tensão crítica da percepção entre o plano normativo-prescritivo e o plano fático-descritivo; e c) o garantismo enquanto *Filosofia do direito e crítica da política*: neste ponto, se visualiza o garantismo como *filosofia política* a exigir do *direito* e do *Estado* o "ônus da justificação externa", observando-se os bens e interesses dos quais a tutela e as garantias são as finalidades. Neste último sentido, Luigi Ferrajoli entende que o ponto de vista externo é importante para evitar justificações autoritárias ou totalitárias, não se devendo atrofiar o ponto de vista externo (*ex parte populi*) e ainda mais importante não o confundir com o ponto de vista interno (*ex parte principis*) ao sistema jurídico.

No contexto delineado, o *garantismo* representará a base do presente texto para fins de busca de análise crítica da efetividade prática do texto constitucional, naquilo referente à assistência jurídica integral prestada pela constitucionalmente via Defensoria Pública, bem como à efetividade constitucional da proteção jurídica dos encarcerados – tema este exposto no tópico a seguir.

2.1. O modelo constitucional de execução penal

A preocupação constitucional brasileira com as penas vem de longa data. Desde a *Constituição do Império de 1924* (art. 179, XI[24]), com explícita adoção do liberalismo político[25], o constitucionalismo brasileiro positivava regra proibidora de penas cruéis. Noutro passo, a *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891* (art. 79[26]) também se ocupou de criar balizas às penas, assim como a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*, na qual foram concebidas

24. Constituição Imperial de 1824, "Art. 179. [...] XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis".

25. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 268.

26. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, "Art. 72. [...] § 19. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. § 20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial. § 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra".

garantias aos cidadãos na esfera da pena[27], similarmente à *Constituição de 1946*[28]. Na década de 1960, a *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*[29] e a *EC 1/1969*[30] – conferindo nova redação à Constituição anterior –, também seguiram a mesma sobredita tendência. Todavia, na prática, em tais contextos constitucionais há relatos[31] de violação dos princípios humanitários de aplicação da pena com casos de tortura, desaparecimento forçado e sequestros por agentes públicos – ou seja, na operacionalização do sistema constitucional, a atividade punitiva seria patentemente inconstitucional.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, o texto normativo constitucional também trouxe a lume disposições acerca do cumprimento de pena – contendo diretrizes acerca de sua cominação abstrata, aplicação judicial e execução[32].

---

27. Constituição de 1934, "Art. 113. [...] 27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu. 28) Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. 29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro".
28. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, "Art. 141. [...] § 31. Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sôbre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica".
29. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, "Art. 150. [...] § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta". (Redação dada pelo Ato Institucional 14, de 1969)
30. Emenda Constitucional 1/1969 (Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967), "Art. 153. [...] § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos têrmos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprêgo na Administração Pública, direta ou indireta".
31. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 268.
32. BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 85.

Com efeito, a partir do paradigma garantista do Direito, segundo o qual a Constituição deve ser, de certo modo, reflexo da sociedade[33], é primordial visualizar a existência de um modelo constitucional de execução penal. Obviamente, os objetivos e os fundamentos da República não podem ser olvidados na execução penal, sendo o caso de incidência normativa da dignidade humana e dos objetivos republicanos de se construir uma sociedade livre, justa e solidária. Existem, porém, mandamentos constitucionais específicos voltados à execução penal, limitadores do poder estatal na referida seara.

Na esfera da execução penal, ao lado dos princípios[34] tradicionalmente incidentes nas relações entre cidadão e Estado – tais como devido processo legal, legalidade e isonomia –, existem regras e princípios constitucionais com incidência específica na fase de cumprimento da pena em razão das específicas *vulnerabilidades* dos encarcerados. Por isso, por força dos estritos objetivos do presente texto, serão expostos com maior atenção somente os princípios da *humanização* da pena e *individualização* penal, pois revelam traços de respeito às vulnerabilidades e aos direitos humanos do preso já na ordem constitucional.

A teoria jurídica da execução penal menciona o *princípio da humanidade das penas*, o qual encontra fundamento também na normativa constitucional – a humanização busca evitar excessos e abusos estatais em respeito à natureza humana. No âmbito constitucional, o sobredito princípio da humanidade ou da humanização das penas encontra-se: 1) na restrição às penas perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CRFB/1988, art. 5º, XLVII[35]); e 2) nas disposições concernentes à proteção da integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX[36]). Portanto, ao positivar a tutela da humanidade das penas, o

33. VALLE, Juliano Keller do. *Paradoxos Penais*: Ensaio sobre o Arbítrio estatal *versus* Garantismo. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. I, p. 49.

34. Sobre princípios e normas de Execução Penal na Constituição, vale conferir, entre outros: BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal*: Novos rumo, novos paradigmas. 2. tir. revisada. Manaus: Aufiero, 2012.

35. CRFB/1988, "Art. 5º [...] XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis"; [...]

36. CRFB/1988, "Art. 5º [...] XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"; [...]

constituinte optou por *modelo político de redução de danos*, em face das inerentes e reconhecidas violências institucionalizadas praticadas no sistema carcerário[37], buscando conter as eventuais irracionalidades[38] no exercício do poder punitivo.

Para Rodrigo Roig[39], o princípio da humanização também se materializa por meio do *princípio da individualização da pena* – CRFB, art. 5º, XLVI[40] –, de modo que o próprio texto constitucional impõe criação de estabelecimentos distintos a partir de múltiplos critérios[41]: 1) natureza do delito; 2) idade; e 3) sexo. Entretanto, o princípio da individualização penal não é mero sinônimo de classificação dos encarcerados com vistas ao tratamento penitenciário. Individualização penal, antes de tudo, significa que "as autoridades responsáveis pela execução penal possuem a obrigação de enxergar o preso como verdadeiro indivíduo, na acepção humana do termo, considerando suas reais necessidades como sujeito de direito"[42]. Em verdade, o princípio da individualização da pena possui *três dimensões*[43] (ou fases[44]), quais sejam: legislativa, judicial e executiva. Desse modo, em suas múltiplas dimensões, o princípio da individualização da pena registra também a "necessidade de elaboração de programa individualizador e de classificação dos condenados e internados"[45]; necessidade essa cujo pressuposto é a humanidade do encarcerado e o respeito à sua dignidade.

---

37. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 269.
38. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 35.
39. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 35.
40. CRFB/1988, "Art. 5º [...] XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos"; [...]
41. CRFB/1988, "Art. 5º [...] XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado"; [...]
42. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 65.
43. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 265.
44. BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68-69.
45. WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; PASSOS, Josué Modesto. O Direito de Execução Penal Brasileiro: Uma análise à luz do pensamento criminológico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, p. 155-170, jul.-set. 1998.

Ainda, quanto ao princípio da individualização penal, não se pode olvidar a peculiaridade da situação da mulher encarcerada em estágio de amamentação, notada no texto constitucional[46]. No Brasil, diante do quadro de constante violação dos direitos dos presos, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o *estado de coisas inconstitucionais* do sistema carcerário brasileiro (ADPF 347[47]) e, posteriormente, concedeu o primeiro *habeas corpus* coletivo às mães encarceradas do Brasil (HC 143.641[48]), a fim de possibilitar a tutela da dignidade das crianças e das mães encarceradas do Brasil.

Em síntese, existe um legítimo *modelo constitucional* de execução penal de cunho *garantista* que se pretende respeitoso à *dignidade* humana e à *proteção* dos presos, também voltado à redução de danos ante o risco constante de arbítrio do poder estatal, a fim de prevenir abusos e arbitrariedades do Estado – assim como por parte de outros apenados –, considerando-se a restrição de liberdade e a submissão de seus corpos ao poder estatal um fator de *vulnerabilidade* conforme será discorrido a partir do próximo item.

3. O encarcerado enquanto vulnerável

As denominadas "100 regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade"[49], exaradas no XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, reconhece no item 22[50] as peculiares dificuldades para o exercício de direitos dos cidadãos em privação de liberdade. Em outras palavras, reconhece-se a condição de *vulnerabilidade* dos encarcerados.

No plano interno, a *Exposição de motivos* da Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal (LEP), reconhece de modo expresso a impotência do encarcerado quanto à sua autoproteção perante o Estado: "A impotência

46. CRFB/1988, "Art. 5º [...] L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação"; [...]
47. STF, ADPF 347 MC, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09.09.2015.
48. STF, HC 143.641, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 20.02.2018.
49. XIV CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: [www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf]. Acesso em: 26.09.2017.
50. *100 Regras de Brasília*: "(22) A privação da liberdade, ordenada por autoridade pública competente, pode gerar *dificuldades* para exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular a pessoa privada da liberdade, especialmente quando concorre com alguma causa de vulnerabilidade enumerada nos parágrafos anteriores."

da pessoa presa ou internada constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo." E, aliás, preocupava-se com a referida fragilidade por causa do risco do abuso de poder estatal: "Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso de poder." Portanto, o reconhecimento da superioridade estatal sobre o encarcerado na execução penal não deve representar novidade, pois reconhecer a *disparidade fática* entre os atores centrais da execução penal – Estado-executor e condenado-executado –, é medida decorrente do princípio da *isonomia substancial*[51].

Com efeito, visualizar a existência de *relação verticalizada* entre o Estado-exequente e o encarcerado implicará na necessária percepção de uma *presunção de vulnerabilidade do encarcerado*[52], para o tratamento desigual a fim de igualá-los em paridade de armas principalmente no âmbito processual penal executivo.

No cenário apresentado, José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto[53] concluíram pela existência da superioridade estatal e da inferioridade jurídica do preso, a retrocitada presunção de vulnerabilidade, nos seguintes termos:

> Princípio da Vulnerabilidade do preso [...] O princípio em análise se constrói a partir do reconhecimento que as relações jurídicas, no âmbito da Execução Penal, dão-se em um plano de superioridade do Estado para com o Preso. Destarte, dessa constatação se origina uma proposta de busca pela equivalência jurídica [...].

Convém observar que, entre os romanos, os sujeitos privados da liberdade – seja em razão da punição ou de ter se tornado escravo –, sofriam a diminuição máxima da capacidade (*capitis diminutio*[54]), perdendo sua liberdade, cidadania e condição familiar, sendo possível constatar, por esse motivo, a vulnerabilidade dos encarcerados desde os idos romanos.

---

51. ARRUDA DA SILVA, José Adaumir; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal*: Novos rumos, novos paradigmas. 2. tir. revisada. Manaus: Aufiero, 2012. p. 129.
52. MAIA, Maurilio Casas. Nota sobre a tutela constitucional da vulnerabilidade agravada do encarcerado: Um novo princípio como guia da execução penal. *ADV*: Informativo COAD, Rio de Janeiro, fascículo semanal n. 3, p. 28-27, jan. 2014.
53. ARRUDA DA Silva, José Adaumir; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal*: Novos rumos, novos paradigmas. 2. tir. revisada. Manaus: Aufiero, 2012. p. 126.
54. MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 35-37.

José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto prosseguem expondo a necessidade da importação da noção de *vulnerabilidade* bastante estudada no Direito do Consumidor (Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990). Na mesma argumentação, os sobreditos autores afirmam que, concomitantemente, os encarcerados padecem de: I – *vulnerabilidade jurídica* (consubstanciada na ausência de domínio da técnica jurídica e de poderes próprios para exercício da defesa por si via *jus postulandi*); II – *vulnerabilidade fática* (consequência do quadro social de encarceramento e ainda o quadro econômico, os quais geralmente afetam o encarcerado; e III – *vulnerabilidade informacional* (a dificuldade no acesso à informação pelo presidiário é, de certo modo, reconhecida pela Lei de Execução Penal – isso porque em seu artigo 46 é determinada a cientificação do preso acerca das normas disciplinares). Em suma, expõem a existência de uma *tríplice vulnerabilidade* no contexto do encarceramento.

Contudo, na realidade dos encarcerados, para além das três formas de vulnerabilidade (jurídica, fática e informacional) mencionadas anteriormente, existem outras *vulnerabilidades* a serem destacadas: a) *vulnerabilidade sanitária ou biológica*: decorrente das condições sub-humanas e desumanas, às quais muitos encarcerados estão expostos no Brasil. Com efeito, o quadro as unidades prisionais excessivamente lotadas e a falta de higiene básica, por exemplo, podem representar essa fraqueza dos encarcerados; e b) *vulnerabilidade política*: o grupo dos presos padece, por razões óbvias, da falta de representatividade[55] na esfera política, ou seja, a comunidade dos encarcerados representa uma *minoria política* no contexto sociopolítico e democrático. Em verdade, as duas formas de vulnerabilidade são reconhecidas pela teoria jurídica brasileira, conforme verificado no trabalho de Paulo Valério Dal Pai Moraes[56].

55. Sobre a sub-representação política dos encarcerados, colhe-se trecho de voto na ADPF 347: "No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos. A primeira decorre do fato de os condenados criminalmente ficarem impedidos de votar e serem votados. Têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal). Então, não gozam de representação política direta. A segunda é ainda mais problemática, configurando os presos minoria socialmente desprezada. [...] Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna." (STF, ADPF 347 MC, TP, trecho de voto do rel. Min. Marco Aurélio, p. 32 de 210 do inteiro teor do acórdão, j. 09.09.2015).

56. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 167 e 154.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu-se o *estado de coisas inconstitucionais* (ECI) no cenário dos presídios e das cadeias brasileiras no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Nesse cenário, na ementa do decisório proferido na ADPF 347, expõe-se a razão pela qual o encarcerado brasileiro ainda é muito mais afetado pelas vulnerabilidades decorrentes da prisão. Segundo o aresto[57], há "violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas" no sistema carcerário do Brasil[58].

Por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), também foi reconhecida a manifesta superioridade do Estado sobre o encarcerado na execução penal. Por esse motivo, a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura, no Habeas Corpus* (HC) 148.662/RS[59], mencionou expressamente a condição de *vulnerabilidade* do

57. "Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições desumanas de custódia – Violação massiva de direitos fundamentais – Falhas estruturais – Estado de Coisas Inconstitucional – Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". Fundo Penitenciário Nacional – Verbas – Contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Audiência de Custódia – Observância Obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão." (STF, ADPF 347 MC, rel. Min. Marco Aurélio, TP, j. 09.09.2015, *DJ* 19.02.2016.)

58. No mesmo referido cenário, há o RE 580252, com Repercussão Geral (RG), pelo qual o STF reconheceu a responsabilidade estatal em razão das violações dos direitos dos encarcerados: "[...] 7. Fixada a tese: 'Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento'. [...]." (STF, RE 580.252, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, TP, j. 16.02.2017, acórdão eletrônico DJe-204, div. 08.09.2017, *DJ* 11.09.2017.)

59. "Processo Penal e Execução Penal. *Habeas Corpus*. Falta Grave. Procedimento Administrativo Disciplinar. Ausência de Advogado. Ilegalidade. Reconhecimento. 1. A

encarcerado, citando a judicialização da execução penal enquanto mecanismo de humanização do sistema penal, concluindo que prescindir da "defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade, pois, desconsidera-se a *condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado*", concedendo ordem em HC a fim de anular procedimento administrativo disciplinar, concernente à apuração de falta grave na execução penal sem assistência técnico-jurídica[60].

Outrossim, a partir do momento em que o Estado, por todas as suas funções basilares – executiva, legislativa e jurisdicional –, cultiva relação verticalizada com o encarcerado, mantendo-o em situação de desvantagem social e jurídica por diversos ângulos, percebe-se não se tratar aqui de uma *vulnerabilidade geral*[61], mas, sim, de *vulnerabilidade agravada*, também chamada de *hipervulnerabilidade*[62], por força da multiplicidade de fatores de vulnerabilidade incidentes sobre o encarcerado para além daquelas vulnerabilidades suportadas pelo cidadão comum[63].

---

judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na *humanização* do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade, pois, desconsidera-se a condição de *vulnerabilidade* a que submetido o encarcerado. 2. Ordem concedida para anular o procedimento administrativo disciplinar, relativo à suposta prática de falta grave na execução penal, no qual o paciente não foi assistido por defensor técnico – com voto vencido." (STJ, HC 148.662/RS, rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. convocado do TJ/CE), rel. p/acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 18.10.2011, *DJe* 29.06.2012 – grifos nossos.)

60. Para mais detalhes vide: STJ, HC 148.662/RS, rel. p/acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 18.10.2011, *DJe* 29.06.2012.

61. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 189.

62. O termo hipervulnerabilidade foi utilizado pelo ministro Herman Benjamin (STJ) em 2007, em ementa na qual ressaltou: "[...] 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os *hipervulneráveis*, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. [...]." (STJ, REsp 586.316/MG, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 17.04.2007, *DJe* 19.03.2009.)

63. Em lição extraída do direito do consumidor, embora aqui adaptável, Bruno Miragem explica sua visão sobre a vulnerabilidade agravada: "Para o conceito de vulnerabilidade

No âmbito do sistema carcerário, falar-se em *hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada* significa que – além da basilar tríplice vulnerabilidade do preso (jurídica, fática e informacional) –, ainda incidem outros fatores de vulnerabilização[64] sobre o encarcerado, tais como a hiperlotação[65], a questão biológica do preso enfermo e, ainda, as próprias condições de insalubridade[66] do sistema penitenciário, por exemplo. Nessa conjuntura, impõe-se ao Estado a conduta de reequilibrar a relação entre os atores do processo executivo penal, ofertando mecanismos de construção de uma sociedade livre, justa, solidária e igual.

No plano constitucional, a *vulnerabilidade prisional dos encarcerados* foi reconhecida implicitamente ao outorga-lhes tutela protetiva específica.

Obviamente, o rol de direitos fundamentais voltados especificamente para a figura vulnerável do encarcerado volta-se, em primeiro plano, ao Estado por

---

agravada como situação que caracteriza o consumidor que além desta condição ostenta outra característica subjetiva de desigualdade [...].” (MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito Brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 97.) Portanto, conectando-se a explicação ao sistema carcerário, para além da vulnerabilidade padrão do cidadão em relação ao poder público, o encarcerado se encontra em uma situação muito mais severa de sujeição, tornando-se muito mais vulnerável em face da amplificação dos riscos no regime de encarceramento.

64. Muitas delas mencionadas no voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF n. 347: “A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.” (ADPF n. 347, trecho de voto do relator Marco Aurélio, p. 23 de 210.)

65. “Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar depois da Rússia.” (STF, ADPF n. 347, trecho de voto do relator Marco Aurélio, p. 22-23 de 210.)

66. “Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas.” (ADPF n. 347, trecho de voto do relator Marco Aurélio, p. 23 de 210.)

meio de todas as suas funções. A preocupação do constituinte ao fixar esses direitos e garantias específicos dos presos se deve ao fato do reconhecimento *implícito* da *vulnerabilidade dos encarcerados*, no texto constitucional – inserindo-os na categoria dos *necessitados constitucionais*[67] de proteção estatal.

3.1. O encarcerado enquanto necessitado constitucional

Por *necessitados constitucionais*[68] se deve entender as categorias sociais destinatárias de mandamentos protetivos previstos na Constituição – enquadrando-se nessa categoria, por exemplo, os consumidores (CRFB/88, art. 5º, XXXII, e art. 170, V), os idosos (CRFB/88, art. 230) e as crianças e adolescentes (CRFB/88, art. 227).

Quanto aos *encarcerados*, a preocupação constitucional com a vulnerabilidade decorrente do aprisionamento coloca os presos em um quadro de tutela específica na CFRB/88. Entre os direitos fundamentais voltados ao abrandamento da vulnerabilidade dos encarcerados, destacam-se os seguintes mandamentos específicos no texto constitucional: o direito à integridade física e moral[69]; o cumprimento de penas em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, sexo e idade do apenado[70]; o veto às penas perpétuas, cruéis, de trabalho forçado e banimento[71]; o direito à informação sobre seus direitos[72]; a

67. MAIA, Maurilio Casas. Os necessitados de Carnelutti e o mito de Sísifo: a (i)legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela dos encarcerados. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 436, p. 42-45, 15 mar. 2015.
68. Para outros estudos sobre o tema "*necessitados constitucionais*", vide: MAIA, Maurilio Casas. A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda (Org.). *Direitos e garantias fundamentais*: novas perspectivas. Birigui: Boreal, 2015. p. 191; MAIA, Maurilio Casas. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (Org.). *Novas Tendências de Direito do Consumidor*: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 444.
69. CRFB/88, "Art. 5º [...] XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"; [...]
70. CRFB/88, "Art. 5º[...] XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado"; [...]
71. CRFB/88, "Art. 5º [...] XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis"; [...]
72. CRFB/88, "Art. 5º [...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"; [...]

comunicação da prisão ao juízo competente e à família respectiva[73]; o direito à identificação de quem executa sua prisão[74]; o direito ao relaxamento imediato das prisões ilegais[75], bem como de não ser mantido preso, quando a lei admitir liberdade provisória com ou sem fiança[76]; e o direito à indenização por erro judiciário ou excesso no cumprimento de pena[77].

A partir da perspectiva protetiva do texto constitucional, percebe-se a existência dos *necessitados* encarcerados, especificamente protegidos pelo texto constitucional e com suas peculiaridades fático-jurídicas inerentes.

Francesco Carnelutti apresenta o encarcerado como o mais pobre entre os pobres, um necessitado extremado: "uns concebem o pobre na figura de um faminto, outros na de um desabrigado e outros ainda na de um enfermo; para mim, *de todos eles o encarcerado é o mais pobre*"[78]. Assevera ainda Carnelutti sobre o homem por trás das grades: "pobre, carente, enfim, necessitado ao extremo"[79]. E reforça[80]: "O preso, essencialmente, é um necessitado" – literalmente um *excluído* da sociedade[81].

No contexto das *múltiplas vulnerabilidades* suportadas pelos encarcerados – mencionadas no tópico anterior – e em face da catalogação dos presos enquanto

73. CRFB/88, "Art. 5º [...] LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada"; [...]
74. CRFB/88, "Art. 5º [...] LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial"; [...]
75. CRFB/88, "Art. 5º [...] LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"; [...]
76. CRFB/88, "Art. 5º [...] LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"; [...]
77. CRFB/88, "Art. 5º [...] LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"; [...]
78. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Servanda Editora, 2012. p. 27.
79. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campina: Servanda Editora, 2012. p. 28.
80. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Servanda Editora, 2012. p. 36.
81. Inclusive, o texto bíblico expõe o preso enquanto uma das categorias carentes de atenção social, ao lado dos enfermos, famintos e dos desabrigados: "[...] *Também estes lhe perguntarão*: Senhor, quando foi que te vimos [...] na prisão e não te socorremos?" (Evangelho segundo São Mateus, cap. 25, v. 44-45.)

necessitados constitucionais, destaca-se que a *necessidade* em tela *não* é meramente econômica, ainda que esta seja a forma mais comum[82] de necessidade encontrada no cárcere brasileiro. Mormente em razão da vulnerabilidade política e ainda pelas esperadas consequências do cerceamento do direito à liberdade, os encarcerados são enquadráveis como necessitados *jurídicos*[83] e *organizacionais*[84 e 85], mormente na tutela *coletiva* dos *direitos humanos*[86], na qual o fator econômico não é determinante e nem exclusiva[87] para estabelecer a atuação da Defensoria Pública[88].

Assim sendo, enquadrando-se a figura do encarcerado enquanto *necessitado* em sentido amplo, convém a exposição da Defensoria Pública na qualidade de órgão constitucionalmente incumbido da assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134), a fim de conectá-la à tutela dos encarcerados como órgão de execução penal.

---

82. "[...] a maior parte da população carcerária não dispõe de recursos para contratar advogado – propiciar a defesa dos presos." (PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 188.)

83. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. V, p. 192.

84. GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimação da Defensoria Pública à ação civil pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; VIGORITI, Vicenzo (Org.). *Processo Coletivo*: do surgimento à atualidade. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 466.

85. Para mais informações sobre vulnerabilidade organizacional, vide: TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 208-213.

86. RAGAZZI, José Luiz; TAVARES DA SILVA, Renato. A Defensoria Pública como instrumento de promoção dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 88, p. 197-206, jul.-set. 2014.

87. "[...] a *hipossuficiência financeira* não pauta, exclusivamente, a atuação da Defensoria Pública [...]." (VIEIRA FILHO, Irvan Antunes. A atuação da Defensoria Pública na Execução Penal: os novos paradigmas trazidos pela Lei Complementar n. 132, de 2009, e pela Lei n. 12.313, de 2010. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* – edição especial: Execução Penal, Porto Alegre, ano 4, p. 32, 2013.)

88. A propósito, conferir a evolução do conceito de hipossuficiência no seguinte trabalho: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; ARAÚJO, Francisco Firmo Barreto de. Garantismo jurídico, democracia material e a defensoria pública: contraditório e defesa do acusado não hipossuficiente. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 74-77, jun.-jul. 2015.

4. DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição brasileira de 1988 é a responsável pelo *mandamento de nacionalização e interiorização da Defensoria Pública* no cenário do acesso à Justiça do Brasil. Para compreender a real dimensão do modelo de assistência jurídica brasileira, faz-se imprescindível um breve escorço histórico para somente então avançar sobre a natureza de suas atribuições.

4.1. Um histórico peculiar: da Procuradoria de Justiça à instituição autônoma

No Brasil, a origem do modelo de Defensoria Pública remonta à data de *21 de julho de 1954*, no antigo e grande estado do Rio de Janeiro – via Lei 2.188. O cargo de defensor público foi criado na estrutura da *Procuradoria-Geral de Justiça*, dividindo esse cenário com os promotores. Dessa maneira, na década de 1950 no grande estado do Rio de Janeiro, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, defensores públicos promoviam justiça via *defesa pública* e, por outro lado, promotores por *acusação pública*, ou seja, ambas as carreiras dividiam o mesmo cenário institucional.

O breve histórico antes relatado demonstra o caráter de promoção de justiça visualizado a partir da Defensoria Pública por meio da chamada *defesa pública* prevista constitucionalmente (arts. 5º, LXXIV, e 134). Portanto, o modelo de assistência jurídica adotada pelo Brasil remonta à escolha do Rio de Janeiro na década de 1950 e tal percepção histórica não pode ser hermeneuticamente ignorada quando se trata do tema "Defensoria Pública brasileira".

No contexto narrado até aqui, percebe-se que a *autonomia* da Defensoria Pública advinda das Emendas Constitucionais 45/2004[89] e 74/2013[90] – representam fruto de uma natural evolução dos órgãos de Procuradoria de Justiça (seja por *acusação pública*, seja por *defesa pública*), como ocorrera com o Ministério Público em 1988 no texto constitucional originário.

E mais: no caso da Defensoria Pública, sua autonomia administrativa pode ser qualificada enquanto legítima promessa do constituinte originário, conforme

89. CRFB/88, "Art. 134. [...] § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º".

90. CRFB/88, "Art. 134. [...] § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal".

declarou o constituinte Plínio de Arruda Sampaio[91] nos debates da Assembleia Nacional Constituinte: *Se amanhã ela se mostrar realmente fundamental e necessária, apresentaremos emenda constitucional nesse sentido.* Assim, a necessidade de autonomia da Defensoria Pública se mostrou patente ante um cenário de descaso estatal quanto ao seu financiamento.

Uma das possíveis causas para a não aprovação da autonomia defensorial no texto originário da Constituição foi o desconhecimento da origem do modelo de Defensoria Pública – com germe na Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro na década de 1950. Isso porque diversos estados ainda não adotavam o modelo defensorial, mas, sim, o de *advocacia de ofício* ou *dativa*, a qual definitivamente parte de outra origem profissional.

Os defensores públicos são membros da única carreira, *além de juízes e Ministério Público*, tutelada pelo constituinte originário com a garantia da *inamovibilidade* – essa garantia que é para Max Weber[92] típica das magistraturas (em sentido amplo, para além dos agentes judicantes). No cenário aqui descrito, a garantia da *inamovibilidade* conferida aos defensores públicos em 1988 representa mais um sinal *indicativo* da, então vindoura, *autonomia* da Defensoria Pública, enquanto instituição interiorizada do Sistema de Justiça Brasileiro, como na magistratura judicante e no Ministério Público.

Aliás, a autonomia da Defensoria Pública foi exaltada durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte (ANC). O constituinte Nelson Carneiro[93] – durante a 26ª reunião extraordinária da ANC, realizada em 14.09.1987 –, mencionando o *Projeto Bernardo Cabral*, firmou: "Projeto Bernardo Cabral [...] proclama a necessidade da Defensoria Pública como órgão autônomo dentro do corpo do Poder Judiciário [...]."

---

91. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ata de comissões. Comissão da Organização e Sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ata da 9ª Reunião Extraordinária, realizada em 23.05.1987, Presidente José Costa. Disponível em: [www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/3c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO.pdf]. Acesso em: 26.09.2017.
92. WEBER, Max. *Ciência e Política*: duas vocações. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.
93. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento "B", de 27 de janeiro de 1988. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissao-de-sistematizacao/COMSist26ext27011988.pdf]. Acesso em: 26.09.2017.

As promessas e os debates sobre a autonomia da Defensoria Pública retornaram durante os debates culminantes na *Reforma do Poder Judiciário* (EC 45/2004). Nesse cenário, o constituinte Bernardo Cabral – na ocasião Senador e primeiro relator da Reforma do Judiciário –, pronunciou-se em seu parecer:

> A atribuição da autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas, e o poder de iniciativa de sua proposta orçamentária, conferirá a essas instituições uma *importante* desvinculação do Poder Executivo, com o qual *não* guardam qualquer relação de afinidade institucional, além de propiciar um fortalecimento da instituição e da *conseqüente* atuação institucional.

Outrossim, o modelo defensorial de assistência jurídica brasileira, aliás, teve sua autonomia recomendada via *Resolução AG/RES 2.887/2016* da Organização dos Estados Americanos (OEA), expondo em seu item "ix": "Hacia la defensa pública oficial autónoma como salvaguarda de la integridad y libertad personal"[94].

A Constituição da República de 1988 optou por um Sistema de Justiça interiorizado e igualitário no que se referia às funções de julgar, acusar e defender. Nesse contexto, poder-se-ia visualizar a referida configuração mínima do Sistema de Justiça local pela leitura do inciso VII[95] do art. 235 do texto constitucional. Por outro lado, em decorrência da inércia estatal em estruturar a Defensoria Pública em diversas unidades da Federação brasileira, sobreveio a Emenda Constitucional 80/2014[96], determinando que cada comarca contasse com ao menos um defensor público – medida fortalecedora da percepção de que a figura do defensor público é um dos componentes da conformação mínima de uma unidade jurisdicional, não somente do ponto de vista funcional, mas também sob o aspecto dos direitos fundamentais ao contraditório, ampla defesa e isonomia incidentes sobre a atividade processual.

---

94. Tradução livre do autor: "Defensoria Pública autônoma enquanto salvaguarda da integridade e liberdade pessoal."

95. CRFB/88, "Art. 235. Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas: [...] VII – em cada Comarca, o primeiro Juiz de Direito, o primeiro Promotor de Justiça e o primeiro Defensor Público serão nomeados pelo Governador eleito após concurso público de provas e títulos"; [...]

96. ADCT-CRFB/88, "Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional". (*Incluído pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014*)

Assim sendo, percebe-se que a presença do "Estado Defensor", via defensor público, é preceito fundamental da República Federativa do Brasil e a autonomia da Defensoria Pública passa a se qualificar enquanto preceito fundamental, garantia, norma estruturante e de organização estatal – conforme se pode verificar de trecho da emenda da ADPF 307 MC-Ref.:

> […] 2. A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado. […]. (STF, ADPF 307 MC-Ref., rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 19.12.2013, *DJ* 27.03.2014.)

Em síntese, a Defensoria Pública encontra sua origem brasileira na Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro da década de 1950, decorrendo de tal informação dados balizadores da interpretação e visualização de sua estruturação e funções. A autonomia do "Estado Defensor", por exemplo, é decorrência também de tal origem a qual somente foi atribuída pelo Estado Brasileiro às instituições com as carreiras detentoras da denominada *inamovibilidade* (juízes, membros do Ministério Público e defensores públicos) desde o texto originário.

4.2. Garantia institucional de acesso à Justiça

A Defensoria Pública foi criada para funcionar como *órgão de acesso à Justiça* por meio da *defesa pública de direitos*. O histórico delineado no item anterior bem denota a referida vocação à inclusão defensorial e à promoção de justiça via defesa pública de direitos. Portanto, no referido contexto, impõe-se uma proposta de releitura das atribuições defensoriais para além da antiga divisão entre funções *típicas e atípicas* – a qual leva em conta o caráter meramente econômico do destinatário de proteção pela Defensoria Pública – a fim de aportar em uma visão em conformidade com as *ondas renovatórias de acesso à justiça*, apresentadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth[97], a qual repercutirá[98] na forma de

97. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

98. Nesse sentido, vide com maiores detalhes: MAIA, Maurilio Casas. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.).

atuação processual do defensor público, consoante será visto no item seguinte. Luigi Ferrajoli[99] apresenta a Defensoria Pública – assim também o Ministério Público – enquanto *instituição de garantia* para a defesa dos direitos, representando instrumento de *garantia de acesso à Justiça* em duplo sentido (subjetivo e objetivo).

Primordialmente, a Defensoria Pública é concebida enquanto mecanismo de *acesso à Justiça* dos indivíduos e das coletividades tanto *defensivamente* (ex.: defesa penal) quanto *ativamente* (ex.: propondo ação de alimentos ou uma ação coletiva em favor dos necessitados). Isso porque além de prevista como *instituição do Sistema Constitucional de Justiça* brasileiro (CRFB/88, art. 134), a Defensoria Pública é vinculada a garantir assistência jurídica gratuita e integral a quem necessitar (CRFB/88, art. 5º, LXXIV).

Nesse contexto, faz-se imperioso se observar as atribuições da Defensoria Pública em conformidade com as *ondas renovatórias* de acesso à Justiça, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth[100], removendo-se os óbices econômicos (primeira onda), organizacionais coletivos (segunda onda), burocrático-procedimentais (terceira onda) e ético-educacionais[101] (quarta onda). Desse modo, a Defensoria Pública é instrumento e garantia de acesso democrático à Justiça, adaptando-se seu modo de atuar a cada realidade fática e em respeito às demais instituições do Sistema de Justiça – agindo como representante processual (ex.: primeira onda), legitimado coletivo (ex.: segunda onda) e ainda como sua legitimidade institucional em eventual substituição processual (ex.: quarta onda). Na realidade mencionada, a Defensoria Pública se torna uma *garantia institucional*[102] do acesso à Justiça aos *necessitados* (em sentido amplo[103]), sendo a forma de atuação

Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. I – parte geral, p. 1253-1292.

99. FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através de direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 245.

100. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

101. "[...] expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico." (ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à Justiça: epistemologia *versus* metodologia. In: PANDOLFI, Dulce et al. (Org.). *Cidadania*: Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 72.)

102. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 13. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 397-398.

103. Afirmação a ser lida de acordo com os precedentes do STF (ADI 3.943 e RE 733.433/RG) e do STJ (EREsp 1.192.577).

balizada pelas circunstâncias do caso concreto e em conformidade com a onda renovatória motivadora do atuar defensorial.

4.3. Da representação à presentação processual – A ampliação das garantias dos cidadãos na execução penal

Tradicionalmente, a Defensoria Pública é reconhecida e apresentada no meio acadêmico em sua atividade de *representação postulatória* dos necessitados, quando age em função de *representante postulatório* da parte que não possui recursos para pagar advogado. Dessa maneira, não representa qualquer novidade a atividade defensorial enquanto representante postulatório do necessitado, atuação essa amplamente conectada à remoção de óbices econômicos para acesso à Justiça, na denominada *primeira onda renovatória de acesso à Justiça*[104] – mas não somente nela. Por outro lado, os debates sobre a legitimidade extraordinária, coletiva e institucional da Defensoria Pública são muito mais recentes.

Na *esfera cível*, a Lei Federal 11.448/2007 registrou de modo expresso e claro a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública. Aliás, a constitucionalidade da referida Lei foi impugnada pela Associação dos Membros do Ministério Público (CONAMP) via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.943, a qual foi julgada improcedente, reconhecendo a legitimidade coletiva da Defensoria Pública – a qual foi reiterada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no EREsp 1192577 e pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 733.433.

No *plano constitucional*, a Emenda Constitucional 80 positivou de modo indubitável a legitimidade coletiva da Defensoria Pública, medida essa impactante tanto na legitimidade institucional cível quanto na área penal.

Na *esfera penal*, por outro lado, foi somente com o advento da Lei Federal 12.313, de 2010, que a atividade defensorial em legitimidade institucional, extraordinária ou coletiva restou muito mais clara.

4.3.1. A Defensoria Pública enquanto órgão interveniente na execução penal

A Lei 12.313/2010 trouxe inovação legislativa ao apresentar de modo taxativo a Defensoria Pública como órgão de execução penal, ao incluir o inciso VIII no

104. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

artigo 61 da Lei de Execução Penal (LEP): "Art. 61. São órgãos da execução penal: [...] VIII – a Defensoria Pública."

Nesse contexto, para entendimento mais amplo e geral, convém leitura atenta do artigo 81-A da LEP, com redação conferida pela Lei 12.313/2010:

> A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, *oficiando*, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. (grifo nosso)

O primeiro ponto instaurador de reflexão é o uso do verbo *oficiar*. A Defensoria Pública estará *oficiando* de modo individual e coletivo em defesa dos necessitados. A referida de oficiar é somente reiterada na Lei de Execução Penal em relação ao Ministério Público, conforme se pode observar no artigo 67 da LEP: "Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, *oficiando* no processo executivo e nos incidentes da execução." (grifo nosso)

No contexto da legislação da execução penal, somente dois órgãos de execução penal recebem a atribuição de oficiar junto ao juízo da Execução Penal: o Ministério Público, enquanto *Custos Legis*, e a Defensoria Pública, enquanto guardiã individual ou coletiva dos necessitados.

Sobre o papel da Defensoria Pública enquanto órgão de execução penal, Rodrigo Duque Estrada Roig[105] entende tal configuração institucional como inconfundível com o papel do Ministério Público enquanto Fiscal da Lei (*Custos Legis*). Ademais, pondera que, para além da tradicional representação postulatória do assistido, a Defensoria Pública deve assumir outras três formas de atuação institucional decorrentes do dever defensorial de *velar* previsto no artigo 81-A da LEP: I – atuação proativa para a observância de preceitos éticos e jurídicos na execução penal; II – busca da tutela do melhor direito dos vulneráveis apenados; III – promoção de todas as medidas para a promoção dos direitos fundamentais dos apenados.

Ademais, uma vez firmada a condição de vulnerabilidade e de necessitados constitucionais dos encarcerados, a atribuição defensorial de tutela de seus respectivos direitos fundamentais e humanos poderia defluir não somente do texto constitucional, como também da própria Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC

105. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 290.

80/1994) ao resguardar implicitamente a comunidade dos encarcerados mencionando a tutela de vulneráveis (art. 4º, XI[106]), dos direitos humanos (art. 4º, XI[107]) e coletivos (art. 4º, VII[108], VIII[109] e X[110]). Com efeito, não é demasiado rememorar que a LC 80/1994 registra menção expressa à defesa dos encarcerados desde o flagrante até o cumprimento de penas e internação de adolescentes (art. 4º, XIV e XVII[111]), além de tutelar as vítimas de tortura (art. 4º, VIII[112]).

106. LC 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado"; [...]

107. LC 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado"; [...]

108. LC 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes"; [...]

109. LC 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal"; [...]

110. LC 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela"; [...]

111. LC 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; [...] XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais"; [...]

112. LC 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas"; [...]

Arthur Corrêa da Silva Neto[113] entende pela polivalência das atribuições defensoriais em razão de a Defensoria Pública possuir "atribuições peculiares dos representantes do Ministério Público e atribuições peculiares dos advogados". Por essa razão, Silva Neto[114] conclui que o defensor público, mesmo na esfera individual, poderá atuar como procurador ou ainda em legitimação extraordinária, aduzindo também a possibilidade de atuar institucionalmente, enquanto órgão de execução penal, com lastro no art. 81-A da LEP, em favor de apenados, tanto individual quanto coletivamente.

A Defensoria Pública é órgão de garantia[115-116], mormente quando se encontra na condição de órgão de execução penal. Assim sendo, para além do agir em representação postulatória do apenado sem patrocínio advocatício, devendo atuar quando em nome da missão constitucional da Defensoria Pública autonomamente ("legitimidade extraordinária") e até mesmo em caráter complementar[117] ao advogado privado, em harmonia com este, a fim de reequilibrar[118-119] a balança processual em relação ao órgão público interessado na execução da lei (Ministério Público) e amplificar o contraditório dos necessitados na formação dos precedentes em favor dos mais vulneráveis.

Quanto aos pressupostos de atuação em nome institucional da Defensoria Pública enquanto órgão de execução penal, Rodrigo Duque Estrada Roig[120], Caio

113. SILVA NETO, Arthur Corrêa. Legitimação Extraordinária na tutela individual de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis: A atuação da Defensoria Pública conforme o novo Código de Processo Civil – CPC/2015. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. *CPC/2015*: perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 55.

114. SILVA NETO, Arthur Corrêa. Ibidem, p. 56.

115. FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 245.

116. FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; Trindade, André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 233.

117. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 537.

118. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 537.

119. VIEIRA FILHO, Irvan Antunes. A atuação da Defensoria Pública na Execução Penal: os novos paradigmas trazidos pela Lei Complementar n. 132, de 2009, e pela Lei 12.313, de 2010. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* – edição especial: Execução Penal, Porto Alegre, ano 4, p. 31, 2013.

120. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 324.

Paiva[121], José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto[122] registram a necessidade de omissão, desassistência ou desídia[123] do advogado constituído a fim de se deflagrar a movimentação da Defensoria Pública enquanto protetora da liberdade (*custos libertatis*[124]) para amenizar os nefastos efeitos da *vulnerabilidade processual* do encarcerado. Irvan Antunes Vieira Filho[125], embora concordando com a ideia de que a *omissão* do advogado de confiança é o estopim para a atuação do órgão defensorial de execução penal, também ressalta a possibilidade de atuação do órgão de execução penal concomitantemente ao advogado constituído, ressaltando ser na execução penal o momento de maior vulnerabilidade do cidadão, inclusive organizacional[126].

Noutro passo, o Conselho de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) apresentou nota técnica reconhecendo amplitude à atuação institucional da Defensoria Pública, conforme trecho da ementa da nota técnica: "[...] quando a Defensoria Pública constatar irregularidade, excesso ou desvio de execução ou qualquer violação a direitos adotará as medidas jurídicas pertinentes, *ainda que* a parte possua advogado constituído nos autos, atuando, inclusive em

121. PAIVA, Caio. *Prática Penal para a Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 324-325.

122. ARRUDA DA Silva, José Adaumir; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal*: Novos rumos, novos paradigmas. 2. tir. revisada. Manaus: Aufiero, 2012. p. 131.

123. Em linha semelhante: "Agravo em execução penal. Recurso defensivo. Ausência de apreciação de pedido formulado pela Defensoria Pública nos autos da execução penal em razão da existência de advogado particular constituído nos autos. Impossibilidade *in casu*. Recurso parcialmente provido. *In casu*, constatando-se a atuação desidiosa por parte do advogado particular constituído nos autos, existindo interesses do reeducando a serem efetivados, revela-se perfeitamente cabível a intervenção da Defensoria Pública, a garantir a eficácia da lei." (TJ-MG, AGEPN: 10035050621487002, rel. Matheus Chaves Jardim, j. 11.12.2013, 2ª Câm. Crim., *DJ* 10.01.2014.)

124. PAIVA, Caio. *Prática Penal para a Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 323-325.

125. VIEIRA FILHO, Irvan Antunes. A atuação da Defensoria Pública na Execução Penal: os novos paradigmas trazidos pela Lei Complementar n. 132, de 2009, e pela Lei 12.313, de 2010. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* – edição especial: Execução Penal, Porto Alegre, ano 4, p. 31, 2013.

126. VIEIRA FILHO, Irvan Antunes. A atuação da Defensoria Pública na Execução Penal: os novos paradigmas trazidos pela Lei Complementar n. 132, de 2009, e pela Lei 12.313, de 2010. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* – edição especial: Execução Penal, Porto Alegre, ano 4, p. 32-33, 2013.

audiências"[127-128] – conclusão entendida como razoável diante da amplitude do conceito de *necessitado na execução penal*, à luz dos precedentes do STF (ADI 3.943 e RE 733.433) e do STJ (EREsp 1.192.577) para fins de *legitimidade institucional* da Defensoria Pública – tratada também como *legitimidade social*[129] –, mormente quando considerado o *interesse público*[130] existente no respeito aos *direitos fundamentais* dos encarcerados. Obviamente, caso o apenado possua advogado este será *indispensável* (art. 133 da CRFB/88), devendo ser respeitado o princípio do advogado[131] e do defensor[132] natural[133], tratando-se de atuação propriamente institucional do defensor público (em "presentação" da instituição) e não de representante postulatório.

---

127. KATOPODIS, Nikolas Stefany Macedo. Nota Técnica 4 da Comissão Especializada em Execução Penal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. São Luís: CEEP-CONDEGE, 2014, p. 1-11. (Aprovada na reunião da CEEP-CONDEGE realizada na cidade de São Luís/MA no dia 30.05.2014 – grifos nossos.)

128. Em sentido semelhante: "[...] vem sendo admitida a intervenção da Defensoria Pública em processos coletivos ou individuais, *ainda que o apenado conte com advogado particular*, no intuito de ser garantido a regular execução da sanção penal, tanto em caráter doutrinário, quando jurisprudencial." (PASSADORE, Bruno. A Defensoria Pública enquanto *Custos Vulnerabilis*. In: MAIA, Maurilio Casas. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 126.)

129. ARRUDA DA SILVA, José Adaumir; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal*: Novos rumos, novos paradigmas. 2. tir. revisada. Manaus: Aufiero, 2012. p. 186.

130. "Isto faz parte da lógica interna do constitucionalismo garantista que impõe a garantia secundária de acesso à Justiça todas as vezes que um contencioso processual não se dá entre iguais, como no processo civil, mas entre sujeitos desiguais, e requer, portanto, que *a esfera pública venha a suprir as deficiências dos titulares dos direitos fundamentais violados*, o que, sendo direito de todos, é *igualmente interesse público*." (FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 248.)

131. MAIA, Maurilio Casas. Os (des)conhecidos princípios do advogado natural e do defensor natural. *Prática Jurídica,* Brasília, 30.09.2016. p. 52-53.

132. OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 188.

133. Para uma visão mais ampla do tema, vide: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no Processo Penal Brasileiro. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988*: Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 227-243.

Assim sendo, na execução penal, a condição de hipervulnerabilidade dos encarcerados deve ser causa suficiente para deflagrar tanto a legitimidade institucional coletiva da Defensoria Pública – para a propositura de ações civis públicas, por exemplo – quanto a legitimidade institucional interventiva, em nome da própria instituição (e não necessariamente em representação), mas em favor do encarcerado – permitindo-se maior equilíbrio processual na execução penal, reforço do contraditório na formação de precedentes pró-vulneráveis e efetivação de direitos fundamentais dos encarcerados, enquanto legítimo órgão guardião dos vulneráveis (*Custos Vulnerabilis*) e da comunidade vulnerável dos encarcerados (*amicus communitas*) – conforme conceitos apresentados inicialmente.

Notas conclusivas

Depois da apresentação do estudo realizado, podem-se levantar as seguintes conclusões acerca da missão da Defensoria Pública enquanto órgão de execução penal:

I – o encarcerado é vulnerável em múltiplas dimensões de sua existência, mormente ante a relação verticalizada com o "estado-encarcerador", sendo enquadrável no grupo denominado de hipervulnerável pela teoria jurídica pátria. A proteção constitucional deferida aos encarcerados, coloca-os no quadro de necessitados constitucionais de tutela estatal, sobretudo no contexto do ECI, reconhecido pelo STF quanto ao carecer no Brasil;

II – o garantismo penal é doutrina jurídica inaugurada por Luigi Ferrajoli, amplamente estudada no Brasil, cuja finalidade maior é provavelmente lastrear um sistema jurídico no qual os direitos fundamentais encontrem respaldo fático, efetividade – representando um paradigma jurídico essencial à redução da distância entre os direitos previstos nas normas e sua concretude;

III – a Defensoria Pública, enquanto modelo de assistência jurídica adotado pela Constituição da República em 1988, tem sua origem como órgão de Procuradoria de Justiça via defesa pública, encontrando-se sua origem na Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) do Rio de Janeiro na década de 1950, quanto atuavam na mesma instituição que os promotores, os quais procuravam justiça via acusação pública;

IV – a teoria jurídica de Luigi Ferrajoli expõe o defensor público enquanto órgão público que deve ser o guardião público da presunção de inocência e da produção de contraprovas, devendo até mesmo atuar ao lado da defesa privada (via advogado) a fim de potencializar os direitos defensivos perante o Estado e reequilibrar o embate de forças com a acusação pública;

V – a Defensoria Pública (DP) – na qualidade de órgão interveniente –, tem missão distinta do Ministério Pública (MP), pois enquanto este último (MP) tem seu papel constitucional conectado à *objetiva* tutela da ordem jurídica enquanto *Custos legis et iuris* (guardião da lei e da ordem jurídica), a Defensoria Pública age em favor do progresso dos necessitados (*lato sensu*), como guardiã dos vulneráveis e dos excluídos (*Custos Vulnerabilis et plebis*), assim como amiga das comunidades carentes (*Amicus Communitas*); e

VI – a partir das premissas até aqui lançadas, conclui-se que a Defensoria Pública pode e deve atuar – para além da forma de *representação postulatória* –, na qualidade órgão *interveniente* na execução penal, a partir de sua legitimidade constitucional de protetora dos necessitados – como são, em sentido amplo, os encarcerados –, agindo enquanto interveniente, condição de guardiã das vulneráveis e das comunidades carentes (*custos vulnerabilis et amicus communitas*).

Enfim, longe de esgotar temática complexa, o presente texto expôs o papel de órgão interveniente na execução penal com a finalidade de estimular novos estudos e debates sobre a questão imprescindível não somente ao Processo Penal, como também à percepção do modelo constitucional de assistência jurídica: a Defensoria Pública.

Referências bibliográficas

ARRUDA DA SILVA, José Adaumir; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal*: Novos rumos, novos paradigmas. 2. tir. revisada. Manaus: Aufiero, 2012.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Ata de comissões*. Comissão da Organização e Sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ata da 9ª Reunião Extraordinária, realizada em 23.05.1987, Presidente José Costa, p. 239. Disponível em: [www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/3c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO.pdf]. Acesso em: 26.09.2017.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento "B", de 27 de janeiro de 1988. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissao-de-sistematizacao/COMSist26ext27011988.pdf]. Acesso em: 26.09.2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, abr. 2013.

BORBA, Isabela Souza de. *Poderes constituídos e garantismo*: perspectivas de uma democracia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 13. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Servanda Editora, 2012.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COPETTI Neto, Alfredo. *Democracia Constitucional sob o olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014. v. V.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à Justiça: epistemologia *versus* metodologia. In: PANDOLFI, Dulce et al. (Org.). *Cidadania: Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, p. 61-76, 1999.

ESTEVES, Diogo; ALVES SILVA, Franklyn Roger. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Ed. RT, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*: Uma discussão sobre direito e democracia. Trad. Alexander Araújo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimação da Defensoria Pública à ação civil pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; VIGORITI, Vicenzo. (Org.). *Processo Coletivo*: do surgimento à atualidade. São Paulo: Ed. RT, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KATOPODIS, Nikolas Stefany Macedo. Nota Técnica 4 da Comissão Especializada em Execução Penal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais – CEEP-CONDEGE. São Luís: CONDEGE, 2014.

KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

MAIA, Maurilio Casas. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção Novo CPC* – Doutrina Selecionada. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. I – parte geral.

MAIA, Maurilio Casas. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (Org.). *Novas Tendências de Direito do Consumidor*: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MAIA, Maurilio Casas. A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda (Org.). *Direitos e garantias fundamentais*: novas perspectivas. Birigui: Boreal, 2015.

MAIA, Maurilio Casas. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MAIA, Maurilio Casas. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 425, p. 56-58, 01.10.2014.

MAIA, Maurilio Casas. Nota sobre a tutela constitucional da vulnerabilidade agravada do encarcerado: Um novo princípio como guia da execução penal. *ADV*: Informativo COAD, Rio de Janeiro, fascículo semanal n. 3, p. 28-27, jan. 2014.

MAIA, Maurilio Casas. Os necessitados de Carnelutti e o mito de Sísifo: a (i)legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela dos encarcerados. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 436, p. 42-45, 15 mar. 2015.

MAIA, Maurilio Casas. Os (des)conhecidos princípios do advogado natural e do defensor natural. *Prática Jurídica,* Brasília, p. 52-53, 30.09.2016.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito Brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Resolução AG/RES 2.887/2016*. Disponívelem:[www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/2119/AG_Res_2887_(_mnibus).pdf]. Acesso em: 26.09.2017.

PAIVA, Caio. *Prática Penal para a Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PASSADORE, Bruno. A Defensoria Pública enquanto *Custos Vulnerabilis*. In: MAIA, Maurilio Casas. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do Garantismo*: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAGAZZI, José Luiz; TAVARES DA SILVA, Renato. A Defensoria Pública como instrumento de promoção dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 88, p. 197-206, jul.-set. 2014.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública*: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*: aportes hermenêuticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no Processo Penal Brasileiro. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988*: Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; ARAÚJO, Francisco Firmo Barreto de. Garantismo jurídico, democracia material e a defensoria pública: contraditório e defesa do acusado não hipossuficiente. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 67-84, jun.-jul. 2015.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, p. 149-172, set.-out. 2015.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Chaves, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3º, do NCPC. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 259, p. 437-468, set. 2016.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, p. 45-71, abr. 2016.

SILVA NETO, Arthur Corrêa. Legitimação Extraordinária na tutela individual de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis: A atuação da Defensoria Pública conforme o novo Código de Processo Civil – CPC/2015. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. *CPC/2015*: Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VALLE, Juliano Keller do. *Paradoxos Penais*: Ensaio sobre o Arbítrio estatal *versus* Garantismo. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. I.

XIV CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: [www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf]. Acesso em: 26.09.2017.

WEBER, Max. *Ciência e Política*: duas vocações. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; PASSOS, Josué Modesto. O Direito de Execução Penal Brasileiro: Uma análise à luz do pensamento criminológico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, p. 155-170, jul.-set. 1998.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZUFELATO, Camilo. A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes: da legitimidade ativa à intervenção *ad coadjuvandum*. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Temas aprofundados de Defensoria Pública*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Defensoria Pública como instrumento de promoção dos direitos humanos, de José Luiz Ragazzi e Renato Tavares da Silva – *RDCI* 88/197-206 (DTR\2014\17582); e
- Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo, de Ana Luisa Zago de Moraes – *RBCCrim* 101/429-459 (DTR\2013\266).

Algumas razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas: expansão ou necessidade?

Some political-criminal reasons to the criminal liability of legal persons: expansion or necessity

Paulo César Busato

Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha (2005). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). Professor associado de Direito Penal da Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Penal da FAE – Centro Universitário. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.
pbusato2013@gmail.com

Recebido em: 24.04.2018
Aprovado em: 01.10.2018
Última versão do(a) autor(a): 23.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo aborda duas questões político-criminais a respeito da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Primeiramente, discute a compatibilidade da responsabilidade penal de pessoas jurídicas com o perfil de *ultima ratio* que deve ter o Direito Penal. Em seguida, exploram-se as razões pelas quais o Direito Administrativo não pode se encarregar sozinho da tarefa de controle social estatal das pessoas jurídicas. A abordagem é dedutiva partindo de hipóteses macro que se demonstram mediante explicitação de casos. Pretende-se demonstrar a existência de um espaço de intervenção estatal para o controle social das pessoas jurídicas que reclama a intervenção penal.

Palavras-chave: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas – Princípio de intervenção mínima – Limites com o direito administrativo.

Abstract: This article discusses two criminal-political issues regarding the criminal liability of legal persons. First, the compatibility of criminal liability of legal entities with the *ultima ratio* perspective that should towards the criminal law. Secondly, it seeks to demonstrate why the administrative law is not enough to accomplish the task of state social control of legal persons. The approach is deductive based on hypotheses that try to demonstrate through case explicitation. It is intended to demonstrate the existence of a state intervention area for the social control of legal entities that calls for criminal intervention.

Keywords: Criminal liability of legal persons – Principle of *minimum* intervention – Limits with administrative law.

Busato, Paulo César. Algumas razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas: expansão ou necessidade?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152. ano 27. p. 211-231. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilidade penal de pessoas jurídicas é parte do processo de expansão do Direito Penal?. 2.1. Delimitação do problema. 2.2. Em que consiste efetivamente a "expansão do Direito Penal". 2.3. A realidade criminológica da atividade delitiva das pessoas jurídicas. 3. É necessário o emprego de Direito Penal para pessoas jurídicas? . 3.1. A abolição da prisão é a abolição do Direito Penal?. 3.2. Por que não Direito Administrativo?. 3.3. Uma questão de igualdade. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A recente explosão legislativa deflagrada no Direito Penal continental europeu – e, como efeito, no ambiente latino-americano – a respeito da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, trouxe à baila ampla discussão acerca da política criminal que ampara tal decisão.

O Código Penal francês já em 1992 passou a incluir a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Holanda, Bélgica e Dinamarca optaram por seguir o modelo do Código Penal suíço que, desde 2003, admitiu a imputação contra empresas por crimes cometidos com fins empresariais. Também aceitam responsabilidade penal de pessoas jurídicas a Islândia e a Noruega[1]. No Japão, também se permite a responsabilidade da empresa concomitante à pessoa natural, desde a adoção do sistema Ryobatsu-Kitei. O mais recente a se dobrar em favor da responsabilização penal de pessoas jurídicas foi o Código Penal da Espanha, com a reforma de dezembro de 2010, pela Lei Orgânica 5, de 22 de junho.

Há uma lista enorme de países que já adotam a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, a saber: Holanda (1976); Noruega e Irlanda (1991); Islândia (1993); França (1994); Finlândia (1995); Eslovênia e Dinamarca (1996); Estônia (1998); Bélgica (1999); Malta (2002); Croácia, Lituânia, Suíça e Polônia (2003); Áustria (2005-2006); Portugal (2007); e Espanha (2010 e 2015)[2].

Neste cenário doutrinário, resulta bastante comum a associação entre a escolha por utilizar o Direito Penal como estratégia de controle social das atividades

1. Veja-se ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Societas delinquere potest* – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Responsabilidade penal de pessoa jurídica e Medidas Provisórias em Direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 72-87.

2. Sobre a relação de países veja-se ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Compendio de Derecho penal*. 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 279 e GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010. nota 4, p. 9.

das pessoas jurídicas, com o processo de expansão que tem sido identificado como presente no campo desta disciplina[3].

Também resulta bastante comum, em termos críticos, esgrimir o argumento de que o Direito Penal não deveria se ocupar deste tema por força da subsidiariedade que é sua característica. Nestes termos, afirma-se que o Direito Penal só deveria ser empregado onde outras instâncias de controle social jurídico não desempenhassem suficientemente o mesmo papel (a vertente da subsidiariedade a respeito do princípio de intervenção mínima)[4]. Advoga-se, então, que o emprego de Direito Administrativo bastaria para dar solução à questão.

No presente texto, abordam-se estas duas questões colocando tais certezas em xeque.

Não se afirma que não existe o processo de expansão nem que ele não tenha sido associado à responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Contesta-se, entretanto, que os critérios de identificação do processo de expansão sejam os que comumente se aceita, qual seja, um crescente número de leis penais.

De outro lado, não se proclama a absoluta necessidade de utilização do Direito Penal para dar solução ao controle social das pessoas jurídicas, mas procura-se demonstrar a insuficiência flagrante dos mecanismos de controle do Direito Administrativo.

2. A responsabilidade penal de pessoas jurídicas é parte do processo de expansão do Direito Penal?

A primeira questão a ser colocada em discussão é, portanto, se a responsabilidade penal de pessoas jurídicas[5] constitui, em si mesma, um avanço de barreiras de imputação que supõe parte do processo de expansão do Direito Penal.

O ponto de partida da discussão político-criminal deve ser a correspondência ou não da RPPJ a um Direito Penal próprio de um Estado Social e Democrático de Direito.

3. Nesse sentido, especialmente, a crítica de Luis Gracia Martín. In: GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, esp. p. 107 e ss.
4. Especificamente sobre o tema, veja-se BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um sistema penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 172-174 e BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro.* 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011 p. 82-88.
5. Deste ponto em diante, para fins de facilitar a escrita, adota-se a expressão RPPJ para designar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Um Direito Penal verdadeiramente democrático somente pode ser um Direito Penal mínimo, de *ultima ratio*, que se ocupe somente dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais fundamentais para o desenvolvimento social da humanidade.

A opção por um sistema jurídico-penal que inclua a responsabilidade dos entes coletivos seria, em qualquer caso, violadora do princípio de intervenção mínima?

2.1. Delimitação do problema

Uma adequada análise deste problema verifica vários aspectos.

Em primeiro lugar, é preciso averiguar se realmente se vive, no momento atual, um processo de expansão do Direito Penal e, muito mais importante do que isso, é imprescindível deixar delimitado precisamente que elementos conduzem a tal expansão.

Em um segundo momento – admitida a expansão –, é necessário aferir a existência ou não de uma associação direta ou indireta entre a RPPJ e os elementos pelos quais se identifica tal processo de expansão.

Somente esta discussão pode oferecer ferramenta segura para concluir se efetivamente a RPPJ é um instrumento do processo de expansão jurídico-penal em si mesma ou se aparece neste quadro apenas sintomaticamente, em virtude de sua associação a estruturas, estas sim, capazes de alimentar tal processo de expansão, ou seja, somente a partir de uma análise criteriosa acerca do que constitui efetivamente o processo de expansão do Direito Penal, é possível afirmar, sem leviandade, que a RPPJ é uma forma de manifestação de tal fenômeno.

2.2. Em que consiste efetivamente a "expansão do Direito Penal"

Tornou-se voz corrente, desde o estudo de Silva Sánchez[6], que o Direito Penal vive um processo de expansão. No entanto, esta afirmação – em certa medida fomentada pelo próprio argumento do autor – vem sendo feita com base em uma abordagem criminológica e político criminal extremamente pobre.

Fala-se[7] na existência de um número crescente de leis contendo normas incriminadoras e em um incremento progressivo do patamar das penas.

---

6. A referência é ao livro de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999, cuja última edição é SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

7. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión...*, cit., 2006. p. 1.

Parte da doutrina[8] tem questionado as próprias bases em que se ancora o estudo mencionado, no entanto, aqui, parece mais proveitoso para a discussão aqui proposta, olhar para um outro ângulo da questão.

A revolução cibernética[9] e os outros avanços tecnológicos próprios do nosso tempo multiplicaram exponencialmente o número de relações sociais diárias que todos temos e este é um processo irreversível.

O mundo contemporâneo é composto de relações sociais, de regra, virtuais, fugidias e extremamente velozes[10].

Estas condições em que se desenvolvem as relações sociais permitem o seu incremento quantitativo em larga escala, de tal modo que é possível afirmar que o homem atual estabelece relações sociais diárias, com muito mais pessoas do que se relacionava alguém há 50 ou até mesmo há 20 anos[11].

Portanto, se há um número de relações sociais crescente em progressão geométrica, é de se esperar – a lógica indica – que tanto as relações sociais lícitas quanto as ilícitas devem aumentar exponencialmente.

As condutas em sociedade tanto podem ser de acordo como contrárias ao direito. Mantido o mesmo quadro jurídico, naturalmente já haveria um aumento, em números absolutos de condutas ilícitas, entre elas, os ilícitos penais.

Todavia, não é só isso. Existe também um progressivo aumento qualitativo de condutas. Há muitas realizações outrora impossíveis, que hoje, presentes globalização e revolução cibernética, são cotidianas. Pense-se, por exemplo, em negócios jurídicos, como compra e venda ou operações financeiras, realizados por

8. Veja-se crítica em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 85-99.

9. O tema foi trabalhado em BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Anthony George Patrick Fletcher. In: *Revista Penal*, Huelva, n. 35. Huelva, p. 11, jan. de 2015.

10. Sobre o tema, veja-se LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2011; LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; VARGAS LLOSA, Mari. *La civilización del espectáculo*. Barcelona: Penguin Random House, 2015 e BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, esp. o Capítulo 3.

11. Esta multiplicidade de relações sociais é derivada do que Bauman definiu como "construção digital do mundo". O tema é amplamente explorado em BAUMAN, Zygmunt. *La metamorfosi del mondo*. Trad. Marco Cuppelaro, Bari: Laterza, 2017. p. 142 e ss.

internet em um *smartphone*. Ora, se são atos jurídicos válidos, poderiam também ser fraudulentos, sofrer ataques, desvios, etc. Esses são atos jurídicos que, anos atrás, seriam impossíveis de realizar, simplesmente não existiriam, não entrariam na conta. Isso, ainda, sem contar os crimes cibernéticos próprios como o *cyberstalking*, ou a difusão de *spywares* ou vírus cibernéticos, por exemplo[12].

Portanto, a questão é que há um crescente número de relações sociais lícitas e ilícitas diário. Não se tem notícia, em contrapartida, de um estudo sério que relacione as duas coisas, mostrando que o número de condutas ilícitas, proporcionalmente às lícitas, tenha sofrido um incremento desproporcional. A isto poder-se-ia chamar efetivamente de *expansão* do Direito Penal. As análises simples de números absolutos, ao contrário, não podem sustentar nenhuma evidência.

Por outro lado, em alguns lugares como o Brasil, é possível ver um resultado massivo de encarceramento[13], que evidencia que o resultado final da intervenção do controle social penal tem sido mais grave do que foi outrora. Para que a isso se chame expansão do Direito Penal, é necessário verificar em que plano ele realmente está se expandindo, e parece que este plano não é o do mero incremento de número de condutas incriminadas.

Se, no entanto, não há um incremento proporcional de condutas ilícitas provado, mas sim está evidenciada uma ampliação no encarceramento, a hipótese de expansão quiçá resida precisamente naquilo que se encontra entre uma e outra coisa: as fórmulas de incriminação.

---

12. Sobre o tema da criminalidade em matéria digital, veja-se, WALL, David S. *Crime and the Internet*. New York: Routhledge, 2006; SOARES, Gustavo Torres. *Investigação Criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; AGUIAR, Poliana Policarpo de Magalhães; BRENNAND, Edna Gusmão de Góes. *Cibercrimes na e-democracia*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e Cyberstalking*: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 e FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. *Crimes na internet e inquérito policial eletrônico*. São Paulo: Edipro, 2018.

13. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, quando cotejados com os dados do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça mostram que, no ano de 1990, a população brasileira era de aproximadamente 143 milhões de habitantes, enquanto que a população carcerária era de aproximadamente 90 mil pessoas. No final de 2014, o número de encarcerados era de aproximadamente 550 mil pessoas e a população brasileira, em 2015, girava em torno de 204 milhões de pessoas. Em 25 anos, o aumento da população foi de 33%, enquanto que da população carcerária foi superior a 500%.

Ocorre que é fato notório no ambiente doutrinário – e não exclusivamente do Brasil – que tem crescido o número de delitos em cujo desenho se insere um incremento nas barreiras de imputação, quer seja pela via do abuso de elementos normativos do tipo, de leis penais em branco, de incriminações de resultados de perigo abstrato, de bens jurídicos coletivos ou espiritualizados, de castigo de omissões de deveres, de delitos culposos, de delitos de acumulação, de delitos de posse ou de estado e um longo etc.

A cumulação destas fórmulas naturalmente dificulta as possibilidades de defesa e isso faz com que cada vez mais se amplie o encarceramento.

Este dado, quiçá, possa ser vinculado a um processo de expansão, mas a lista de avanços de barreiras de imputação não inclui, entre as técnicas de tipificação, a RPPJ. Se eventualmente se associa esta opção a tal processo de expansão, isso pode dever-se, quiçá, ao emprego de tais técnicas de tipificação violadoras de garantias, aos casos de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

No entanto, isto não é, de modo algum, uma opção obrigatória.

É mais do que recomendável que se preserve ao máximo as garantias tão lentamente implantadas no sistema punitivo. Optar por responsabilizar entes coletivos não necessariamente implica fazê-lo mediante a adoção de técnicas de tipificação abusiva, nem tampouco a ampliação de posições de garante, nem mesmo ao direcionamento de tal modalidade de incriminação a delitos de perigo ou bens jurídicos coletivos. Simplesmente, não é necessário, para compatibilizar a RPPJ com a teoria do delito, empregar, nas incriminações que lhe correspondem, as técnicas de tipificação que propõem avanços nas barreiras de imputação com recortes de garantias fundamentais.

Por outro lado, a necessidade de incriminação das pessoas jurídicas é reclamada, no plano político criminal, em razão do impulso de outras realidades criminológicas que, muitas vezes, estão associadas a delitos muito concretos, que contemplam, eventualmente, resultado material e ofendem tanto bens jurídicos individuais quanto coletivos essenciais.

Vejamos.

2.3. A realidade criminológica da atividade delitiva das pessoas jurídicas

É um fato inarredável que, cada vez mais, fatos gravíssimos de intensa repercussão social têm envolvido atividades de pessoas jurídicas.

É igualmente um dado criminológico que, no mundo da modernidade reflexiva, as principais agressões, especialmente a bens jurídicos coletivos – que nem

por isso deixam de ser fundamentais –, como nas graves aflições ao ambiente, na maior parte dos casos, envolve pessoas jurídicas, sem as quais seria impossível conseguir produzir tais crimes[14].

O chamado *Moderno Direito Penal*, no afã – muitas vezes inútil – de conter o progressivo avanço na violação destes bens jurídicos coletivos tem feito uso desmedido de modernas técnicas de tipificação, em particular, a dos delitos de perigo abstrato e das normas penais em branco, que sem dúvida alguma representam o adiantamento de barreiras de imputação e dão lugar ao que se convencionou chamar de processo de expansão do Direito Penal.

Como as atividades que dão origem à aflição dos bens jurídicos coletivos, de maneira geral, ocorrem envolvendo a atividade empresarial, é comum associar-se a responsabilidade penal de pessoa jurídica com o problema da expansão do Direito Penal, sob o argumento de que aquela também é mais um sintoma deste.

Trata-se, porém, de uma falsa impressão, facilmente desmentida.

Um excelente exemplo da realidade recente brasileira é o rompimento da barragem da companhia Samarco, na cidade de Mariana, em Minas Gerais. Uma enorme gama de resultados de homicídios, lesões corporais, danos de alta monta, poluição de águas potáveis e até mesmo aniquilação de espécies aquáticas, enfim, um enorme número de resultados a bens jurídicos fundamentais, em delitos de resultado material, sendo inclusive, alguns casos, de bens jurídicos individuais tão essenciais quanto a vida e a integridade física.

Poder-se-ia somar, tendo por foco ainda no cenário brasileiro, o clássico delito de corrupção ativa. Trata-se de um delito aflitivo da administração pública cuja tradição remonta às ordenações. Pois bem. É de conhecimento público a apuração de vários delitos de corrupção ativa envolvendo empresas no Brasil, até o ponto de estas contarem com setores próprios para a realização diuturna de tal atividade e, não obstante a persecução individual tenha sido empreendida, a atividade ilícita claramente persistiu.

Sendo assim, se ao Direito Penal de perfil minimalista incumbe justamente a intervenção contra os ataques mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, e estes, por vezes, são perpetrados por e por intermédio de pessoas

14. Os exemplos são oferecidos por Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 28. Na seara penal, o tema também já é tratado com o qualificativo de "evidente". Veja-se, por todos, GALÁN MUÑOZ, Alfonso; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 36.

jurídicas, não há nenhuma incongruência entre a defesa teórica da postura de sua incriminação e a defesa do postulado de intervenção mínima.

Ademais, as relações sociais são sabidamente mutantes e a preservação da ideia de intervenção mínima *obriga* à constante revisão do que representam os ataques mais graves e quais são os bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento humano, obrigando, por vezes, ao descarte de incriminações consolidadas e à identificação de novos espaços de intervenção. É necessário combater o processo de expansão do Direito Penal, porém, é igualmente necessário admitir a migração de seus mecanismos de intervenção de acordo com as exigências socioculturais.

Note-se que a estrita obediência a um princípio de intervenção mínima resulta absolutamente compatível com a adoção de uma RPPJ; logo, o simples fato de que se adote a RPPJ não se traduz em um processo de expansão do Direito Penal, desde que se procure sua reserva a casos eminentemente graves, onde a técnica de tipificação empregada seja obediente a um Direito Penal mínimo.

Outrossim, a afirmação a respeito de que a RPPJ não é, em si, um instituto que represente necessariamente uma expansão do Direito Penal, conquanto valha para evitar sua absoluta renegação, resulta ainda insuficiente para justificar sua adoção.

Que algo não seja essencialmente prejudicial não quer dizer que deva ser usado. É preciso que represente alguma espécie de ganho.

Para esta discussão, é essencial responder a uma outra pergunta.

3. É necessário o emprego de Direito Penal para pessoas jurídicas?

Uma das críticas mais comuns à pretensão de responsabilização criminal de pessoas jurídicas volta-se à questão da necessidade ou não do emprego do Direito Penal diante da questão.

Argumenta-se, comumente, que se a atividade empresarial promove danos, a melhor solução para tais danos seria sua recomposição, o que pode ser obtido já no plano do Direito Civil ou Administrativo, de modo que não seria necessário nem útil aplicar o Direito Penal para alcançar tal meta[15].

Adiciona-se a isso o argumento de que não é possível a utilização da pena de prisão para pessoas jurídicas e que o restante das medidas que podem ser

15. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2006. p. 424.

tomadas pelo sistema criminal – restrições de direitos e multas – podem perfeitamente ser alcançadas pelo Direito Administrativo e Civil[16].

Basicamente: se não se vai aplicar prisão, por que utilizar o Direito Penal?

3.1. A abolição da prisão é a abolição do Direito Penal?

A primeira curiosidade dessa postura crítica é o fato de derivar precisamente de um setor da ciência penal que defende de modo veemente o afastamento do emprego da pena de prisão pelo Direito Penal em face de sua evidente falência[17].

Ora, se o banimento da pena de prisão se efetuar, estará extinto o Direito Penal? Ou ele deverá seguir existindo, justamente pelo exercício do controle mais ingente, ou seja, nos casos de restrições de direitos mais graves ou de multas mais vultosas?

Caso o fim da pena de prisão represente o fim do Direito Penal, não cabe discussão. A postura abolicionista, no entanto, sabidamente tem um caráter utópico que, por hoje, é absolutamente irrealista e inaceitável. Nas palavras de Hassemer,

> [...] a demanda de suprimir o Direito penal, de nenhuma forma é uma opção agradável para os seres humanos e muito menos para os direitos humanos das pessoas. Tão somente se lograria, uma vez que o controle social seguiria regendo nossas vidas, eliminar os limites das ingerências e intromissões, deixando via livre aos poderosos interesses sociais para impor suas sanções. Isso sim que seria uma verdadeira miséria[18].

Por outra, se o Direito Penal deverá seguir existindo, ele deverá ser mantido como *ultima ratio*, e como tal, independentemente das circunstâncias em que exista, reservado para as intervenções mais graves. Se essas intervenções mais graves estão ocorrendo dentro do Direito Administrativo e do Direito Civil, certamente isso não é um sintoma de que o Direito Penal deva ser desprezado, mas sim um sintoma claríssimo da existência de uma fraude de etiquetas. Aquilo que

16. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276-277.

17. Um bom exemplo de tal curiosa mescla de convicções está presente em SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*..., cit., compare-se p. 423-450 e p. 451-489. Já há muito se defende a ideia de que o projeto que concebeu a prisão como pena é um projeto falido. Para detalhes, veja-se a consagrada tese doutoral de Cezar Roberto Bitencourt, publicada como BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

18. HASSEMER, Winfried. Contra o abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In *Revista Penal*, Huelva, n. 11. Trad. Miguel Ontiveros Alonso, p. 40, 2003.

se chama *Direito Civil* ou *Direito Administrativo*, mas que promove restrições de direitos e multas graves, sem dúvida, deverá gozar de uma estrutura de garantias absoluta, como só o Direito Penal pode proporcionar. O emprego de mecanismos de inversão de prova contra o imputado, de presunções e abreviações processuais não é tolerável diante da intervenção máxima.

Nesse caso, se for afirmado que o Direito Administrativo e o Direito Civil gozam de tais garantias, estará provada a fraude de etiquetas. Intervenção grave e garantias máximas são as impressões digitais do Direito Penal. Estar-se-ia chamando de civil e administrativo aquilo que claramente é Direito Penal.

Se, ao contrário, é o Direito Penal que se está imiscuindo em atividade administrativa ou civil, castigando condutas de somenos importância, o equívoco é do Direito Penal que deveria ser mantido à margem delas. Mas tal afastamento, decerto, passa longe daquilo que tem sido perpetrado pelas pessoas jurídicas.

Como se nota, não importa o nome que se dê, importa o conteúdo. *Sempre* será imprescindível que as intervenções mais graves – sejam quais forem – contra o indivíduo sejam acompanhadas das maiores garantias. A esse esquema se costuma denominar *sistema penal*.

Por outra, é também certo que a reação do sistema penal não opera, em 100% dos casos, com penas. Medidas de segurança e medidas socioeducativas (aplicadas na área da infância e juventude) são também medidas derivadas do sistema penal. Por muito que se queira maquiar estas últimas, sustentando que servem ao desenvolvimento do caráter das crianças e adolescentes e que são medidas sanitárias dirigidas aos enfermos mentais, as medidas (sejam socioeducativas ou de segurança) são matéria efetivamente penal, porque essencialmente vinculadas e dependentes, em sua própria existência, da ocorrência de um ilícito penal.

A afirmação do ilícito penal dissociada da pretensão de reprovação impede apenas a imposição de pena e não a intervenção do sistema penal. O fulcro, disfarçado no caso das crianças e adolescentes e explícito no caso dos portadores de enfermidades mentais, é a periculosidade.

Nesse ponto, resulta imperioso reconhecer que a atuação de uma pessoa jurídica envolvida em um ilícito penal costuma ser bastante mais perigosa que o envolvimento de um inimputável, seja ele um menor de 18 anos ou um portador de enfermidade mental. Portanto, se é a *periculosidade* que fundamenta a aplicação da medida de segurança, não haveria, em princípio, porque descartar esta possibilidade como consequência da RPPJ.

Em verdade, disso resultam duas opções possíveis.

A primeira é entender que não é possível o emprego de medidas de segurança para contrapor-se à prática de ilícitos por pessoas jurídicas e igualmente afastar

a discussão sobre a prática de ilícitos como requisito para a aplicação de medidas socioeducativas e de medidas de segurança para os portadores de enfermidades mentais, transferindo a discussão de modo completo e efetivo para o âmbito sanitário e educacional, completamente extrajurídico, quando não, ao menos, fora do Direito Penal. A segunda é continuar antepondo o ilícito como requisito indeclinável para as medidas de segurança em face de critérios de periculosidade e de proporcionalidade, aplicando-os indistintamente aos adolescentes, aos inimputáveis e às pessoas jurídicas.

Qualquer terceira opção mesclando as anteriores peca, de início, de uma flagrante incongruência.

Assim, quer seja reagindo com penas restritivas de direitos, quer seja por meio de medidas de segurança, o que está claro é que a reação penal é perfeitamente compatível, em sua modulação, com a RPPJ.

É conhecido, na doutrina, um vasto manancial de consequências jurídicas aplicáveis a pessoas jurídicas pela instância penal, absolutamente válidos e recomendáveis.

Aponta Adán Nieto Martín, por exemplo, para

> [...] a interdição de participar em leilões e concursos públicos ou de contratar com a administração pública, que figura tanto na Itália (art. 9.2.c do Dec. Lgs. 231), na França (art. 131 – 39.5 do CP) ou na Espanha (art. 262.1.C) [...] proibição de captar poupança pública (art. 131-36.6 do CP francês); interdição que inclui tanto a possibilidade de solicitar investimentos – por exemplo, através da emissão de obrigações da empresa –, de atuar na bolsa ou de utilizar qualquer tipo de publicidade para captação de poupança[19].

Em caráter mais voltado à prevenção criminológica, pode-se pensar também na "revogação ou suspensão de autorizações, licenças ou concessões que tenham sido funcionais para a comissão do delito (Dec. Legs. 231 – art. 9.2.d)"[20].

Outra fórmula muito difundida é a sanção voltada à imagem, como a *adverse publicity order*, a *simples publicity order* ou, ainda, a *order of notice to victime*, todas voltadas a tornar pública a violação de direitos perpetrada pela empresa[21].

19. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 301.

20. Idem, p. 301.

21. Veja-se detalhes em COFFEE, John. No soul, no damn, no body to kick: An unscandalized Inquiry into de problem of Corporate Punishment. In: *Michigan Law Review*, 1981,

Também se pode cogitar – em havendo vítima definida para o crime – impor a sanção de transferência de cotas da empresa autora à vítima ou sua família.

3.2. Por que não Direito Administrativo?

Uma vez constatado que as medidas aplicáveis às pessoas jurídicas são compostas por restrições de direitos, é bastante frequente que surja a pergunta: então por que não utilizar o Direito administrativo?[22]

São inúmeros os argumentos pelos quais se deve negar uma migração total para o campo administrativo das consequências do ilícito praticado por pessoas jurídicas. Aqui se procurará, no entanto, esgrimir alguns dos principais.

O primeiro deles guarda estreita conexão com um dos argumentos expostos no tópico anterior. Se o ilícito perpetrado por uma pessoa jurídica é uma das ofensas mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social dos indivíduos (só isso o autentica a pertencer à seara penal), o uso do Direito Administrativo supõe um abuso, uma vez que este modelo jurídico se vale de presunção de culpa, de aplicação de sanção diretamente pelo Poder Executivo, de inversão do ônus da prova e de uma série de violações de direitos fundamentais.

Poder-se-ia argumentar, então que, neste caso, se estaria protegendo mais as pessoas jurídicas, dando-lhes privilégios que hoje elas não possuem.

A falácia do contra-argumento é o esquecimento de que não poucas vezes estarão implicados na prática delitiva pessoa física e pessoa jurídica e o recorte de garantias de um, para preservar a lógica e equanimidade do sistema, deveria implicar no recorte do outro. A opção contrária implicaria a necessidade de afirmar que a aplicação de uma mesma consequência em virtude de um mesmo fato deveria percorrer caminhos de imputação diferente para pessoa física e para pessoa jurídica. Com as inversões de culpa e de prova, a consequência catastrófica para um mínimo de lógica jurídica na atribuição de responsabilidade levaria ao frequente castigo das pessoas jurídicas com absolvição de pessoas físicas pelo mesmo fato, criando, então, sim, um bode expiatório perfeito.

Há ainda o efeito colateral de aplicação do Direito Administrativo como instrumento de *ultima ratio*, levando à abolição perversa do Direito Penal, mediante

p. 211 e ss. e FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*. Albany: S.U.N.Y. Press, 1984. p. 303 e ss.

22. A respeito, veja-se, por todos, ORTOLAN, Marcelo. "A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção: norma penal ou administrativa? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal,* Curitiba, v. 8, n. 14, p. 151-166, jan.-jun. 2016.

a implementação de um Direito com bem menos garantias para os mesmos fatos onde até então se preservavam garantias fundamentais.

O segundo argumento diz respeito a peculiaridades sociológicas.

É bastante comum ouvir-se falar que na Alemanha, por força de um Direito Administrativo extremamente forte e interventivo, não se faz necessária a instauração de um modelo que contemple RPPJ, o que seria um sintoma de que um Direito Administrativo ajustado poderia resolver o tema muito melhor do que uma migração para o campo da responsabilidade penal.

Espera-se que tenha ficado no passado o hábito da importação acrítica de institutos jurídicos europeus para a aplicação na América Latina.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que a imensa maioria dos países europeus do Direito continental já adota a RPPJ a despeito da postura alemã.

É verdade que o Direito Administrativo sancionador alemão é bastante interventivo e que foi criada em torno dele uma subserviência de comportamento do cidadão médio que leva a que as obrigações – de regra – sejam atendidas pelos setores empresariais.

O que pouco se destaca é que tal dureza e tal obediência cega, no caso alemão, podem estar culturalmente relacionadas com as origens históricas do Direito Administrativo e sua associação ao Direito de Polícia que, ao absorver uma boa parte da instância penal durante a página mais negra da história alemã[23], legou um histórico terrível e pode ter deixado marcas capazes de justificar a submissão dos indivíduos à diretriz estatal. Em boa parte, é possível associar esta cultura de obediência a um histórico de medo.

No outro extremo de um leque de posturas diante da obediência às normas administrativas, encontra-se precisamente o Brasil, cujas origens históricas revelam uma incomum leniência com a prática ilícita, uma porosidade enorme à corrupção[24].

---

23. Veja-se, a respeito, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*. San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental, 2015, esp. o Capítulo Quarto, onde se aborda com detalhe a absorção do Direito Penal nacional-socialista pelo direito de polícia. O texto conta com publicação próxima, sendo preparada para a Espanha como LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018 e para o Brasil, como LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*. Trad. Paulo César Busato, Florianópolis: Tirant Brasil, 2018.

24. Sobre o tema, veja-se BUSATO, Paulo César. Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil. In: *Revista Penal*, Huelva, n. 36, p. 14 e ss., jul. 2015.

Não é de se esperar tal postura de cumprimento do Direito Administrativo no Brasil. Mas é ainda pior.

Se o Direito Administrativo é realizado a partir da potestade do Poder Executivo, enquanto os crimes envolvendo pessoas jurídicas se desenvolvem especialmente na seara empresarial, o cruzamento de dados não permite esperar desenvolvimento alvissareiro, cientes de que os maiores delitos já identificados na história da nação brasileira foram perpetrados precisamente mediante a associação criminosa entre empresas e órgãos do Poder Executivo.

Isso sem mencionar o fato de que o que estrutura a base do Direito Administrativo é precisamente a discricionariedade regrada, o que implicaria, em outro momento, não apenas na legitimidade da não persecução, como também na mesma legitimidade de um emprego seletivo e direcionado a interesses inconfessáveis do ente público.

Não é proposta digna de se oferecer a qualquer brasileiro uma solução para os ilícitos empresariais partindo de entregar todo o poder sancionatório nas mãos do Executivo.

O mecanismo penal, nesse sentido, exerce uma importante contrapartida, consistente na submissão da decisão sancionatória ao Poder Judiciário e a iniciativa persecutória à pessoa diversa de um dos interessados no conluio, qual seja, o Ministério Público.

Portanto, parece óbvio que o Direito Administrativo não pode resolver sozinho um problema que claramente suplanta suas fronteiras, sem se converter, ele próprio, em Direito Penal disfarçado.

3.3. Uma questão de igualdade

Por último, mas não menos importante, resta analisar a questão da igualdade, já antes aventada por Carbonell Mateu. O autor valenciano afirmou que:

> todos os sujeitos que intervêm no âmbito vital regulado pelo Direito – ou seja, que intervêm nas relações sociais e no correspondente sistema comunicativo – devem estar submetidos às consequências jurídicas que implicam seus descumprimentos, assim tem que acontecer, porque *as relações sociais – a vida em comum – não pode funcionar se não existe uma submissão igualitária de todos às normas*[25].

25. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, J. C.; CUSSAC, J. L.

O argumento é antigo e remonta a von Liszt[26], quem, em frase famosa, sustentou que quem pode celebrar contratos também pode realizar contratos fraudulentos ou usurários, portanto, pode praticar crimes.

Mas Carbonell vai além apontando que o próprio ordenamento jurídico perde coerência quando impõe igualmente uma submissão às regras, mas difere entre as pessoas no que tange ao nível de coerção para a efetivação do resultado destas regras. Os bens jurídicos não podem ser defendidos de modo diverso conforme seja a pessoa que os ataque, ou seja,

> [...] as relações sociais – a vida em comum – não podem funcionar se não existe uma submissão igualitária de todos às normas, se não existe a razoável expectativa de que qualquer abuso de uma posição determinada vai comportar uma reação do próprio sistema, que assegura a posição que a cada qual corresponde[27].

Realmente não é razoável que as pessoas jurídicas gozem do privilégio de não se submeterem às mesmas regras de controle social que limitam os comportamentos das pessoas físicas.

Não é aceitável que, enquanto uma pessoa física tenha que arcar, pelo mesmo ilícito, com responsabilidades cumulativas no Direito Civil, administrativo e penal, à pessoa jurídica seja reservado o privilégio de jamais sofrer idêntica cumulação.

Pense-se, por exemplo, no caso de um acidente de trânsito. Ao cruzar o sinal vermelho, por culpa sua, o condutor abalroou outro veículo e provocou lesões corporais no outro motorista. Responderá civilmente pelos danos causados no

---

González; BERENGUER, E. Orts (Orgs.) *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. t. I, p. 310. Há versão em português como CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Trad. Paulo César Busato, São Paulo, v. 133, p. 39-40, jul. 2017. O argumento é esgrimido também, em parte, em MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. 10. ed. Barcelona: Reppertor, 2015. p. 206.

26. LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa, 1999. t. II, p. 299-300, nota 4.

27. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*..., cit., p. 39-40.

veículo e na pessoa; sofrerá uma multa administrativa por violação da regra de trânsito e ainda responderá criminalmente por lesões corporais.

Caso o mesmo acidente tenha sido provocado por uma falha no sistema informático de controle de tráfego, que abriu dois sinais verdes concomitantemente, e se demonstre que este defeito produziu-se por um corte de gastos em equipamentos informáticos promovidos pela empresa que controla o tráfego da cidade, somente se produziria responsabilidade civil e quiçá – caso não fosse empresa pública – alguma responsabilidade administrativa.

Olhando especificamente para a realidade legislativa brasileira, os exemplos são ainda mais aberrantes.

Ex. 1: se uma pessoa física é causadora de um vazamento de produto radioativo em um rio que contamina e mata várias pessoas, responderá concomitantemente pelos homicídios e pela infração administrativa perante os órgãos de fiscalização ambiental. Caso se trate de pessoa jurídica, remanescerá a responsabilidade administrativa e – dadas as restrições legislativas brasileiras – quando muito, um crime ambiental de poluição.

Ex. 2: se o sonegador fiscal é pessoa física, responderá concomitantemente pelo crime de sonegação fiscal e pela infração administrativa tributária correspondente. Caso seja pessoa jurídica, apenas pela infração administrativa tributária.

Parece bastante claro que, em um sistema jurídico pretendidamente equânime, não há porque dar tratamento privilegiado para uns em detrimento de outros.

Menos ainda, quando os privilégios são oferecidos precisamente para aqueles que são mais hipersuficientes sob todos os aspectos.

Conclusões

Pretendeu-se oferecer razões político-criminais para discutir a RPPJ à margem de considerações dogmáticas, simplesmente no plano da conveniência de sua adoção e com o foco posto em convicções que aparentemente são assentadas na doutrina, tratando precisamente de colocá-las em xeque.

Parece haver uma evidência criminológica do envolvimento das corporações em quase todos os casos mais graves de agressões a bens e direitos fundamentais para o desenvolvimento social das pessoas. Esta evidência questiona a etiqueta habitualmente imposta à RPPJ de ser um sintoma de um processo de expansão do Direito Penal.

Verifica-se que o vetusto aforisma de que as sociedades não podem delinquir não resulta aceitável se for interpretado como afirmação de uma evidência empírica – já que é real o envolvimento das pessoas jurídicas em boa parte da afetação dos bens essenciais de todos – nem tampouco se pode admitir se interpretado como vedação a que o ordenamento jurídico opte por sua responsabilização pela via penal, porque, neste caso, consistiria em fomento da iniquidade[28].

A realidade social latino-americana e, especialmente, do Brasil evidenciam a clara insuficiência dos mecanismos de Direito Administrativo para promover o controle social do intolerável perpetrado por pessoas jurídicas, precisamente em razão da infiltração de sua influência nas próprias esferas de vigilância.

Um modelo jurídico equânime reclamaria o esgotamento do privilégio da posição hoje ocupada pela pessoa jurídica, que é o desejo de toda e qualquer pessoa em sua relação com o controle social perpetrado pelo Direito Penal: poder ser vítima, mas jamais poder ser réu!

Tratou-se de argumentos que, em seu conjunto, inclinam-se por entender que o Direito Penal tem um papel – ainda que restrito – a ser exercido no que refere ao controle social estatal diante das atividades das pessoas jurídicas.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Poliana Policarpo de Magalhães; BRENNAND, Edna Gusmão de Góes. *Cibercrimes na e-democracia*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Societas delinquere potest*: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Responsabilidade penal de pessoa jurídica e Medidas Provisórias em Direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *La metamorfosi del mondo*. Trad. Marco Cuppelaro, Bari: Laterza, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

28. Argumentos similares foram expostos em idem, p. 40.

BUSATO, Paulo César. Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil. In: *Revista Penal*, Huelva, n. 36, v. 2, p. 14-35, jul. 2015.

BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Patrick Fletcher. In: *Revista Penal,* Huelva, n. 35, v. 1, p. 5-23, jan. 2015.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um sistema penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (Orgs.). *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. t. I.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. Trad. Paulo César Busato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 133, p. 37-67, jul. 2017.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e Cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COFFEE, John. No soul, no damn, no body to kick: An unscandalized Inquiry into de problem of Corporate Punishment. In: *Michigan Law Review*, Michigan, v. 79, n. 3, p. 386-459, nov.-mar. 1981.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*. Albany: S.U.N.Y. Press, 1984.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. *Crimes na internet e inquérito policial eletrônico*. São Paulo: Edipro, 2018.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

HASSEMER, Winfried. Contra o abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. Trad. Miguel Ontiveros Alonso. In: *Revista Penal*, Huelva, n. 11, v. 1, p. 31-45, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Reus, 1999. t. II.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*. San José (Costa Rica): Editorial Jurídica Continental, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. 10. ed. Barcelona: Reppertor, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

ORTOLAN, Marcelo. A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção: norma penal ou administrativa? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal,* Curitiba, v. 8, n. 14, p. 151-166, jan.-jun. 2016.

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Compendio de Derecho penal*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação Criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VARGAS LLOSA, Mario. *La civilización del espectáculo*. Barcelona: Penguin Random House, 2015.

WALL, David S. *Crime and the Internet*. New York: Routledge, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas – *RDA* 25/95-107 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/1035-1050 (DTR\2002\8);
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a Lei 9.605, de 13.02.1998 e os princípios constitucionais penais, de Fernando Quadro da Silva – *RDA* 18/163-197 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 3/249-290 (DTR\2000\591);
- Responsabilidade penal das corporações: lições dos sistemas jurídicos anglo-americanos, de Daniela Holler Branco – *RT* 862/463-484 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/847-875 (DTR\2007\535); e
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica – breve estudo crítico, de Eduardo Luiz Santos Cabette – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/259-290 (DTR\2012\44876).

Memory conformity and eyewitness testimony: a review

Conformidade de memória e prova testemunhal

Rodrigo Faucz Pereira e Silva

Doutorando no Programa Interdisciplinar em Neurociências da Universidade Federal de Minas Gerais (2015 – previsão término 2018). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil (2012). Professor de Processo Penal da FAE Centro Universitário e da Universidade Positivo, de Curitiba. Professor da Clínica de Tribunal do Júri da FAE. Professor da pós-graduação de Direito e Processo Penal da Abdconst, Universidade Positivo, Curso Prof. Luiz Carlos. Professor visitante na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná e da Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE). Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Internacional pela *Hague Academy of International Law*, de Haia, Holanda. Pós-graduado *lato sensu* em Gestão do Direito Empresarial pela UNIFAE. Membro do IBCCrim. Advogado criminal.
rodrigo@faucz.com.br

Antônio Jaeger

Pós-doutor na Washington University in St Louis (EUA) com financiamento do National Institute of Health (NIH) (2011), pós-doutorado na PUCRS com financiamento do CNPq e pós-doutorado na USP (2012) com financiamento da FAPESP (2012). Doutor em Psicologia pela UFRGS (2017) com período sanduíche na Universidade da Califórnia, Irvine (UCI). Pesquisa processos básicos de memória e aprendizagem sob uma perspectiva da Psicologia Cognitiva e da Neurociência Cognitiva. É membro do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia sobre Comportamento, Cognição e Ensino. Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Subcoordenador do Programa de Pós-graduação em Psicologia: Cognição e Comportamento (UFMG). Professor na UFMG.
antonio.jaeger@hotmail.com

Recebido em: 29.06.2018
Aprovado em: 01.10.2018
Última versão do (a) autor (a): 05.10.2018

Área do Direito: Processual

Abstract: Eyewitness evidence is the main cause of miscarriages of justice, with most wrongful convictions resulting from errors in this type of proof. One of the phenomena that can alter memory and the credibility of testimonial evidence

Resumo: A defectibilidade da prova testemunhal constitui a principal causa de erros judiciais, sendo que a maioria das condenações indevidas derivam de erros de testemunhas presenciais. Um dos fenômenos que pode alterar a memória

is called memory conformity, which is the influence on a person's memory when discussing a particular fact with another person. Studies show that the description of the same event by two people has the potential consequence of changing one's memory. In this review article, 31 empirical studies were selected. The studies indicate the fallibility of the eyewitness memory and, consequently, the need to change the perception of how testimonial evidence is understood. It is essential to develop techniques and training that can at least diminish the problem of influence in witnesses and, principally in the Brazilian legal system, it is necessary to review the value given to this type of evidence, mainly by mitigating its value as isolated evidence to justify convictions.

Keywords: Eyewitness – Memory conformity – Undue convictions – Criminal procedure – Neurolaw.

e a credibilidade da prova testemunhal denomina-se conformidade de memória, que pode ser conceituado como a influência na memória de uma pessoa ao discutir determinado fato com outra. Pesquisas demonstram que a descrição do mesmo evento por duas pessoas tem como consequência potencial a alteração da própria memória. Neste artigo de revisão, 31 artigos foram selecionados. Os estudos apontam a necessidade de se alterar a percepção de como a prova testemunhal é compreendida no âmbito jurídico. É imprescindível o desenvolvimento de técnicas de interrogatório e treinamento que possam ao menos amenizar o problema das influências sofridas pelas testemunhas e, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, necessita-se rever o valor dado a este tipo de prova, principalmente mitigando seu valor como prova isolada para fundamentar sentenças condenatórias.

Palavras-chave: Prova testemunhal – Conformidade de memória – Condenações indevidas – Processo penal – *Neurolaw*.

Sumário: 1. Introduction. 2. Memory conformity. 2.1. Method. 2.2. Results. 3. Criminal memory conformity studies. 4. Criminal process in Brazil and memory conformity. 5. Conclusion. References.

1. Introduction

Numerous studies demonstrate the fallibility of memory (e.g., LOFTUS, 2003; LOFTUS; SCHACTER, 2013; STEFFENS; MECKLENBRÜCKER, 2007). This imprecision derives from multiple factors that may occur during memory acquisition, storage, or recall, leading to severe implications in the criminal procedure, insofar as most convictions are based on witness statements (LOPES JR., 2013; Ministry of Justice of Brazil, 2015).

The defectibility of witness evidence is the main cause of miscarriage of justice for wrongful convictions (HUFF; RATTNER; SAGARIN, 1996), with the majority of people initially convicted and acquitted after DNA examination, first convicted on account of this type of failure (CONNORS et al., 1996; WELLS et al., 1998). According to the US Innocence Project, 70% of wrongful convictions stem from errors of face-to-face witnessing[1].

1. https://www.innocenceproject.org/causes/eyewitness-misidentification/. Visited in 15th January 2018.

Moreover, the initial information provided by witnesses influences all investigation into the crime. The police, on the basis of these testimonies, build their line of investigation and subsequently prepare photographs for recognition, searches for possible suspects, take depositions of witnesses, formalize requests for arrest, and other investigations (SHAW; GARVEN; WOOD, 1997). Thus, it is easy to see that even minor errors or failures in the accuracy of witnesses have the potential to tarnish an entire investigation and, consequently, the criminal process that develops from the narration of what has been seen.

One of the phenomena that can alter memory and the credibility of testimonial evidence is called memory conformity. It is the insertion of false information from a witness when talking to another (WILLIANSON; WEBER; ROBERTSON, 2013), or a person's act of changing her/his behavior to correspond to the reports of others (CIALDINI; GOLDSTEIN, 2004). Experiments show that when two or more people discuss what they experienced together, one influences the memory of the other (HEWITT; KANE; GARRY, 2013).

Studies indicate that conformity derives from the very evolution of humans, as an adaptive mechanism inherent in all societies (BUSNELLO, 2012). In the social sphere, one of the explanations of its occurrence comes from the need of people to transmit information precisely (CIALDINI; GOLDSTEIN, 2004). Thus, memory conformity as a social phenomenon is a positive phenomenon since it allows information from different sources to be shared and absorbed (HEWITT; KANE; GARRY, 2013). However, its consequences for the Criminal Procedure can be devastating, because the transmission of inaccurate or wrong narratives about a witnessed crime may result in the conviction of an innocent person or acquittal of a guilty party.

Research shows that the description of the same event by two people has the potential consequence of changing one's memory (WRIGHT; SELF; JUSTICE, 2000; RAJARAM; PEREIRA-PASARIN, 2010), that witnesses report wrong facts after they watch other witnesses reporting about that same fact (GABBERT; MEMON; ALLAN, 2003), that stereotypes and the suggestibility of the person directly affect memory (SHECORY; NACHSON; GLICKSON, 2010), and that memory conformity can occur even without any social interaction and from anonymous sources (JAEGER et al., 2012).

Several factors influence memory conformity, among which: (1) when two or more people witness an event, usually the one with the lowest confidence conforms to the one with the greatest confidence in the response (SCHNEIDER; WATKINS, 1996); (2) the credibility of a person who states that s/he has seen a particular detail (positive acknowledgment) is greater than one who says that s/he has not seen any (negative recognition; WRIGHT et al., 2000); (3) the greater the credibility

of the witness, the more the others tend to conform (WILLIANSON et al., 2013); (4) the lesser the confidence in one's own memory, the greater the chance of conformity (GOODWIN; KUKUCKA; HAWKS, 2013; WRIGHT; VILLALBA, 2012); (5) when one person believes that the other better understands or is aware of the facts, he/she tends to conform more easily (GABBERT; MEMON; WRIGHT, 2007); (6) the closer the relationship between witnesses (e.g., friends, romantic partners), the greater the conformity of the memory (FRENCH; GARRY; MORI, 2008; HOPE et al., 2007; OEBERST; SEIDEMAN, 2014).

This study analyzes how faulty the testimonial evidence can be, pointing out the necessity of reviewing the value given to this type of proof, mainly by mitigating its importance as isolated evidence to justify convictions.

2. Memory conformity

According to Koriat, Goldsmith, and Pansky (2005), memory recall is not only a passive reproduction of what is stored, but also an active search based on the interpretation of all information received, including false and imprecise information. It has been widely demonstrated that memory is subject to distortions because it involves reconstructive processes (DOSS; BLUESTONE; GALLO, 2016), that is, as the experiences are stored in fragments or gaps, when the memory is recalled, we try to reconstruct a history around these fragments (CARPENTER; SCHACTER, 2016; MOURAO JUNIOR; FARIA, 2015).

In the context of memory distortions, a relevant aspect is post-event information. People who witness a fact are usually exposed to reports from other witnesses, media reports, and even questions from law enforcement officers who have information about the crime (OEBERST; SEIDEMANN, 2014). All information about the situation experienced can change the original memory by reshaping, complementing, or creating new memories. According to Wright et al. (2000), eyewitnesses may encounter post-event information in three basic forms: (a) through interrogators' questions; (b) by the repeated description of the event, and; (c) when information is given by other witnesses.

Cialdini and Goldstein (2004) explain that memory conformity is a psychological phenomenon related to the paradigm of social influence and acts profoundly on people's behavior through three main factors: (i) the need to transmit accurate information, (ii) maintain a positive self-image, (iii) and be socially accepted and well-liked.

Three processes directly contribute to the occurrence of conformity (WRIGHT et al., 2000), namely, normative influence, informative influence, and false me-

mory. Normative influence is essentially related to the basic need to be socially accepted, reflecting the costs of divergence in a social relation (ASCH, 1956). Thus, if social harmony has greater value than the accuracy of information, people can purposely convey incorrect information to avoid conflict. In turn, informational influence occurs when one wishes to convey accurate information, one person believes that the other is correct, and thus conforms to it. The false memory also contributes to conformity and occurs when there is a false perception of reality, such as when, for example, the witness believes that s/he saw a certain fact that was actually mentioned by another person (OEBERST; SEIDEMANN, 2014).

In practice, all three factors can occur together. For example, one witness believes that the other is correct (informational influence), while being influenced by information from the media (false memory), and does not want to conflict with a third witness (normative influence).

Considering the deleterious effects of these phenomena for the criminal justice process and in order to mitigate the same, it is not enough to question whether the witnesses talked among themselves about the fact as a form of verification of possible influences, for they may not respond with sincerity. Additionally, in general, from the moment false information is incorporated into memory, people are not necessarily able to identify the real source of that information, that is, they may believe that such information comes from their own memories when it was actually said by third parties (BODNER; MUSCH; AZAD, 2009; MEADE; ROEDIGER, 2002; MORI; KISHIKAWA, 2014). In addition, it is customary and natural for people to talk to their friends, relatives, and other witnesses about their experiences when they eventually witness or are victims of a crime (WRIGHT; STROUD, 1998).

When observing the vulnerability of memory recall at the time of the testimony, it has been noticed that the witness reports do not necessarily reflect what happened, or even the witness's own perception at the moment of the fact. This is because the narration of the event in a report is concatenated in order to produce coherent descriptions, taking into account all sources of information available to the witness (and this includes untruthful information; WILLIANSON et al., 2013). It also takes into account the experiences, either direct (facts from the witness him/herself) or indirect (exposure to news, films, conversations, short stories). That said, if an individual believes that the event should have occurred in a certain way because of his experiences and predispositions, s/he will probably believe that the fact actually occurred in that way (LACY; STARK, 2013).

Studies also prove that the integration of memory with the processing of personal stereotypes by recalling the details of the event allows predispositions and external influences to be incorporated into the memory (WRIGHT; STROUD,

1998). This is because all personal knowledge and experience is used to filter perception and observation, and later, to build memory (LACY; STARK, 2013). Research by Shecory et al. (2010) showed that when a given interviewer's suggestion corresponds to the stereotype's perception of the witness, it is incorporated into his/her own memory. Knuycky, Kleider, and Cavrak (2014) reaffirmed this finding by showing that biased associations between certain facial features and criminal behavior may contribute to the misrecognition of suspects, because certain faces are considered 'typically criminal.'

From the 1970s and 1980s, countless American experiments and articles have proved memory fallibility, warning about the use of witness evidence (WELLS; MEMON; PENROD, 2006). From the results of these experiments and considering the practically 'natural' occurrence of conformity and other influences in memory, caution should be exercised in the introduction of these elements in the Criminal Procedure because of its direct correlation with convictions. It is necessary to recognize that erroneous testimony from face-to-face witnesses (in relation to facts that did not happen), are easily incorporated into the memory of other witnesses (WRIGHT et al., 2000).

2.1. Method

To select the most relevant articles for the present study, the Google Scholar and Psychinfo databases were searched using the terms 'memory conformity,' 'criminal system,' and 'co-witness' in the second half of the year 2017. To complement the research, other searches were conducted with articles taken from the bibliographic references of the selected articles.

As the goal of this study was to review articles concerning memory conformity experiments in proceedings relevant to criminal contexts, were excluded studies that (a) did not use criminal scenes as stimuli; (b) that were not applicable to the reality of Brazilian criminal justice, especially regarding the procedure adopted by the police and judiciary; (c) that had objectives focused only on memory or false memories in general; (d) contained the infant testimonial approach; (e) had a focus on education; (f) or analyzed the social benefit of memory conformity.

Thus, we selected articles that met the following requirements: (1) were memory conformity experiments; (2) where the stimuli simulated crime scenes; (3) analyzed the influence of one witness on the other; (4) were empirical experiments; and (5) that the objectives and outcomes address conformity, its consequences, influences, or intensity.

2.2. Results

Initially, after reading the abstracts, 135 articles were chosen with the searched terms. Considering the inclusion and exclusion requirements, 31 referred to empirical experiments and were described and analyzed below.

3. Criminal memory conformity studies

An important aspect of memory conformity is discrepancies reported by witnesses, such as when they view the crime from different perspectives (e.g., different angles of vision), and then pass this information on to the other witness. One way of researching this question was initially conceived by Wright et al. (2000). In the study developed by these authors, participants were divided into two groups, each group individually receiving a photographic book containing the scene of a theft from different angles. However, in one of the books, there was one person participating in the crime (an accomplice) and not in the other. Everyone then responded to a questionnaire, in which one of the questions was whether there was an accomplice at the event. Subsequently, pairs (one from each group) were formed and they had to jointly describe the scene to a police investigator, and then respond individually to the same initial form. Of the 19 valid pairs for the research, 15 conformed to their responses, either by saying that there was an accomplice in the crime (despite seeing the scene without the accomplice) or that there was no accomplice in the criminal scene (despite seeing the accomplice).

Using this same experimental approach, Gabbert et al. (2003) presented videos of theft to participants who were later separated into pairs. However, the scenes were arranged such that each of the pair observed a different point of view, with different objects shown in each scene. In fact, one of the angles did not even show a girl committing the theft (casually taking a 10-pound note). After the presentation of the scenes, the participants had to talk in pairs about the event, and try to remember as many details as possible. The participants then responded individually to an open questionnaire. The results showed that 71% of the participants incorporated facts in their responses only from the other witness and that 60% of the participants who did not see the girl committing the theft from the perspective presented, indicated that she would be guilty of the crime.

The same video of the girl committing the theft and a similar design was used in the study by Valentine and Maras (2011), in which half of the participants were divided into pairs and the other half watched individually (control group). After the video, the participants had to answer a questionnaire about the scene;

however, those who were in pairs had to answer the questions together. Participants then responded to another questionnaire individually. A result similar to that of the study by Gabbert et al. (2003) was found, because 73% of the participants added in their answers at least one critical item reported by the other witness.

A third experiment was conducted by Bang (2017), who used the same video and methodology in Gabbert et al. (2003), but sought to analyze cultural differences in memory conformity using participants from the United States (who would be more socially independent) and South Korea (who would be more interdependent). The results indicated the occurrence of memory conformity with participants from both countries, without significant differences, indicating that it is an intercultural phenomenon.

Another experiment that used the video and methodology of Gabbert et al. (2003) was by Bodner et al. (2009). In this study, the participants were divided into: (a) couples who discussed the video; (b) pairs in which one could read the other's answers; and (c) participants who watched both videos. This experiment determined whether the participants could correctly identify the sources of the information given in the responses and whether later warnings about false information would decrease the occurrence of conformity. Although the pairs were 74% compliant, source monitoring showed that 14% of the participants in pairs attributed the false results to the assisted video itself, indicating an effective memory alteration. Alerting participants that later information may be false and that they should only respond to what they actually saw in the video did not eliminate conformity, even though it decreased the incidence of wrong answers by half.

In fact, several experiments have investigated the monitoring of sources to detect if participants can distinguish whether their response comes from their own memory or from a confederate. The results revealed that the participants had great difficulty in discriminating the source of correct information, suggesting that false information provided by third parties in a scene may become part of the participants' own memory.

Meade and Roediger (2002), tested the social influence paradigm with information source monitoring. One of their experiments consisted of the presentation of six photographic scenes. In each session, a participant and a confederate were interviewed together in order to identify the objects in the presented scenes, both of whom had to point to the objects (in alternate order). However, the confederate provided correct and incorrect answers. After this, the participant would respond to an individual questionnaire indicating the objects s/he remembered

to be on the scene, with half of the participants being informed that the confederate might have provided incorrect information. The results showed a high index of false recall of items that were not in the scenes and that had been suggested by the confederate. However, the index was reduced (but not eliminated) in those participants who were informed about the possibility of the confederate giving false answers.

The identification of sources by a witness to differentiate between the information seen by the witness and information that comes from another witness was also studied by Paterson, Kemp, and Ng (2011). Participants watched a video of theft on individual computers. Half the participants were assigned to a pair with people who saw the same video and the other half with those who watched a different version, and then discussed pre-defined topics for 10 minutes. A week later, the participants were called for an interview in the same way that a police testimony is held in Australia, with half being told that the member of their pair could have seen a different scene and that they should therefore write down only what they had actually seen. The participants then had to identify in their responses what facts they consciously remembered and which they knew to be true. The data revealed that 42% of the participants falsely conformed with some of the presented information. Further, there was no reduction in conformity when the participants were informed that their partner could have witnessed a different scene, corroborating research that indicates that false information is embedded in memory.

As in the previous study, using a similar methodology, Paterson, Kemp, and McIntyre (2012) tried to reduce memory conformity by warning about false information and with a source monitoring test. However, the results were unsatisfactory, confirming that the information provided by the 'other' witnesses may exert a powerful influence on memory, which makes it difficult to combat.

In an auditory memory study (OEBERST; SIEDERMANN, 2014), students in pairs heard an audio recording in two distinct versions in which a person describes an incident where two men challenge the driver of a pickup truck to a race and end up having to flee to not be killed. Randomly, the participants answered the questions either (a) on their own, (b) with a close friend, or (c) with a stranger, and each participant from the pair heard a different version. The participants answered a questionnaire about the facts first in conjunction with their partner and then individually. After these two questionnaires, the participants were informed that each of the pair heard a different version of the audio recording and asked them to respond to a third test based solely on their own memories. The results indicated the occurrence of memory conformity, and that it was more

intense between close friends than between strangers. Moreover, only a little more than 10% of the answers incorrectly mentioned the source of the false information, revealing the participants' ability to distinguish the source in a questionnaire administered shortly after the discussion.

An investigation of memory conformity by the auditory pathway and identification of the source was also conducted by Mori and Kishikawa (2014). The participants, in pairs and with headphones, watched a video where the driver of a car stops alongside a pedestrian to ask for information, at which point a passenger leaves the vehicle and steals something from the pedestrian's bag without being noticed. However, the audio of the scene that each participant heard was different. Afterwards, the participants answered a questionnaire about the scene, discussed with their partners, responded to a new questionnaire individually, and indicated if the response was based on the response of the partner during the discussion. A week later, the participants had to complete the same form again. The results showed that memory conformity also occurs through the auditory pathway. Eighty-five percent of the responses that conformed to that of the partner were correctly identified shortly after the discussion; however, a week later, only 34% of the conformed responses had correctly identified the source, suggesting that, over time, the information was incorporated in the participants' memory.

Shaw et al. (1997) conducted an experiment in which pairs of participants and confederates watched a video of a staging by the local police department where participants were supposed to help test the quality of a new security camera. In the scene, a man and a woman arrive and leave a vehicle in the parking lot of a diner. While the man stands by the car, the woman enters the property, leaves in twenty seconds, and gives money to the man, after which they get in the car and run away. Subsequently, a camera shows another perspective from inside the diner, which shows the woman approaching the cash register with a gun, taking the money, and leaving. Subsequently, questions were asked to the pairs, who should answer loudly and alternating who answered first. The results indicated that the information given by the confederate directly influenced the participants' responses, especially when the confederate provided incorrect information. However, it was not possible to identify whether the participants conformed to the confederate by internalizing the response given or if it was only that the participant did not want to conflict with the confederate (normative influence).

In a study by Saraiva et al. (2015), two groups of participants had to watch a video depicting a street fight. While one (control) group only responded to a

questionnaire individually, the members of the other group, after responding to the questionnaire individually, argued with a confederate who provided incorrect information. Next, the participant and confederate answered a questionnaire jointly, in consensus. The results showed that 77.1% of the participants conformed to some of the incorrect information provided by the confederate. One of the false information was that it had another man in the fight, and 45.8% of the participants agreed with this statement. However, by having the participants and the confederates jointly respond to a questionnaire after the discussion of the scene presented, the methodology employed contributed to the manifestation of normative influence.

In a recent study that also used confederates, Doughty et al. (2017) investigated memory conformity related to the five personality factors described by the lexical method (Big Five). Regardless of whether the results presented conclude that memory conformity is significantly related to the personality of people, the data on conformity itself is relevant. In this experiment, participants watched a criminal scene in which a man enters an apartment, steals some objects, and is then chased by the occupant. The participants formed pairs, each with a confederate, to discuss the video and received a script of issues to be addressed. In this discussion, the confederates mentioned false and true information and, later, the participants had to answer an individual questionnaire about the video. The responses indicated that those who portray personality with a low level of 'openness to experiences,' 'extroversion,' 'neuroticism,' and a high level of 'kindness,' showed greater memory conformity. However, it was concluded that all personalities are subject to some level of memory conformity.

Several studies provide a modulation analysis of the effects and intensity of memory conformity. The credibility of the 'co-witnesses' was the object of study, indicating that the conformity of memory is more intense the greater the credibility of the 'other' witness (WILLIANSON et al., 2013). In this experiment, students watched a video that showed a robbery of a car and, later, a house. After viewing the video, the participants discussed with a confederate about the witnessed facts and the latter introduced incorrect information. For half of the participants, the confederate was presented as a former police officer and to the other half as an electrician. Those who were paired with the 'ex-police' confederate, had a 13 percent greater conformity rate than those who were paired with the 'electrician.' However, memory conformity in the participants occurred with both confederates.

Zajac et al. (2016) investigated the question of the credibility of the co-witness by trying to diminish the trustworthiness of the confederate. For this, in

pairs, the participants watched a video that showed a man and a woman committing two thefts. In half of the pairs, the confederates were sober and during the discussion that followed the video, inserted false information about the attended facts. In the other half of the pairs, the confederates ingested alcohol until they exceeded the legal limit for driving (at least, this was informed to the participants) and during the discussion also entered the same false information. After the discussion, the participants answered a questionnaire individually. The results contradicted the hypothesis of the research, considering that the participants conformed with the responses of the 'sober' confederates (45%) as well as the 'drunken' ones (43%), that is, there was no significant difference.

A distinct approach to the credibility of the co-witnesses was taken by Skagerberg and Wright (2009), who analyzed whether information received through other witnesses after recognition of the suspect of a crime influences the level of certainty in the recognition. To that end, the participants, divided into five groups, watched a short video scene that showed a robbery and the face of the perpetrator, and then had to identify the suspect out of six photos presented, and the correct face was not among the six. After picking the photo of the suspect in the screen, it was shown one of following phrase: (a) 97% of police officers recognized the same suspect or (b) 97% of children recognized the same suspect, or (c) 4% of police officers chose the same suspect or (d) 4% of children chose the same suspect, and last still had a control group (e) in which no message appeared. After one of these five messages was shown, respondents responded to a form that questioned, among other things, the level of trust in that recognition. The results showed that the so-called 'feedback effect' occurred only in relation to those who received information from highly credible (police) sources, that is, examining the children's responses did not make any difference to the participants. The confidence rate of those who received the information that '97% of police officers recognized the same suspect' increased in all questions in the questionnaire.

The credibility of witnesses may also derive from the relationship between them. The results found by Hope et al. (2007) corroborate the claim that conformity is more intense among those who have a bond of friendship or love, than among strangers. Pairs were formed between participants with a bond of love or friendship and strangers, and then watched the video from the study by Gabbert et al. (2003). Asking the participants to imagine themselves as real witnesses waiting for the police to arrive, the pairs were instructed to discuss the fact and then answer a questionnaire together. After the pairs were separated, the participants answered a new questionnaire, this time individually. Although the

difference in the error rate between strangers and between acquaintances was not relevant, the results showed that, among strangers, the percentage of conformity was 29% and among those who were known to each other, it was 58% (there was no significant difference between friends and romantic partners).

The study by French et al. (2008) also found this phenomenon. In their experiment, pairs of participants who did not know each other and pairs of participants who were romantically involved watched a slightly different version of a film. The conclusion was that 68% of the romantically involved used incorrect information in the questionnaire, as compared to 45% from those who did not know each other.

It is important to mention the study by Skagerberg and Wright (2009), in which memory conformity and the strength of the relationship between participants were investigated. In this experiment, pairs were organized between siblings, at which time they had to answer a questionnaire to analyze their authority and power. Subsequently, 50 photos of faces to be recognized and then 100 more photographs were shown, and the participants had to answer which of the latter were part of those initial 50. Of these 100 photographs, in random order, one brother answered the first 50 photos and the other the last 50. There was a column on the form for each brother's answer; the second could see the first's answer. The results showed that, although the older sibling was identified as more powerful, there was no difference in the younger sibling's conformity with the older sibling; rather, the second responder was influenced by the first response because of the order of the answer.

The social influence and trustworthiness of witnesses are also points that must be considered in specific circumstances when, for example, the police arrive at the scene of the crime and ask collective questions to those who have witnessed the fact. In this respect, Ost et al. (2008) presented a video of a robbery to participants where one woman had her purse taken by one man while another shoved her to the floor. Participants were placed in a room, either with a confederate (forming a pair) or with three other confederates (forming a group of four). After watching the video, questions were asked in which the participants and confederates had to respond loudly and in alternating order, as well as stating their level of confidence. The data revealed that 93.75% of the respondents' answers were correct when the confederates also answered correctly; however, when the confederates responded incorrectly, only 62.92% of the answers were correct. Further, the participants were significantly less accurate when they were in the group with three confederates giving wrong answers than with only one. Concerning the confidence expressed by the participants, they

were more likely to conform when the confederate declared a high level of confidence, a fact that was accentuated when the group with three confederates declared the same.

In a similar methodology, Dalton and Daneman (2006) investigated social influence on memory conformity, when the participants, after watching a video of persecution and homicide, were divided such that they were either paired (with a confederate) or grouped with 3 or 5 other participants (each group with a single confederate). After watching the video, the participants discussed among themselves, at which time the confederates inserted false information. Finally, the participants answered a questionnaire about the scene while being assisted and discussed individually. The results showed that while the participants who made pairs with a confederate conformed in 68% of the false suggestions, those who were in a group conformed only in 49%. This data indicates that the information of other participants in the groups may have eventually modulated the effect of the false information provided by the confederate.

In a third study related to group testimony (EISEN et al., 2017), groups were formed with three participants and two confederates each, who were then shown a video of car theft where it was possible to identify those who were involved. After the video, as witnesses, the participants were asked to describe the criminal act and the suspects aloud. One confederate was placed at each end, the last and the first to speak, at which time they gave false information, including the physical characteristics of the suspect (e.g., that the suspect had a tattoo on his neck despite not having one). The participants were separated such that in 5 minutes, 50 minutes, 48 hours, or even one week after the discussion, they answered a questionnaire about the witnessed crime and recognized the suspect. Two sequences of photos were presented, one containing the image of the real suspect and the other without the photo of the perpetrator. The results showed that in the recognition when the perpetrator was among the photos, in the period up to an hour after the video, 26.9% of participants identified correctly, while 30.8% identified the subject with the neck tattoo. In respondents who answered a week after the scene, 34.4% identified correctly, but 43.8% indicated the suspect with the neck tattoo as the perpetrator. When the photograph of the perpetrator was not in the sequence presented, in the period up to an hour, 47.8% recognized the subject with the tattoo on the neck and, a week later, 60%.

How much confidence directly impacts the response has been researched by Goodwin et al. (2013), who showed pairs of participants with confederates slides with images of a theft at a bookstore. Twenty minutes later, questions about the presented scene were asked, which were to be answered loudly and in alternating

order, while also stating the level of confidence in the response. When they first challenged the confederate, he responded incorrectly (inserting false information). As the other studies have demonstrated so far, the main conclusion is the occurrence of memory conformity, because the response of the first directly affected the response of the second. However, the results also showed that when the confederate responded to incorrect information with high confidence, the level of incorrect responses given by the participant also increased.

In order to verify the difference between age groups in memory conformity, as well as whether direct interaction between witnesses in a conversation is distinct from indirect interaction (e.g., through writing), Gabbert et al. (2004) used participants with a mean age of 20 and 69 years, making them watch a video of theft in a Blockbuster store. Subsequently, all participants had to answer an individual questionnaire and were then divided into: (a) couples with young confederates; (b) pairs of elderly participants and confederates; (c) and participants from both age groups who did not form pairs. Those who were in pairs had to discuss the video and those who were alone received a text that would have been written by another participant (simulation of a confederate), and false information was inserted in both methodologies. Finally, the participants had to answer a questionnaire about what they watched in the video. The results showed that young people were significantly more susceptible to incorrect information inserted by the confederate than the elderly (54.2% and 33.7% respectively), as well as that personal interaction with witnesses generated more conformity than the narrated simulated interaction (55.7% and 41.6% of altered responses, respectively).

Research by Daneman, Thannikkotu, and Chen (2013) also employed young and old participants. First, a confederate was appointed to form pairs, and for half of the youngsters, a young confederate was indicated, and for the other half, an old man, applying the same logic with the elderly participants. The participant pairs watched a video, then discussed it (when the confederate inserted false information on central and peripheral issues), and finally answered a questionnaire. The results showed that the effects were insignificant in relation to the age group of the confederate. However, the study did not find a significant difference between the age of the participants related to the influence of false information on core issues, even though it indicated that young people are more subject to conformity with peripheral issues than the elderly.

In an attempt to analyze the attribution of guilt and its relation to age groups, in Thorley (2015), the participants watched a video of a crime of receiving stolen goods, where a subject sold a stolen camera to a woman who was sitting at

a table with two other people. The participants then received the testimony of 'another' witness, together with a photo (which was of a young woman or an elderly woman). The participants were divided in such a way that (a) one third of them received the information of the testimony without guilt attribution (control group), (b) one third with correct attribution of guilt, and (c) the other third with false attribution of guilt to an innocent, and each of these three groups was still divided in relation to 'another' witness as young or old. Finally, the participants answered a questionnaire about the facts and their perceptions about the 'other' witness. The results showed that while in the control group 7.1% attributed guilt to the innocent woman, in the group in which the incorrect testimony of the young woman was read, this percentage was 42.9%. On the other hand, the conformity presented with the young woman's incorrect testimony did not occur in relation to the elderly woman's testimony (an incorrect attribution of guilt of 7.1%), which indicates that the participants considered the elderly witness unreliable.

The direct and indirect interaction of sources of false information was investigated by Blank et al. (2013), in which participants watched a scene of a robbery at a jewelry store registered by a security camera. Subsequently, the participants were divided such that some of them were given false information by one confederate (in pairs) and others a narrative allegedly written by another witness. The participants then answered a questionnaire individually. A week later, they were called for one more questionnaire session and half of them were emphatically advised that they had received false information previously and that they should respond to the new questionnaire with only the information they actually saw. Unlike Gabbert et al. (2004), no significant difference was found between direct influence (by the confederates) and indirect influence (in writing), nor did the warning they received about false information result in a decrease of conformity.

Ost, Hogbin, and Granhag (2006) found that there is no need for discussion between the participants and the confederate for conformity to occur. In this study, the participants had to answer a questionnaire about a world-famous event at the time: the terrorist attack in Bali in October 2002. One of the questions was whether the participant would have seen the internal camera footage of the establishment that was targeted. Each participant was placed in a room with a confederate to answer the questionnaire and, near the end, the confederate exclaimed aloud to himself: (a) that he remembered this footage or (b) that he did not remember or kept silent. Of those who heard the exclamation that he remembered the footage, 62.5% said they had watched the video as well. It is interesting

to note that, of the total sample of the participants, 39.6% stated that they remembered the footage, which may indicate that the question itself induced the participants to conform.

Without using a criminal situation as a direct methodology, but which nevertheless has implications in this area, was the study by Wright et al. (2008). This research tested the relationship between memory conformity from two distinct criteria of responses by participants: a lenient one, where participants were instructed to describe their memories regardless of making mistakes, omitting no detail; and a strict one, where they should describe only the items that they were sure of having seen. It was concluded that strict instruction reduced the amount of errors of inaccurate information that a confederate had suggested, but also decreased the number of accurate answers. In the lenient condition, 88% of the participants falsely recalled at least one of the critical items discussed, compared to 40% in the strict condition. The importance lies in the fact that in most criminal testimony, the interviewers adopt the lenient criterion of response.

Another study that is relevant to the criminal system, but whose methodology did not directly concern the area, was that by Zawadzka et al. (2016), which concluded that people take into account the reports of third parties when asked to respond about something they have also witnessed. In addition, it was found that even if it is possible for the witness to not answer certain questions, it will still not be possible to eliminate memory conformity, that is, if the interviewer allows the subject to respond only if he/she has a certain level of certainty, information derived from other sources may have already been internalized.

These studies above showed that, although in general there are initial differences in recalling of events, when two people who witnessed the same fact talk to each other, one influences the other, generating similar reports. Memory conformity is widely proven and reveals that the memory of a witness is influenced by a variety of different factors.

Based on these studies, it is concluded that information provided by witnesses who have spoken to each other cannot be considered as true. Even when two or more witnesses presents congruent testimony, they are not necessarily confirming the report of another or revealing facts that actually occurred, since it is possible that false information may have been incorporated in their memories.

4. Criminal process in Brazil and memory conformity

Despite severe criticism from respected jurists (LOPES JR., 2013; MIRANDA COUTINHO, 2008), the Brazilian Criminal Procedure allows the use of testimo-

nies collected during the police investigation as grounds for convictions. This is akin to recklessness because at this stage: (a) the statements are secret (the only participants are the deponent and the investigators themselves); (b) the statements are not recorded; (c) the questions are not transcribed; and (d) the answers are transcribed indirectly by the clerk and therefore do not necessarily reflect the reality or emotions expressed during the act.

As for the questioning, for decades, research has shown that the manner in which the questions are posed impairs the inaccuracy of memory (SHECORY et al., 2010), but also has the power to create false memories (WRIGHT; LOFTUS, 1998). Biased or partial questions are capable of affecting the accuracy of memory, which in itself should render it unworkable in convictions, for it annihilates the prospect that the witness will make a verdict in court months or years later[2]. The fact is that witnesses are significantly suggestible (CONNORS et al., 1996).

In order to reduce the influence of one witness report on the other, the Criminal Procedure Code itself warns that witnesses should be separated[3]. However, it cannot be denied that a witness has a tendency to seek to be as accurate as possible, and if s/he perceives the other witness to be more precise than her/himself, s/he tends to change her/his narrative (WILLIANSON et al., 2013). It has been emphasized that the separation of witnesses and the need to make contact between them unfeasible is peacefully accepted scientifically as the basic means to avoid memory conformity (SKAGERBERG; WRIGHT, 2009).

Another factor that needs to be evaluated in relation to the Brazilian reality is the passage of time between the fact and the testimony before the judge. According to the Code of Criminal Procedure, a conviction cannot be based exclusively on witness testimony before the police authority[4] (even if the expression

2. In the Brazilian Code of Criminal Procedure, witnesses are first heard at a police station. In the course of the proceedings, they must testify before the judicial authority in the presence of the prosecution and defense. However, because of the slowness of the process, witnesses are often heard many years after the crime.
3. Although the law provides for the incommunicability of witnesses, this does not prevent them from talking to each other before the date of the hearing, and it is possible (and commonplace) that conversations occur even during the hearing, because the Brazilian Code of Criminal Procedure only certifies that the witness listen to the other witnessing.
4. Code of Criminal Procedure. 'Art. 155. The judge shall establish his conviction for the free evaluation of the evidence produced in a judicial contradictory and cannot base his decision exclusively on the information collected from the investigation, except for the precautionary, non-repeatable and anticipated evidence.'

'exclusively' allows the magistrate to base 'also' on the basis of such statements). In this way, witnesses are heard again in the judicial phase after months or years of the criminal fact, which leaves them exposed to the most diverse forms of influences and makes it impossible to have a report that is closer to the reality experienced.

This fact is worrying and further demonstrates the fragility of the evidence, because studies indicate that memory distortions can occur simply by repetition in reporting the facts (LACY; STARK, 2013) and by the passage of time (HIRST et al., 2009).

5. Conclusion

Witnesses are exposed to innumerable external influences during and especially after the fact of the offense. Studies of the mnemonic system indicate that the encoding, storage, and recall processes usually occur in a social environment and in the presence of other people, and their interactions directly affect memory (ZAWADZKA et al., 2016). The information provided by eyewitnesses when they have conversed with one another cannot be considered as true, that is, when two or more witnesses present congruent testimony, they are not necessarily confirming one another's testimony (WRIGHT et al., 2000).

The ideal solution would be to interview witnesses individually immediately after the event, without there having been any conversation with other witnesses or third parties. However, this isolation does not match with reality, because social interactions are increasingly dense and instantaneous. It is human nature to share one's experiences, especially when something exceptional occurs, such as witnessing a criminal fact (GABBERT et al., 2003). A survey by Skagerberg and Wright (2009) concluded that in 87% of crimes, there is more than one face-to-face witness, as well as 58% of the witnesses talking to one another (data related to the UK).

Based on the studies presented in this article, the report of one witness unduly influences the other witness' memory and/or responses.

An alternative would be to collect of the testimony evidence immediately, but this also raise a question of validity on the angle of the Criminal Procedure since, in the accusatory or adversarial system (systems compatible with the Federal Constitution of Brazil), this proof needs confirmation in a judgment, which subjects the witnesses to the most diverse factors of memory alteration until the later testimony is taken. Witnesses produced during the investigation cannot be used either, because at this stage the principles of due process of law and full defense

are not respected, and also because it is secretive, one does not know how witnesses were collected, what influence factors were in play, or how the questions were asked.

It is undeniable to recognize that testimonial evidence is necessary for the clarification of the details of the crime. However, because it is based on memory, it should be valued less, given its fallibility and the innumerable influences that may occur after the criminal event. Hence, the importance not only of studies that illuminate the matter, but also the development of techniques that aim to minimize memory errors.

In recent decades, in the common law countries, a great deal of research has developed on memory defectiveness, which has led to changes in the perception of how testimonial evidence is understood (KAPLAN; PURACAL, 2015; Wells et al., 2006). In 2011, the New Jersey Supreme Court ruled that jurors must be briefed by the presiding judge of the judgment on the fallibility of testimonial evidence, indicating that human memory does not function as a camcorder and is much more complex. Regardless, depending on the case, the judge should point out that 'even in the best conditions of observation, high stress level may reduce the ability of the witness to recall and make accurate identifications'[5] (LOFTUS; SCHACTER, 2013).

It is essential to develop interrogation techniques (in addition to training) that can at least alleviate the problem of witness influences, such as the cognitive interview (STEIN; MEMON, 2006) and the self– Administered Interview, PINTO; STEIN, 2017). In the scope of the Brazilian legal system, it is necessary to review the value given to this type of evidence, mitigating its value as isolated evidence. Moreover, the testimonial evidence must be in line with other probative elements of the process for validation of the narrated information, in view of its flaws and instability.

References

ALBERINI, Cristina. Mechanisms of memory stabilization: are consolidation and reconsolidation similar or distinct processes? *Trends in Neurosciences*, Cambridge, v. 28, n. 1, jan. 2005.

ALBERINI, Cristina. M.; MILEKIC, M. H.; TRONEL, S. Mechanisms of memory stabilization and de-stabilization. *Cellular and Molecular Life Sciences*, Basel, vol. 63. n. 9, p. 999-1008. mai. 2006.

5. State v. Henderson (2011). In State v. Lawson (2012), the Oregon State Supreme Court also considered the advances related to witnessing psychology and memory failures.

ASCH, Solomon E. Studies of independence and conformity: I. A minority of one against a unanimous majority. *Psychological monographs: General and Applied*, vol. 70, n. 9, p. 1-70, 1956.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

BANG, Sungil. A cross-cultural examination of the conformity effect when co-witnesses discuss a crime". *CUNY Academic Works*. New York, 2017.

BLANK, Hartmut; OST, James; DAVIES, Jo; JONES, Georgina; LAMBERT, Katie; SALMON, Kelly. Comparing the influence of directly vs. Indirectly encountered post-event misinformation on eyewitness remembering. *Acta Psychologica*. v. 144, p. 635-641, 2013.

BODNER, Glen E.; MUSCH, Elisabeth; AZAD, Tamjeem. Reevaluating the potency of the memory conformity effect. *Memory & Cognition*. vol. 37, n. 8, p. 1069-1076, 2009.

BUSNELLO, Rosa Helena Delgado. *Como lembramos juntos?: emoção e diferenças individuais na conformidade de memória*. 2012. Tese de Doutorado, Porto Alegre, 2012.

CARPENTER, Alexis C.; SCHACTER, Daniel. (2017) Flexible Retrieval: When True Inferences Produce False Memories. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 43, n. 3, p. 335-349, 2017.

CIALDINI, Robert B.; GOLDSTEIN, Noah J. Social Influence: Compliance and Conformity. *Annual Reviews Psychology*, v. 55, p. 591-621, 2004.

CONNORS, Edward; LUNDREGAN, Thomas; MILLER, Neal; MCEWEN, Tom. Convicted by juries, exonerated by science: case studies in the use of DNA evidence to establish innocence after trial. *NIJ Reasearch Report: US Departmente of Justice*, 1996.

DALTON, Andrea L.; DANEMAN, Meredyth. Social suggestibility to central and peripheral misinformation. *Memory*, v. 14, n. 4, p. 486-501, 2006.

DANEMAN, Meredyth; THANNIKKOTU, Cheyenne; CHEN, Zhijian. Are there age-related diferences in social suggestibility to central and peripheral misinformation? *Experimental Aging Research*, v. 39, p. 342-369, 2013.

DOSS, Manoj K.; BLUESTONE, Maximilian R.; GALLO, David A. Two Mechanisms of Constructive Recollection: Perceptual Recombination and Conceptual Fluency. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*. v. 42, n. 11, p. 1747-1758, 2016.

DOUGHTY, Nicole; PATERSON, Helen M.; MACCANN, Carolyn; MONDS, Lauren A. Personality and Memory Conformity. *Journal of Individual Differences*, v. 38, n. 1, p. 12-20, 2017.

EISEN, Mitchell L.; GABBERT, Fiona; YING, Rebecca; WILLIAMS, Joseph. 'I Think He Had a Tatoo on His Neck': How co-witness discussions about a perpetrator's description can affect eyewitness identification decisions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 6, p. 274-282, 2017.

FRENCH, Lauren.; GARRY, Maryanne; MORI, Kazuo. You say tomato? Collaborative remembering leads to more false memories for intimate couples than for strangers. Memory, v. 16, n. 3, p. 261-273, 2008.

GABBERT, Fiona; MEMON, Amina; ALLAN, Kevin; WRIGHT, Daniel B. (2004) Say it to my face: Examining the effects of socially encountered misinformation. *Legal and Criminological Psychology*. 9, 215-227.

GABBERT, Fiona; MEMON, Amina; ALLAN, Kevin. Memory conformity: Can eyewitnesses influence each other's memories for an event? *Applied Cognitive Psychology*, v. 17, p. 533-543, 2003.

GABBERT, Fiona; MEMON, Amina; WRIGHT, Daniel B. I saw it for longer than you: The relationship between perceived encoding duration and memory conformity. *Acta Psychologica*, v. 124, n. 3, p. 319-331, 2007.

GOODWIN, Kerri A.; KUKUCKA, Jeffrey P.; HAWKS, Irina M. Co-Witness Confidence, Conformity, and Eyewitness Memory: An Examination of Normative and Informational Social Influences. *Applied Cognitive Psychology*, v. 27, p. 91--100, 2013.

HIRST, Willian.; BUCKNER, Randy L.; NOVA, Alexandru C.; JOHNSON, Marcia K.; LYLE, Keith B.; MEKSIN, Robert; OCHSNER, Kevin N.; SIMONS, Jon S.; PHELPS, Elizabeth A.; BUDSON, Andrew E.; GARBIELI, John D. E.; LUSTIG, Cindy; MATHER, Mara; MITCHELL, Karen J.; SHACTER, Daniel L.; VAIDYA, Chandan J. Long-Term Memory for the Terrorist Attack of September 11: Flashbulb Memories, Event Memories, and the Factors That Influence Their Retention. *Journal of Experimental Psychology*, v. 138, n. 2, p. 161-176, 2009.

HOPE, Lorraine; OST, James; GABBERT, Fiona; HEALEY, Sarah; LENTON, Emma. 'With a litle help from my friend...': The role of co-witness relationship ins susceptibility to misinformation. *Acta Psychologica*, v. 127, p. 476-484, 2008.

HUFF, Ronald; RATTNER, Arye; SAGARIN, Edward. *Convicted but innocent: wrongful conviction and public policy*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1996.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Série Pensando o Direito, v. 59, 2015.

IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2a. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

JAEGER, Antonio; SELMECZY, Diana; LAURIS, Paula. The costs and benefits of memory conformity. *Memory & Cognition*, v. 40, p. 101-112, 2011.

KAPLAN, Aliza B.; PURACAL, Janis C. (2015). Who Could it be Now? Challenging the Reliability of First Time In-Court Identications After State v. Henderson and State v. Lawson. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 105, n. 4, p. 947-992, 2015.

KNUYCKY, Leslie R.; KLEIDER, Heather M.; CAVRAK, Sarah E. Line-up Misidentifications: When Being 'Prototypically Black' is Perceived as Criminal. *Applied Cognitive Psychology*, v. 28, p. 39-46, 2014.

KORIAT, Asher; GOLDSMITH, Morris; PANSKY, Ainat. *Psychology and Law: an empirical perspective*. New York: The Guilford Press, p. 93-150, 2005.

LACY, Joyce W.; STARK, Craig E. L. The Neuroscience of Memory: Implications for the courtroom. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 14, p. 649-658, 2013.

LEVETT, Lora M. Co-witness information influences whether a witness is likely to choose from a lineup. *Legal and Criminological Psychology*, v. 18, p. 168--180, 2013.

LOFTUS, Elizabeth F. Make-believe memories. *American Psychologist*, v. 58, n. 11, p. 867-873, 2003.

LOFTUS, Elizabeth F.; SHACTER, Daniel L. Memory and Law: what can cognitive neuroscience contribute? *Nature Neuroscience*, v. 16, n. 2, p. 119-123, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEADE, Michelle; ROEDIGER, Henry. Exploration in the social contagion of memory. *Memory & Cognition*, v. 30, p. 995-1009, 2002.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Boletim, v. 188, jul. 2008.

MORI, Kazuo; KISHIKAWA, Takeshi. Co-Witness Auditory Memory Conformity Following Discussion: A Misinformation Paradigm. *Perceptual & Motor Skills*, v. 118, n. 2, p. 533-547, 2014.

MOURÃO JÚNIOR, Carlos Alberto; FARIA, Nicole Costa. Memória. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 28, n. 4, p. 780-788, 2015.

OEBERST, Aileen; SEIDEMANN, Julienne. Will Your Words Become Mine? Underlying Processes and Cowitness Intimacy in the Memory Conformity Paradigm. *Canadian Journal of Experimental Psychology*, v. 68, n. 2, p. 84-96, 2014.

OST, James; GHONOUIE, Hossein; COOK, Lorna; VRIJ, Aldert. The effects of confederate influence and confidence on the accuracy of crime judgements. *Acta Psychologica*, v. 128, p. 25-32, 2008.

OST, James; HOGBIN, Ian; GRANHAG, Pär-Anders. Altering false reports via confederate influence. *Social Influence*, v. 1, n. 2, p. 105-116, 2006.

PATERSON, Helen M.; KEMP, Richard I.; NG, Jodie R. Combating Co-witness Contamination: Attempting to Decrease the Negative Effects of Discussion on Eyewitness Memory. *Applied Cognitive Psychology*, v. 25, p. 43-52, 2011.

PATERSON, Helen M.; KEMP, Richard; MCINTYRE, Sarah. Can a witness report hearsay evidence unintentionally? The effects of discussion on eyewitness memory. *Psychology, Crime & Law*, v. 18, p. 505-527, 2012.

PINTO, Luciano H.; STEIN, Lilian M. Nova ferramenta de entrevista investigativa na coleta de testemunhos: a versão brasileira da Self-Administered Interview. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 11, p. 110-128, 2017.

RAJARAM, Suparna; PEREIRA-PASARIN, Luciane P. Pereira. Collaborative Memory: Cognitive Research and Theory. *Perspectives on Psychological Science*, v. 5, p. 649-663, 2010.

SARAIVA, Renan B.; IGLESIAS, Fabio; MICAS, Gabriel F.; ARAÚJO, Clara P. N.; LIMA, Clara C.; COSTA, Marcela V. Conformidade entre testemunhas oculares: efeitos de falsas informações nos relatos criminais. *Psico-USF*, v. 20, p. 87--96, 2015.

SCHNEIDER, Dana M.; WATKINS, Michael J. Response conformity in recognition test. *Psychonomic Bulletin and Review*, v. 3, n. 4, p. 481-485, 1996.

SHAW, John; GARVEN, Sena; WOOD, James. Co-witness information can have immediate effects on eyewitness memory reports. *Law and Human Behavior*, v. 21, p. 503-523, 1997.

SHECORY, Mally; NACHSON, Israel; GLICKSOHN, Joseph. Effects of Stereotypes and Suggestion on Memory. *International Journal of Offender Theray and Comparative Criminology*, v. 54, n. 1, p. 113-130, 2010.

SKAGERBERG, Elin M.; WRIGHT, Daniel B. The prevalence of co-witness and co-witness discussions in real eyewitnesses. *Psychology, Crime & Law*, v. 14, n. 6, p. 513-521, 2008.

SKAGERBERG, Elin M.; WRIGHT, Daniel B. Sibling differentials in power and memory conformity. *Scandinavian Journal of Psychology*, v. 50, p. 101-107, 2009.

SKAGERBERG, Elin M.; WRIGHT, Daniel B. Susceptibility to Postidentification Feedback is Affected by Source Credibility. *Applied Cognitive Psychology*, v. 23, p. 506-523, 2009.

STEFFENS, Melanie C., MECKLENBRAUKER, Silvia. False memories: phenomena, theories and implications. *Journal of Psychology*, v. 215, n. 1, p. 12-24, 2007.

STEIN, Lilian M; MEMON, Amina. Testing the efficacy of the cognitive interview in a developing country. *Applied Cognitive Psychology*, v. 20, p. 597–605, 2006.

THORLEY, Craig. Blame Comformity: Innocent Bystanders Can Be Blamed for a Crime as a Result of Misinformation from a Young, but Nor Elderly, Adult Co-Witness. *Plos One*, v. 10, n.7, p. 1-15, 2015.

VALENTINE, Tim; MARAS, Katie. The Effect of Cross-Examination on the Accuracy of Adult Eyewitness Testimony. *Applied Cognitive Psychology*, v. 25, p. 554-561, 2011.

WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness Evidence: Improving its probative value. *Psychological Science in the Public Interest*, v. 7, n. 2, p. 45-75, 2006.

WELLS, Gary L.; SMALL, Mark; PENROD, Steven; MALPASS, Roy S.; FULERO, Salomon M.; BRIMACOMBE, C. A. E. Eyewitness Identification Procedures: Recommendations for Lineups and Photospreads. *Law and Human Behavior*, v. 22, p. 603-647, 1998.

WILLIANSON, Paul; WEBER, Nathan; ROBERTSON, Marie-Therese. The Effect of Expertise on Memory Conformity: A Test of Informational Influence. *Behavioral Sciences and the Law*, v. 31, p. 607-623, 2013.

WRIGHT, Daniel B; STROUD, Joanne N. Memory quality and misinformation for peripheral and central objects. *Legal and Criminological Psychology*, v. 3, p. 273-286, 1998.

WRIGHT, Daniel; GABBERT, Fiona; MEMON, Amina; LONDON, Kamala. Changing the criterion for memory conformity in free recall and recognition. *Memory*, v. 16, p. 137-148, 2008.

WRIGHT, Daniel; LOFTUS, Elizabeth. How Misinformation Alters Memories. *Journal of experimental child psychology*, v. 71, p. 155-164, 1998.

WRIGHT, Daniel; SELF, Gail; JUSTICE, Chris. Memory conformity: exploring misinformation effects when presented by another person. *British Journal of Psychology*, v. 91, p. 189-202, 2000.

WRIGHT, Daniel; VILLALBA, Daniella. Memory conformity affects inaccurate memories more than accurate memories. *Memory*, v. 20, p. 254-65, 2012.

ZAJAC, Rachel; DICKSON, Jake; MUNN, Robert; O'NEILL, Sarah. Trussht me, I know what I ssaw: the acceptance of misinformation from an apparently unreliable co-witness. *Legal and Criminological Psychology*, v. 21, p. 127-140, 2016.

ZAWADZKA, Katarzyna; KROGULSKA, Aleksandra; BUTTON, Roberta; HIGHAM, Philip A.; HANCZAKOWSKI, Maciej. Memory, Metamemory, and Social Cues: Between Conformity and Resistance. *Journal of Experimental Psychology*, v. 145, n. 2, p. 181-199, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Psychologia do testemunho, de Juliano Moreira – *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 5/1085-1107 (DTR\2012\1835);
- Prova testemunhal apontamentos sobre psychopathologia do testemunho, de Evaristo de Moraes – *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 5/957-967 (DTR\2012\1828); e
- Falso testemunho, de Luiz Régis Prado – *RBCCrim* 0/118-126 (DTR\1992\389).

A audiência de custódia e sua incapacidade de contenção do poder punitivo

Custody hearing and its inability to contain punitive power

Figueiredo Monteiro Neto

Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2018).
Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2008).
Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2007).
Professor do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Comarca de Toledo.
figueiredomonteiro@yahoo.com.br

Recebido em: 30.03.2018
Aprovado em: 28.10.2018
Última versão do(a) autor(a): 04.11.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo versa sobre a audiência de custódia, cuja prática se tornou obrigatória no Brasil após a edição da Resolução 213/2015, pelo Conselho Nacional de Justiça, apesar de estar prevista em tratados internacionais firmados pelo Brasil desde 1992. Os dois principais objetivos imputados à audiência de custódia são os de diminuir o número de prisões cautelares no País, bem como proteger a integridade física do preso. Este trabalho restringe-se em analisar a efetividade desse instituto quanto à contenção do superencarceramento, e para tanto foi realizada uma pesquisa de campo, na comarca de Umuarama-PR, tendo sido estudados os processos distribuídos naquela comarca um ano antes e um ano depois de implementada a audiência de custódia. Os dados demonstraram que, mesmo sendo realizada a audiência de custódia, as prisões cautelares continuaram a crescer, demonstrando a limitação da audiência de custódia em

Abstract: This article deals with the custody hearing, whose practice has become mandatory in Brazil after the issuance of Resolution 213/2015 by the National Council of Justice, despite being present in international treaties signed by Brazil since 1992. The two main objectives of custody hearing are to reduce the number of cautionary prisons in the country, as well as to protect the prisoner's physical integrity. This work is restricted to analyze the effectiveness of this institute regarding the containment of super incarceration. Therefore, a field research was carried out in the region of Umuarama-PR, by studying the processes distributed in that region a year before and a year after the custody hearing implementation. Data showed that even though the custody hearing was held, cautionary prisons continued to grow, demonstrating the limitation of the custody hearing in order to combat super incarceration. The prisoner has little or no

combater o superencarceramento. O preso tem pouca ou quase nenhuma participação na tomada da decisão acerca de sua prisão, sendo tratado mais como objeto do que sujeito de direito.

Palavras-chave: Audiência de custódia – Política pública – Fracasso – Superencarceramento – Direitos humanos.

participation in the decision-making process of their arrest, being treated more as an object than a subject of law.

Keywords: Custody hearing – Public policy – Failure – Super incarceration – Human rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Audiência de custódia. 2.1. Conceito e previsão normativa. 2.2. Finalidades da audiência de custódia. 2.3. Prazo para realização da audiência de custódia. 2.4. Autoridade a que o preso deve ser apresentado. 2.5. Postura do juiz na audiência de custódia. 2.6. Postura do preso na audiência de custódia. 3. A audiência de custódia na comarca de Umuarama. 3.1. Sistema prisional de Umuarama um ano antes da instituição da audiência de custódia. 3.2. Sistema prisional de Umuarama um ano após a instituição da audiência de custódia. 3.3. Procedimento da audiência de custódia na comarca de Umuarama. 3.4. A predominância da valoração da periculosidade em detrimento da vulnerabilidade dos presos durante a audiência de custódia. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Apesar dos inúmeros estudos sobre a prisão constatarem a sua ineficiência no combate ao crime e o fracasso quanto à reinserção e ressocialização do indivíduo condenado em meio à sociedade[1], a política criminal brasileira tem se baseado, cada vez mais, na neutralização do cidadão por meio deste dispositivo de

1. A crítica à prisão, na realidade, não é um fenômeno atual, muito pelo contrário, ela é contemporânea ao próprio surgimento deste dispositivo como pena na sociedade ocidental, ocorrido entre o final do século XVIII e início do século XIX. Muitos teóricos reformadores já apontavam os inconvenientes da prisão no próprio nascedouro deste dispositivo, por volta de 1820-1840, críticas sintetizadas por Michel Foucault no seguinte sentido: "1. A prisão impede o poder judiciário de controlar e de verificar a aplicação das penas. A lei não penetra nas prisões, dizia Decazes, em 1818. 2. A prisão, misturando os condenados, ao mesmo tempo, diferentes e isolados entre si, constitui uma comunidade homogênea de criminosos que se tornam solidários no enclausuramento e que permanecerão no exterior. A prisão fabrica um verdadeiro exército de inimigos interiores. 3. Dando um abrigo, comida, roupas e, frequentemente, trabalho aos condenados, a prisão lhes assegura um destino por vezes preferível aos dos operários de uma maneira geral. Pode não somente não ter efeito de dissuasão, como também atrair à delinquência. 4. Os hábitos e a infâmia que marcam as pessoas que saem da prisão fazem com que sejam definitivamente fadadas à criminalidade [...]" (FOUCAULT, 1997, p. 29-30).

segurança pública, sob o argumento de reduzir a criminalidade, principalmente após a década de 70 do século passado.

Esse quadro se tornou agudo na década de 90 do século XX, em razão da estagnação econômica e industrial do País vivenciada desde a década de 1980, que manteve, na marginalidade social, milhões de brasileiros desempregados e sem uma fonte de renda formal, fruto de uma política econômica baseada na alta concentração de renda adotada durante a ditadura militar – amargada de 1964 até 1984 –, e que ainda não conseguimos superar. Isso fez com que o recrudescimento das leis penais se tornasse a principal pauta governamental nas duas últimas décadas do século passado (NASCIMENTO, 2008; ALVAREZ et al., 2007).

Durante a ditadura militar, "[...] apesar da recorrência à criminalização, os níveis de encarceramento chamavam a atenção mais pela qualidade do que pela quantidade dos encarcerados [...]" (NASCIMENTO, 2008, p. 15). No entanto, de 1990 a 2016, houve um recrudescimento das taxas de encarceramento em 707%, segundo relatório divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJ, 2017). Em 1990, o Brasil contava com 90 mil presos e, em 2016, esse número já ultrapassava 726 mil. Esse dado coloca o Brasil no posto de terceiro país com maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China (DEPEN/MJ, 2017). E mais, nosso caminho rumo ao superencarceramento fez com que o Brasil ultrapassasse a Rússia, que até 2014 ocupava o ranking de terceiro país do mundo em número de presos (DEPEN/MJ, 2014).

A situação é ainda mais inquietante quando se constata que entre os países com maior população carcerária – Estados Unidos, China e Rússia – houve uma diminuição no número de presos em 8%, 9% e 24%, respectivamente, entre 2008 e 2014, enquanto a taxa de encarceramento brasileira subiu 33% no mesmo período. Com esses números, o déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro é superior a 358 mil, correspondendo a uma taxa de ocupação de 197,4% (DEPEN/MJ, 2017). Lamentavelmente, pode-se dizer que essa situação, que já é trágica, poderia ser ainda pior, uma vez que, segundo informação do Conselho Nacional de Justiça, consultada em 4 de janeiro de 2018, havia 608.883 mandados de prisão pendentes de cumprimento no Brasil (BRASIL, 2018), de forma que, caso todos eles fossem cumpridos imediatamente, nossa população carcerária seria superior a um milhão e trezentos mil presos. Em razão dessa superlotação de nossos presídios, não são poucas as vozes que se sentem confortáveis em afirmar que "[...] o sistema prisional se constitui, nos dias de hoje, em um dos maiores focos de violações de Direitos Humanos na sociedade brasileira [...]" (SALLA, 2010, p. 16).

Em razão disto, o Brasil administra um caos no sistema carcerário, seja pela qualidade de nossas prisões, seja pela quantidade de presos. Loïc Wacquant (2001, p. 11, destaque do original) sintetizou o estado de nossas prisões, qualitativa e quantitativamente, ao asseverar que elas:

> [...] se parecem mais com *campos de concentração para pobres,* ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação.

O que torna todo esse quadro ainda mais desesperador é que cerca de 40% dos presos do nosso sistema carcerário estão reclusos em razão de uma prisão cautelar. Entre os 20 países com maior população carcerária do mundo, o Brasil ostenta a quinta colocação em número de presos provisórios. E o prazo dessa prisão provisória não é curto. Cerca de 47% das prisões provisórias ultrapassam 90 dias de prisão, e em estados como Sergipe, Alagoas e Paraná esse percentual é de 100%, 91% e 84%, respectivamente (DEPEN/MJ, 2017).

Há unidades da federação em que o número de presos sem uma sentença condenatória transitada em julgado chega a, até mesmo, superar o número de presos definitivos, o que é o caso, por exemplo, do Ceará, Sergipe, Maranhão, Amazonas, Piauí, Mato Grosso, de Minas Gerais, de Pernambuco e da Bahia (DEPEN/MJ, 2017).

Ao estudar as políticas públicas implementadas pelo governo federal na última década do século passado, na área da segurança pública, Fernando Salla (2003) demonstra a clara inabilidade do governo em lidar com a questão criminal. O autor demonstra que mesmo após a redemocratização do País, em 1984, e a elaboração de uma nova Constituição, em 1988 – que traz, em seu corpo, inúmeros direitos e garantias até então inexistentes em qualquer outra –, instituições policiais e do sistema prisional têm apresentado forte resistência aos valores democráticos, fazendo com que muitas mudanças institucionais sejam implementadas apenas formalmente, diante da impermeabilidade em se exercer um controle externo efetivo (SALLA, 2003).

Além disso, haja vista a grave desigualdade social existente no País, o que eleva o nível de criminalidade, a sensação de insegurança é constante, atraindo

sempre mais e mais o anseio por maior repressão. Com a eclosão de novos impasses, como atuação do crime organizado, rebeliões constantes, mortes de detentos por outros presos, superlotação etc., a atuação do governo se dá sempre por meio de medidas pontuais e emergenciais, como a realização de mutirões carcerários e construção de presídios, além da alteração da legislação penal e processual penal, o que não soluciona a causa do problema penitenciário nacional (SALLA, 2003).

A situação se torna bastante preocupante diante de inúmeras divergências entre os principais personagens envolvidos na questão do sistema penitenciário nacional – desde parlamentares, juristas, membros da sociedade civil, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da polícia etc. – em relação a quais medidas devem ser adotadas, fazendo com que muitas sugestões sejam contraditórias, conflitantes, e, logo, ineficazes (SALLA, 2003).

Ao analisar as políticas públicas de segurança na primeira década do século XXI, Carvalho e Silva (2011) comentam sobre como o Estado ainda tem pautado sua atuação no afã de combater situações emergenciais, como já havia enfatizado Fernando Salla em relação à década anterior. O Poder Público ainda prioriza os mutirões carcerários e construção de presídios, além da elaboração de leis, sem adoção de medidas eficazes a longo prazo. Afirmam os autores que a inexistência de medidas capazes de alterar os contextos sociais no campo em que a criminalidade e violência são mais frequentes tornam as medidas estatais adotadas inconsistentes e insatisfatórias. Ademais, eles concluem que, apesar da edição de leis que no plano teórico colocam o país em um patamar democrático, o plano prático ainda é típico de um Estado autoritário.

Sensível a essa situação, o Conselho Nacional de Justiça editou, no ano de 2015, a Resolução 213, tornando obrigatória a realização da audiência de custódia em todo o território nacional, a partir de 1º de maio de 2016. Este é o tema deste artigo.

A audiência de custódia aparece como política pública, tendo como um de seus principais objetivos diminuir o número de prisões provisórias em nosso país. Daí se extrai o problema desta pesquisa: a audiência de custódia é capaz de reduzir o número de prisões cautelares?

Diante do fracasso das medidas adotadas pelo Poder Público desde a década de 80 do século XX para conter o superencarceramento – a exemplo da inserção das penas alternativas no Código Penal, em 1984; a criação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, em 1995; a edição da nova Lei de Penas Alternativas, em 1998; os inúmeros mutirões carcerários realizados em todo o País todos os anos; entre muitos outros exemplos que poderiam ser citados –, a hipótese inicial deste trabalho foi de que a audiência não tem a aptidão de conter o aumento de prisões

cautelares em nosso país, mesmo porque ela tem sido executada de forma absolutamente burocratizada, sem possibilitar, efetivamente, que o preso tenha voz durante o ato. O preso é tratado mais como objeto de conhecimento do que sujeito de direitos.

Diante da inviabilidade de se estudar o impacto da audiência de custódia a nível nacional, foi eleita a Comarca de Umuarama-PR como objeto de estudo, e a partir daí foi possível analisar os efeitos deste novo instituto naquela comarca quanto ao número de liberdades concedidas aos presos um ano depois de sua implementação, comparativamente ao ano anterior a sua instalação.

Trata-se, portanto, de um estudo de caso sobre a aplicação da Audiência de Custódia na Comarca de Umuarama, no Estado do Paraná. A coleta é baseada em audiências com a presença dos mesmos juízes que estavam e estão no exercício da jurisdição no período anual anterior e posterior à instalação da audiência de custódia em Umuarama, o que proporciona, metodologicamente, que as análises de dados não sejam prejudicadas pela alteração de magistrados que tenham entendimentos judiciais divergentes.

De fato, a mudança de juízes poderia causar prejuízo ao resultado final da pesquisa. Na prática judiciária, não é incomum a existência de juízes mais rigorosos e outros menos rigorosos na aplicação do direito penal, e como em muitas comarcas do País os Tribunais de Justiça têm designado juízes com competência exclusiva para exercerem a jurisdição nas varas de audiência de custódia, uma eventual alteração de magistrado poderia prejudicar a interpretação sobre os resultados alcançados por esse novo instituto e sua aptidão em exercer alguma influência sobre o juiz. Justifica-se, nesse sentido, a escolha da Comarca de Umuarama para a realização do estudo empírico, a fim de diminuir as externalidades, por mais que não se consiga anulá-las por inteiro[2].

Quanto à abordagem metodológica, optamos por realizar uma pesquisa por meio da observação. Para tanto, tomamos como modelo o trabalho desenvolvido por Marilia Montenegro (2015), que realizou uma pesquisa sobre o impacto da Lei Maria da Penha na Grande Recife, em sua tese de doutoramento.

Fizemos, então, uma análise de todos os processos criminais apresentados ao Poder Judiciário da Comarca de Umuarama um ano antes e um ano depois da

2. Ao realizarem estudo sobre o impacto da audiência de custódia no Rio de Janeiro-RJ, Lemgruber et al. (2016) demonstram como, entre oito juízes designados para presidirem audiências de custódia naquela comarca, um deles concede, aproximadamente, 50% mais liberdades provisórias que os demais.

implementação da audiência de custódia. Entendemos ser imprescindível a análise de cada processo ingressado na Comarca neste período – entre maio de 2015 a abril de 2017 –, a fim de extrair se a audiência de custódia – por meio da palavra oral de seus personagens: promotor de justiça, advogado e preso – realmente influenciou na decisão proferida pelo magistrado acerca da manutenção da prisão ou concessão de liberdade provisória ao detento. Só assim seria possível precisar algum grau de influência, principalmente do preso, na decisão. Decorre também daí a importância de se analisar os processos existentes anteriormente à implantação da audiência de custódia, para saber se realmente houve alteração na forma de decidir do magistrado após a vigência da audiência de custódia.

Utilizamos o período anual, ainda, para diminuir as externalidades que poderiam ocorrer em relação aos tipos de crimes eventualmente cometidos, diante de eventual sazonalidade na ocorrência dos mesmos durante certos meses do ano. Isso fragilizaria a coleta de dados para se alcançar uma pesquisa mais fidedigna e uma conclusão mais clara sobre o impacto ou não da audiência de custódia e alcance de seu objetivo no que diz respeito à diminuição de prisões cautelares em nosso país.

Não foi possível, no entanto, estarmos presentes em todas as audiências de custódia relatadas na pesquisa. A razão é a distância entre a Comarca de Umuarama, cidade foco da pesquisa, e Toledo, cidade de onde fizemos a pesquisa. O principal obstáculo, contudo, foi a inexistência de uma data precisa sobre a realização das audiências na Comarca. Sem essa informação ficou inviável o deslocamento diário para o município de Umuarama. Constatamos que as audiências não ocorrem diariamente, mas com a prisão em flagrante do autor, em tese, de um crime – sem crimes, não há audiências de custódia.

Em abril de 2017, por exemplo, ocorreram audiências de custódia perante a segunda vara criminal em 11 dias, sendo eles: 5, 6, 7, 10, 11, 12, 17, 19, 24, 26 e 27 de abril de 2017. As audiências de custódia, na grande maioria dos casos, são designadas no início da tarde, por volta das 13h00, para serem realizadas no final da tarde do mesmo dia, por volta das 16h30 ou 17h00. Isso ocorreu em todos os dias mencionados anteriormente, exceto na do dia 7 de abril, uma vez que a audiência de custódia referente a esse dia foi designada no dia anterior, às 19h53. Impossível, portanto, o deslocamento de Toledo até Umuarama em um espaço de tempo tão curto.

Uma ferramenta importante, no entanto, implantada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e que viabilizou a pesquisa foi o processo judicial eletrônico (PROJUDI), em uso em todas as comarcas do Estado do Paraná. Com o sistema implantado, todos os processos foram digitalizados, com gravação de som e

imagem de todas as audiências realizadas em cada um dos processos. Esse foi o recurso utilizado neste trabalho para se ter acesso às audiências de custódia realizadas entre maio de 2016 a abril de 2017 em Umuarama, possibilitando o acesso a todos os processos e ao vídeo com som e imagem de cada ato realizado.

A abordagem quantitativa do estudo se baseia na análise de dados provenientes de 991 casos que deram entrada nas primeira e segunda varas criminais da Comarca de Umuarama ao longo do tempo da pesquisa. Desses 991 casos, 445 se referem à primeira vara criminal e 546 à segunda vara criminal, contado todo o período, entre maio de 2015 e abril de 2017.

Após todo o estudo realizado, vimos que os números são bastante insatisfatórios quanto aos efeitos da audiência de custódia, pois, mesmo após implementada, o número de prisões cautelares continuou a crescer em Umuarama, quando considerado a totalidade dos crimes praticados.

2. Audiência de custódia

2.1. Conceito e previsão normativa

A audiência de custódia encontra previsão normativa no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), segundo o qual:

> Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (BRASIL, 1992a, s.p.).

Idêntica previsão é encontrada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Brasil via Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado por meio do Decreto Presidencial 592, de 6 de julho de 1992. O Pacto estabelece, em seu artigo 9º, item 3, que "[...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]" (BRASIL, 1992b, s.p.).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) é um tratado internacional de direitos humanos. Ela foi criada em 1969 e entrou em vigor em 1978, após a 11ª ratificação, feita pelo Peru. O Brasil só ratificou

esse tratado em 1992[3], após 24 anos de ditadura militar, tendo o Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992, aprovado o seu texto, que entrou em vigor com o Decreto Presidencial 678, de 6 de novembro de 1992.

Sobre a importância desse tratado internacional, Ramos (2013, p. 217, destaques do original) entende ser ele fundamental, "[...] pois impõe ao Estado-membro o dever de *zelar pelo respeito* dos direitos humanos reconhecidos e de *garantir* o exercício dos mesmos por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição [...]", uma vez que:

> Em linhas gerais, a Convenção Americana apresenta um rol de direitos civis e políticos, incluindo o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à integridade pessoal, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito ao nome, direito a um julgamento justo, o direito à proteção judicial, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência, religião, de pensamento e expressão, direito de reunião, liberdade de associação, direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, direito de circulação e de residência, dentre outros direitos (RAMOS, 2013, p. 217-218).

Interessa-nos, no presente trabalho, o direito à liberdade, à integridade pessoal e à proteção judicial, previstos no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Essa audiência que a Convenção Americana de Direitos Humanos determina que seja realizada na presença de uma autoridade judiciária com a pessoa presa logo após a sua detenção – a Convenção usa a expressão "sem demora" – é chamada, no Brasil, de "audiência de custódia".

No caso do Brasil, apesar de a Convenção Americana de Direitos Humanos ter sido internalizada em nosso ordenamento jurídico desde 1992, dispondo sobre a obrigatoriedade da apresentação do preso imediatamente a uma autoridade judicial logo após a sua prisão, o Código de Processo Penal não a prevê, inexistindo um procedimento legal que a discipline, apesar de já ter se passado mais de 24 anos desde a sua incorporação ao direito brasileiro.

3. Segundo entendimento de André de Carvalho Ramos (2013, p. 215), "O Brasil demorou a ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos diante do regime político vivenciado no país, e apesar de ter participado da Conferência que deu forma à Convenção, o fez apenas como meio de dar uma aparência de normalidade à comunidade internacional. Assim, se na Europa Ocidental a Convenção Europeia de Direitos Humanos nasceu do esforço de Estados Democráticos em demonstrar sua diferença com Ditaduras, a Convenção Americana nasceu do esforço de Ditaduras em demonstrar sua semelhança com Estados Democráticos [...]".

Diante dessa omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em julgamento realizado na data de 9 de setembro de 2015, determinou que as audiências de custódia fossem realizadas, em todo o Brasil, no prazo de 90 dias a partir da publicação do respectivo acórdão daquele julgamento – publicação esta que ocorreu em 19 de fevereiro de 2016 (BRASIL, 2016a).

Nesses termos, a audiência de custódia "[...] ganhou caráter obrigatório e vinculante após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (Adin 5240 e ADPF 347), nas quais se reconheceu a eficácia normativa da determinação em território brasileiro [...]" (ROSA, 2016, p. 262).

Em razão desses mesmos julgamentos, muito embora o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário – artigo 92, I-A, da Constituição Federal –, não tenha a competência legislativa em matéria processual, editou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução 213, que dispôs sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, o que se tornou obrigatório para todos os Tribunais do País após 1º de maio de 2016, conforme artigo 15 da mencionada Resolução (BRASIL, 2015).

É importante ressaltar que se encontra em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), com inúmeros outros projetos anexos a ele, tendo como objetivo a inserção da audiência de custódia no Código de Processo Penal brasileiro.

Tendo em vista o que foi apresentado, podemos conceituar a audiência de custódia como o procedimento de apresentação do preso perante uma autoridade judicial, sem demora, a fim de que seja possível a análise, imediata, da necessidade da manutenção da prisão do custodiado ou a possibilidade de concessão a ele de liberdade provisória. Trata-se, também, de um instrumento apto a analisar se houve maus tratos ou tortura por agentes de segurança pública contra o preso.

2.2. Finalidades da audiência de custódia

A implantação da audiência de custódia tem como *primeira finalidade* adequar o ordenamento jurídico brasileiro à legislação internacional, já que ela encontra previsão em Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil desde 1992 e que ainda não estavam sendo cumpridos em nosso país (PAIVA, 2015). Conforme exposto, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa, sem demora, a uma autoridade judicial.

Uma *segunda finalidade* da audiência de custódia é a de possibilitar ao juiz a análise imediata da prisão de alguém e a tomada de decisão acerca da custódia, mantendo a prisão cautelar ou concedendo ao preso liberdade provisória. Isso é apontado por Paiva (2015, p. 39) ao afirmar que uma das finalidades da audiência de custódia é a de evitar "[...] prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias [...]". No mesmo sentido, encontra-se o entendimento de Rosa (2016, p. 263), para quem a audiência de custódia tem, entre outras finalidades, a de proporcionar ao juiz um momento para análise da "[...] necessidade de medidas cautelares diversas da prisão cautelar (CPP, art. 319 e Lei de Violência Doméstica, art. 22) e os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312)".

Atualmente, o Código de Processo Penal, em seu artigo 306, § 1º, estabelece que "[...] em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante [...]" (BRASIL, 1941, s.p.). Por meio desse procedimento, o juiz – somente com esse documento em mãos – analisará a legalidade da prisão, a possibilidade da concessão de liberdade provisória com ou sem a fixação de medidas cautelares diversas da prisão ou entenderá pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, sem necessidade de imediata entrevista com o preso.

Todo esse procedimento previsto no Código de Processo Penal era realizado apenas com o auto de prisão em flagrante – um procedimento meramente documental –, o que foi alterado com a implantação da audiência de custódia, uma vez que com ela o juiz deve ter contato pessoal direto com o preso, dando eficácia normativa ao tratado internacional ratificado pelo Brasil. Essa mudança, segundo esses autores, possibilita que a defesa ou o próprio preso exponha algum motivo que aponte o seu direito de responder a eventual processo em liberdade.

A *terceira finalidade* da audiência de custódia é evitar abusos por parte de agentes de segurança pública nas delegacias logo após uma prisão – uma forma encontrada para fiscalizar a medida por um juiz de direito e por um promotor de justiça, além do próprio advogado, constituído ou nomeado ao preso. As três instâncias poderão responsabilizar o eventual agressor, fazendo com que essa prática seja desestimulada.

Esse entendimento é apresentado por Weis e Junqueira (2012, p. 341), para quem a audiência de custódia:

> Busca salvaguardar a integridade física e psíquica da pessoa, tendo em conta que um dos momentos cruciais, senão o de maior importância, para a prevenção da tortura corresponde às primeiras horas em que a pessoa é privada de sua liberdade de locomoção, ficando à mercê dos agentes estatais responsáveis pela segurança pública.

No mesmo sentido, segue o pensamento de Canineu (2013, p. 3), segundo quem:

> [...] o risco de maus tratos é frequentemente maior durante os primeiros momentos que seguem a detenção quando a polícia questiona o suspeito. Esse atraso torna os detentos mais vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus-tratos cometidos por policiais abusivos.

Paiva (2015, p. 40) sustenta que foi justamente a intenção de evitar a tortura e desaparecimentos forçados o "[...] que levou a Corte Interamericana a analisar pela primeira vez o direito à apresentação imediata do preso à autoridade judicial, no julgamento do *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, em 1988 [...]". E este não é um ponto que se pode perder de vista.

A *quarta finalidade* da audiência de custódia é evitar o superencarceramento existente no Brasil, uma vez que nosso país conta com a terceira maior população carcerária do mundo, estando atrás, apenas, dos Estados Unidos e da China (DEPEN/MJ, 2014, 2017).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, presidente do Conselho Nacional de Justiça em 2015 e responsável pela edição da Resolução 213/2015, que determinou a implementação da audiência de custódia em todo Brasil, ressaltou que esse novo procedimento poderia viabilizar cerca de 50% de liberdade dos presos que fossem apresentados imediatamente perante um juiz logo após a prisão, com uma economia aos cofres públicos de mais de R$ 4 bilhões de reais apenas no primeiro ano após a vigência da medida (LEWANDOWSKI, 2015).

A audiência de custódia aparece, portanto, como política pública[4], com objetivo essencial de diminuir o número de prisões no País e uma forma de evitar a tortura e os maus tratos contra presos. Para Secchi (2013, p. 2), "[...] uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público [...]", e como tal não pode deixar de ser o atual sistema carcerário brasileiro, diante das flagrantes violações de direitos humanos impingidas contra os internos que nele se encontram custodiados.

No entanto, é questionável a premissa de que a audiência de custódia é capaz de conter o problema público da superpopulação carcerária brasileira e reduzir o

4. Para Secchi (2013, p. 2), "Uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante [...]".

número de prisões em nosso país, principalmente o número de prisões provisórias, diante de seu constante crescimento, muito embora se faça necessário que sejam envidados esforços para contenção e diminuição desse número.

2.3. Prazo para realização da audiência de custódia

O Código de Processo Penal não estabelece um prazo determinado para que a autoridade judiciária analise o auto de prisão em flagrante, apenas dispondo, em seu artigo 306, que a autoridade policial deverá comunicar a prisão de qualquer pessoa ao Poder Judiciário em um prazo de 24 horas, contados do momento da prisão[5]. É importante, no entanto, que o magistrado faça a análise de qualquer prisão no menor tempo possível, a fim de evitar prisões desnecessárias ou ilegais.

O Código de Processo Penal estabelece, no entanto, que nos casos em que a infração é inafiançável pela autoridade policial, o juiz deverá decidir a esse respeito em até 48 horas, nos termos do artigo 322, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, contados do requerimento de fixação de fiança, sendo este um prazo que se pode tomar por analogia para que o magistrado analise o auto de prisão em flagrante também nos casos em que não há pedido de fixação da medida cautelar.

A Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça veio, contudo, suprir essa lacuna jurídica, ao estabelecer que a audiência de custódia, e, portanto, a análise do auto de prisão em flagrante ou de qualquer outra forma de prisão, deva ser realizada em 24 horas após a comunicação da prisão.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, já afirmou, mais de uma vez, que não só a inobservância do prazo de 24 horas, como até mesmo a não realização da audiência de custódia não ensejam ilegalidade capaz de acarretar o relaxamento da prisão, quando o auto de prisão em flagrante tiver sido analisado em prazo razoável e tenha sido operada a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Há várias decisões nesse sentido, por exemplo: *Habeas Corpus* 79.975/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, *DJe* de 27.03.2017; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 73.510/SP, relator Ministro Felix Fischer, *DJe* de 16.09.2016; *Habeas Corpus* 393.770/SP, relator Ministro Jorge Mussi, *DJe* de 14.08.2017.

5. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a inobservância do prazo de 24 horas para comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária constitui mera irregularidade, desde que atendido o princípio da razoabilidade na demora (BRASIL, 2010a).

Por dizer respeito à matéria processual, entendemos que a Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, ao impor a todos os tribunais do País a realização da audiência de custódia em um prazo de 24 horas e delimitar as matérias que podem ou não ser debatidas nesta audiência, é inconstitucional, por invadir a esfera de competência da União, uma vez que, segundo o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, compete, privativamente, à União legislar sobre direito processual. Como uma resolução do Conselho Nacional de Justiça não é lei em sentido estrito, aquele Órgão invadiu a esfera de competência privativa da União ao editar a Resolução 213/2015, disciplinando matéria processual.

Não por outra razão que, mesmo com o advento da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, continua em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), com inúmeros outros projetos anexos a ele, tendo como objetivo a inserção da audiência de custódia no Código de Processo Penal brasileiro.

2.4. Autoridade a que o preso deve ser apresentado

O artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) dispõe que toda pessoa presa deva ser apresentada perante uma autoridade com função judicial, sem demora, a fim de apreciar se essa pessoa deve ser imediatamente posta em liberdade ou se deverá aguardar o julgamento do seu processo na prisão. Essa previsão também é encontrada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabelece em seu artigo 9º, item 3, que "[...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]" (BRASIL, 1992b, s.p.).

Pela análise das disposições legais dos tratados internacionais, a pessoa presa deve ser apresentada perante uma autoridade com funções judiciais. No ordenamento jurídico brasileiro, a única autoridade com essas funções é aquela integrante do Poder Judiciário, diante da reserva de jurisdição disposta no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, segundo o qual "[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]" (BRASIL, 1988, s.p.).

O artigo 306 do Código de Processo Penal dispõe que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente. Ainda, segundo o artigo 310 do Código de Processo Penal, incumbe ao juiz de direito, ao receber o auto de prisão em flagrante, adotar uma das seguintes medidas: I – relaxar a prisão ilegal; II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os pressupostos e requisitos constantes no artigo 312

do Código de Processo penal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941). O artigo 1º da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, também determina que toda pessoa presa deva ser apresentada à autoridade judicial competente.

Dessa forma, nenhuma outra autoridade tem atribuição constitucional ou legal para presidir a realização da audiência de custódia, a exemplo de promotores de justiça e delegados de polícia (ROSA, 2016; PAIVA, 2015). Aliás, se uma das finalidades da audiência de custódia é a de justamente se tornar um meio eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura e maus tratos no momento da prisão, segundo os autores supramencionados, seria um contrassenso autorizar a presidência desse ato solene por qualquer outra autoridade que não um juiz de direito, especialmente por autoridades policiais.

2.5. Postura do juiz na audiência de custódia

As finalidades da audiência de custódia foram anteriormente apresentadas, sendo sintetizadas por Rosa (2016, p. 263) da seguinte forma: "[...] verificar a regularidade da prisão e eventual prática de tortura e analisar a necessidade de medidas cautelares diversas da prisão cautelar e os requisitos da prisão preventiva [...]". Não se trata, portanto, de procedimento apto a adiantar a fase de instrução processual, segundo o entendimento majoritário que se tem formado, em que é possível citar Paiva (2015, p. 89-90), para quem "[...] a atividade judicial praticada na audiência de custódia, com a participação do Ministério Público e da Defesa, deve se limitar a circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre o cidadão conduzido [...]".

No mesmo sentido se encontra o posicionamento de Eugênio Pacelli de Oliveira. Segundo o autor (2016, p. 549-550):

> "Não deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (família, trabalho etc.)".

É nesse mesmo direcionamento que se encontra a redação do artigo 8º, inciso VIII, da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina o procedimento a ser seguido durante a realização da audiência de custódia. A Resolução determina que a autoridade judicial deverá "[...] abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante [...]" (BRASIL, 2015, s.p.).

Dessa forma, os atos normativos que disciplinam a audiência de custódia, bem como diversos autores da área do direito, como Oliveira (2016), Rosa (2016) e Paiva (2015), entendem ser vedado ao magistrado questionar ao preso sobre os fatos que o levaram à prisão.

Tal posicionamento, porém, torna extremamente difícil para o juiz a análise de qual a melhor medida processual tomar a respeito da liberdade ou prisão da pessoa, uma vez que ele – o juiz – não pode ouvir, do próprio réu, como ocorreu ou até mesmo se ocorreu o fato criminoso, já que essa questão diz respeito ao mérito. Ao adotar tal entendimento, inviabiliza-se ao juiz indagar ao preso, por exemplo, eventual circunstância excludente da ilicitude ou da culpabilidade, bem como eventual desistência voluntária ou arrependimento eficaz, o que afetaria, substancialmente, a capitulação jurídica do fato. Esse procedimento pode causar extremo prejuízo ao preso, porque que ele não poderá explicar situações como essas ao magistrado.

Muito embora a discussão sobre o fato, muitas vezes, possa levar à confissão de um crime e, com isto, a uma futura condenação do preso, em outros tantos casos poderia levar à elucidação de uma negativa de autoria e até mesmo à inexistência do fato. Nessa hipótese, o ato seria extremamente benéfico ao preso, podendo garantir a sua liberdade imediatamente. A adoção do posicionamento segundo o qual é vedado discutir os fatos – afinal de contas é isso que interessa ao direito – pode trazer enorme constrangimento ao próprio custodiado. Ao se firmar o entendimento já exposto, seguramente, os juízes não admitirão que o preso demonstre eventual inocência na audiência de custódia, se os próprios atos normativos e a doutrina entendem que os juízes não poderão fazer pergunta ao custodiado acerca do mérito do fato.

O conflito sobre esse assunto tem sido tormentoso para vários doutrinadores. Pedro Vieira Abramovay (2016, p. 11) advertiu que:

> O réu, sobretudo aquele que tem certeza de que está preso injustamente, não concebe a ideia de que ele está diante de um juiz que vai decidir só se ele fica preso ou não preso. Não é possível compreender que não importa, naquele momento, se ele cometeu ou não o crime.

Após assistir um dia de audiências de custódia no Rio de Janeiro, Pedro Vieira Abramovay (2016) relata um caso em que o advogado afirma para o juiz ser o preso inocente e que havia câmeras no local que poderiam comprovar esse fato, mas que o juiz interrompeu a defesa e disse que aquela questão – ser o réu inocente ou culpado – deveria ser discutida no mérito da ação penal – no curso do processo criminal – e não na audiência de custódia. Após esse relato, o juiz terminou a

audiência e determinou a prisão do custodiado, apesar de o advogado ter dito ter provas seguras de que nenhum crime foi praticado pelo seu cliente.

Notemos que a postura do juiz está perfeitamente de acordo com o que determina o artigo 8º, inciso VIII, da Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, e até mesmo com o entendimento doutrinário (OLIVEIRA, 2016; ROSA, 2016; PAIVA, 2015). Todavia, caso o advogado tivesse, realmente, as câmaras do circuito de segurança do local dos fatos, demonstrando a inexistência de autoria por parte de seu cliente, o prejuízo causado a ele foi enorme, uma vez que ele teve que esperar até a audiência de instrução e julgamento para uma nova entrevista com o juiz e, então, provar a sua inocência, o que pode ter levado meses, quiçá anos, dependendo da comarca e do número de processos em trâmite nela.

Não se pode deixar de lembrar que em comarcas de capitais, processos criminais podem levar meses sem que o preso seja ouvido novamente por um juiz após a audiência de custódia e esse tempo que a pessoa permanece presa lhe custa caro na vida. Um dos efeitos perversos da prisão é deixar marcado na vida e imagem do indivíduo cicatrizes perpétuas, muito embora invisíveis, em todos aqueles que por ela passaram.

A limitação das perguntas impostas ao juiz a respeito das condições pessoais do preso é apenas a consagração do direito penal do autor e não do fato, demonstrando uma preocupação bem maior com o que a pessoa é ou, ao menos, com o que o direito quer que ela seja – trabalhador, pai de família, disciplinado, dócil e útil aos fins de produção, tomando de empréstimo expressões foucaultianas (2002, 2015) – e não realmente com o que a pessoa fez. A situação se torna extremamente grave na medida em que há inúmeros precedentes de nossos tribunais em que a condição do cidadão ser primário, de bons antecedentes, com trabalho lícito e residência fixa não é garantia, por si só, de que o preso poderá responder a eventual processo em liberdade, como ressaltado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, relator do *Habeas Corpus* 101.854/SP, julgado pela Segunda Turma daquele Tribunal[6].

6. "Ementa: *habeas corpus*. Penal e processual penal. Prisão preventiva. Fundamentos. Existência. Condições pessoais não impeditivas da prisão cautelar. 1. A decisão que decretou a prisão preventiva não é genérica. A atuação do paciente na organização criminosa está satisfatoriamente explicitada. 2. A custódia cautelar está concretamente fundamentada na circunstância de o paciente integrar organização criminosa habituada ao tráfico de entorpecentes, o que é suficiente à restrição excepcional da liberdade para garantia da ordem pública, considerada a real possibilidade de reiteração em crimes da espécie. Precedentes. 3. Condições pessoais [primariedade, bons antecedentes,

Tendo em vista o que foi discutido, qual o sentido de se fazer uma audiência para que o juiz se limite a perguntar somente sobre as condições pessoais do agente, se, ao final, em muitos casos, isto pode não significar nada?

Aqui repetimos a crítica lançada anteriormente quanto à inconstitucionalidade do artigo 8º, inciso VIII, da Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, ao vedar que qualquer pessoa formule perguntas sobre o mérito do fato criminoso durante a audiência de custódia, uma vez que essa questão também diz respeito a matéria processual e é de competência privativa da União legislar a seu respeito, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Por fim, outra postura a ser adotada pelo juiz deve ser a de dar ciência ao preso do que se trata a audiência de custódia, possibilitando-lhe conversar, reservadamente, com o advogado constituído ou nomeado a ele, além de, em eventual notícia de maus-tratos ou tortura, adotar as providências a seu cargo para sanar as irregularidades e adotar medidas necessárias à preservação da pessoa presa.

2.6. Postura do preso na audiência de custódia

A Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça não dispõe sobre o que o preso poderá falar durante a realização da audiência de custódia. Estabelece, apenas, a forma com que a autoridade judiciária deverá presidir o ato e quais perguntas poderá fazer ou autorizar que sejam feitas ao preso.

Entretanto, um dos principais direitos do preso está inscrito no artigo 8º, inciso III, da Resolução 213/2015, que é o de permanecer em silêncio. Essa norma é decorrente da própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII, segundo o qual "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado [...]" (BRASIL, 1988, s.p.).

Dessa forma, podemos concluir que a pessoa presa poderá exercer seu direito constitucional de permanecer em silêncio, não respondendo a nenhuma pergunta que lhe for direcionada, ou dizer apenas sobre as circunstâncias objetivas de sua prisão – narrar sobre a eventual ocorrência de maus-tratos ou tortura – e, por fim, sobre suas circunstâncias pessoais, tais como formação profissional e educacional, bem como condições pessoais de sua vida – trabalho, grau de escolaridade e ser primário ou reincidente em atividade criminosa.

residência e trabalho fixos] não impedem a decretação da prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Precedentes. Ordem indeferida." (BRASIL, 2010b, p. 1188).

Caso o preso queira falar sobre o fato criminoso especificamente e, eventualmente, confessar a autoria delitiva, poderá fazê-lo, existindo autores, no entanto, que sustentam que, nesse caso, tal confissão não poderia servir como prova no processo criminal. Conforme argumenta Caio Paiva (2015, p. 90):

> [...] o depoimento do conduzido colhido na audiência de custódia não pode ser usado contra ele durante a fase judicial, o que me leva a defender que o ideal é que o resultado da audiência não seja apenas encartado em autos apartados, mas sim que se proíba a sua juntada nos autos do processo principal.

Tal posicionamento nos parece bastante contraditório, uma vez que o juiz do processo de conhecimento poderia usar todos os depoimentos prestados durante a confecção do auto de prisão em flagrante e no curso do inquérito policial, perante a autoridade policial, inclusive depoimentos prestados pelo próprio preso, mas, na elaboração da sua sentença, não poderia utilizar aquele depoimento prestado, justamente, perante a autoridade judiciária.

3. A audiência de custódia na comarca de Umuarama

3.1. Sistema prisional de Umuarama um ano antes da instituição da audiência de custódia

Durante a implementação da audiência de custódia na Comarca de Umuarama, o setor de carceragem temporária (SECAT) da delegacia local contava com 257 presos, segundo informação prestada ao Conselho Nacional de Justiça pelo juiz de direito corregedor dos presídios daquela Comarca. Contudo, o espaço físico do local era destinado a comportar apenas 64 presos, uma superlotação em que o número de presos era quatro vezes maior do que a capacidade do local.

Além disso, segundo as informações daquele mesmo magistrado, os presos não ficavam separados por idade e tipos de crime e nem mesmo entre presos provisórios e definitivos, como determina o artigo 84 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal[7]. Entre os presos foram encontradas armas e/ou instrumentos

7. O artigo 84 da Lei de Execução Penal tem a seguinte redação: "Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I – acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II – acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III – acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II [...]" (BRASIL, 1984, s.p.).

capazes de ferir seriamente e/ou tirar a vida daqueles que dividem a mesma cela, o que poderia ser um fator facilitador de motins e rebeliões, colocando em risco a vida e segurança de todos os que frequentam o local.

Em razão do grave estado de infraestrutura – qualitativamente e quantitativamente – o Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública contra o Estado do Paraná, registrada sob o número 0002749-13.2015.8.16.0173, em curso perante a Comarca de Umuarama, no bojo da qual se pretende que seja decretada a interdição da Carceragem da Delegacia de Polícia de Umuarama. A título de tutela provisória, foi requerido ao menos a remoção imediata dos presos daquele local.

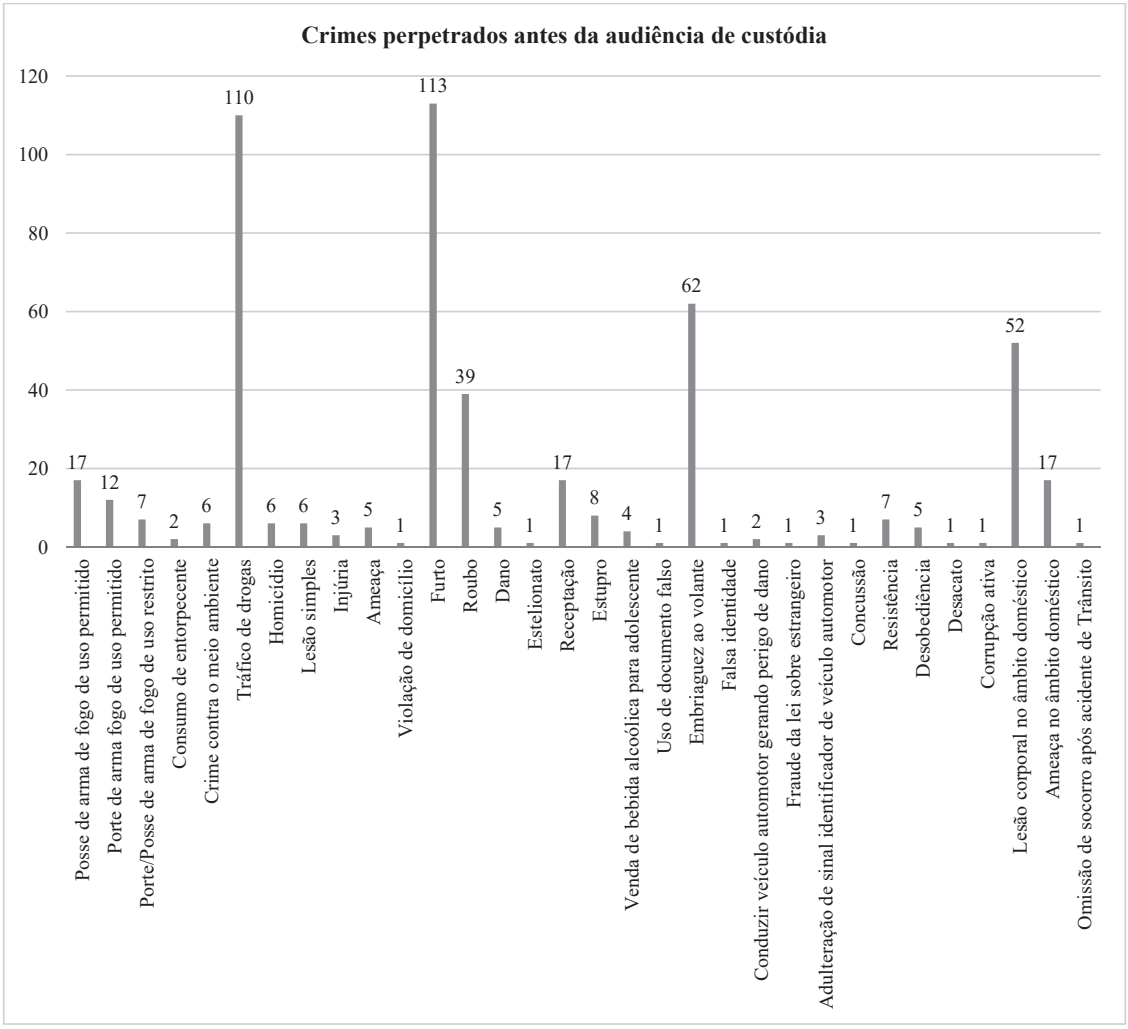
A alegação do Ministério Público do Estado do Paraná, a sustentar a sua causa de pedir e registrada na peça inicial da referida ação civil pública, é a de que:

> [...] o ambiente da referida delegacia é insalubre e estão ausentes as condições básicas de conforto, higiene, iluminação e aeração [...] a umidade relativa do ar é bastante elevada, pois praticamente não há incidência de luz solar e ventilação adequada dentro do estabelecimento onde presos encontram-se segregados, já sendo o clima de Umuarama notoriamente úmido e quente; as instalações elétricas são precárias e existe risco de curto-circuito em razão das más instalações e dos "gatos" feitos; os banheiros são infectos; há imundície de toda a espécie pelo chão e o odor causa náuseas e outros incômodos nos segregados. Há riscos de surtos de doenças. As presas encontram-se em abrigo igualmente insalubre, em ambiente fétido e úmido, notadamente quando chove, ocasiões em que as águas pluviais alcançam o interior do estabelecimento prisional onde reeducandos dormem, não raras vezes pelo chão molhado (MP-PR, 2015, s.p.).

A título de tutela provisória, o Poder Judiciário determinou a remoção dos presos que se encontravam reclusos na delegacia de polícia de Umuarama há mais de 120 dias e dos demais que alcançassem esse prazo. Nada obstante, segundo informações daquele processo, o Estado do Paraná não tem cumprido a liminar integralmente e no tempo demarcado pela decisão judicial.

Quanto à quantidade e aos tipos de crimes praticados no ano anterior à instalação da audiência de custódia, foram levados ao Poder Judiciário de Umuarama 517 casos, sendo que a prisão preventiva foi decretada em 42,4% dos casos de prisão em flagrante. Os crimes de tráfico de drogas, roubo e furto seguem a tendência nacional entre os crimes mais praticados na comarca de Umuarama, conforme se observa no Gráfico 1.

Gráfico 1 – Crimes perpetrados antes da implementação da audiência de custódia



Fonte: Elaborado pelo autor, 2017.

Podemos observar no Gráfico 1 que somente os crimes de tráfico de drogas, roubo e furto representam, juntos, 50,67% dos casos de prisão apreciados pelas varas criminais de Umuarama[8]. Em seguida, estão os crimes de violência no âmbito doméstico, com 13,34%, e direção de veículo automotor com a atividade psicomotora alterada, com 11,99%, entre os crimes mais praticados.

8. Na comarca do Rio de Janeiro, 64% dos casos levados à audiência de custódia dizem respeito a esses mesmos três crimes, tráfico de drogas, furto e roubo (LEMGRUBER et al., 2016). Na Comarca de São Paulo, esses números chegaram a 83%, somente levando em consideração os crimes de tráfico de drogas, furto e roubo perante a central de audiências de custódia (IDDD, 2016). Em Belo Horizonte, estes mesmos três crimes são responsáveis por 68,1% dos casos de prisão em flagrante (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2017).

Ainda a respeito da prisão, levando em consideração os crimes mais frequentemente praticados, podemos constatar que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva em 82,7% dos casos de tráfico de drogas; em 79,5% dos casos de roubo; em 35,84% quando se tratava de furto; em 21,7% se tratando de violência doméstica e em 4,8% quando o crime era de direção de veículo automotor sob efeito de álcool.

Das prisões em flagrante realizadas, o delegado de polícia arbitrou fiança imediatamente ao preso, concedendo-lhe a liberdade, em 26,1% das ocorrências. Os juízes, por sua vez, concederam liberdade imediata ao preso em 31,6% dos casos, e em 22,1% das prisões em flagrante foi fixada a medida cautelar da fiança. A prisão em flagrante foi relaxada, por entender o magistrado ter sido ilegal, em apenas 3,5% dos casos.

Analisaremos, em seguida, o impacto da audiência de custódia na Comarca de Umuarama e seus efeitos sobre o número de prisões preventivas decretadas e liberdades provisórias concedidas.

3.2. Sistema prisional de Umuarama um ano após a instituição da audiência de custódia

Um ano após a instituição da audiência de custódia na Comarca de Umuarama, o setor de carceragem temporária (SECAT) da delegacia local ainda contava com uma superlotação carcerária idêntica ou, ao menos, muito parecida com a do ano anterior, mesmo diante da ordem judicial proferida nos autos da ação civil pública a que já fizemos referência.

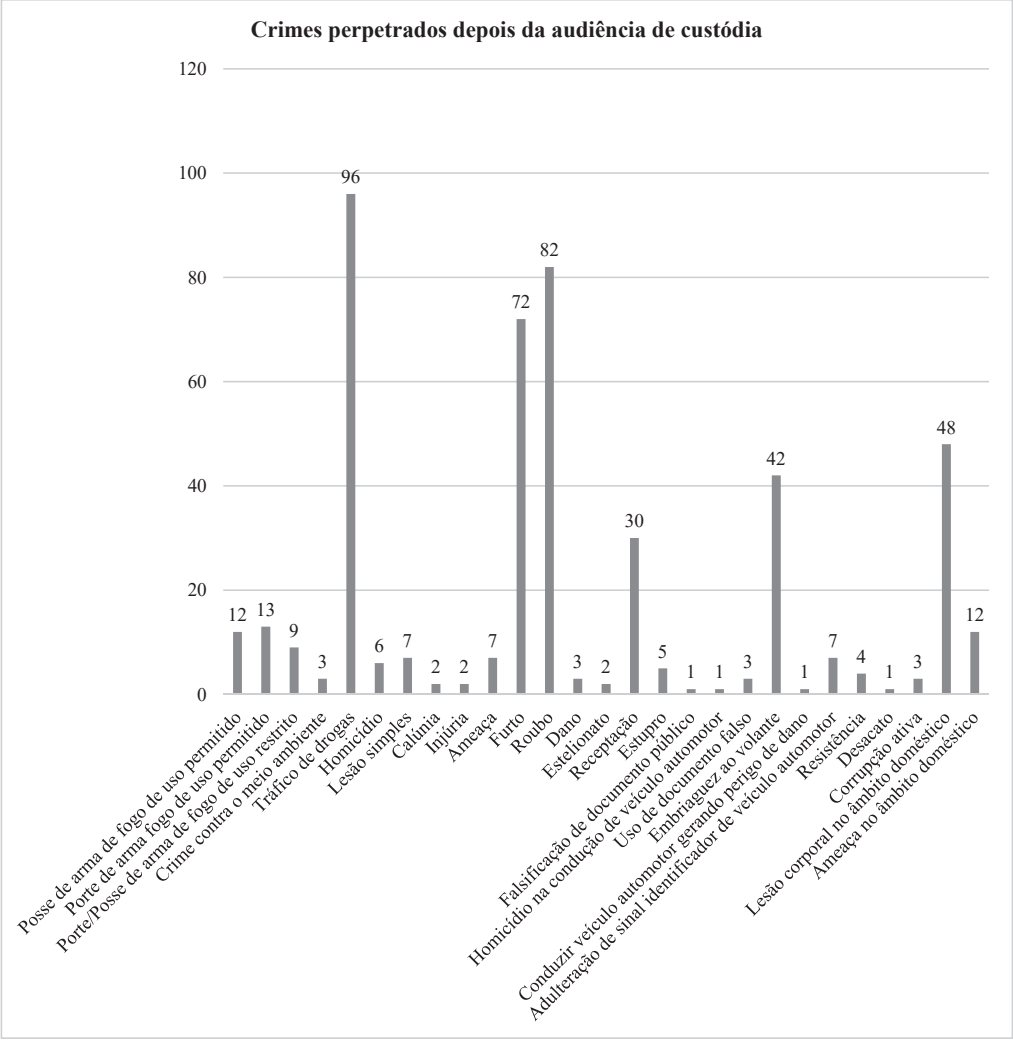
Segundo informação prestada ao Conselho Nacional de Justiça pelo juiz de direito corregedor dos presídios daquela Comarca, e que também nos foi franqueado acesso, o setor de carceragem temporária contava, em maio de 2017, com 209 detentos, apesar de ainda dispor do mesmo espaço físico para 64 detentos; ou seja, mais de três vezes a capacidade do local. A situação era ainda pior, uma vez que o juiz corregedor dos presídios informou ter conseguido a remoção de 20 presos da delegacia local para o sistema prisional no mês de abril de 2017. Isto é, em abril de 2017 a delegacia local contava, ao menos, com 229 detentos.

Ainda consta das informações do juiz de direito que os presos não ficam separados por idade e tipos de crime, nem mesmo há divisão entre presos provisórios e definitivos, de forma que a violação à norma do artigo 84 da Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal, continua. Entre os presos, mais uma vez foram encontradas armas e/ou instrumentos capazes de ofender a integridade física um do outro e de terceiros que ali trabalham, sem contar o permanente risco de motins e rebeliões.

Por fim, há a informação de que as condições do estabelecimento são ruins, propiciando condições para a fuga de detentos[9].

Quanto ao número e tipos de crimes praticados no ano posterior à instalação da audiência de custódia, foram levados ao Poder Judiciário em Umuarama 474 casos. A prisão preventiva foi decretada em 44,5% dos casos de prisão em flagrante, e os crimes de tráfico de drogas, roubo e furto seguem a tendência do ano anterior e a nacional entre os crimes mais praticados na comarca de Umuarama, conforme se observa no Gráfico 2.

Gráfico 2 – Crimes perpetrados depois da implementação da audiência de custódia



Fonte: Elaborado pelo autor, 2017.

9. No mês de abril de 2017, 20 presos fugiram da delegacia de polícia de Umuarama, segundo informações prestadas pelo juiz corregedor dos presídios daquela Comarca.

Podemos observar no Gráfico 2 que somente os crimes de tráfico de drogas, roubo e furto continuam a representar, juntos, mais de 50% dos casos de prisão apreciados pelas varas criminais de Umuarama. Exatamente, 52,74% no período analisado. Os crimes de violência doméstica e de embriaguez na direção de veículo automotor estão, na sequência, como os mais constantes, com 12,65% e 8,86%, respectivamente.

Considerando os crimes mais frequentemente praticados, constatamos que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva em 78,1% das ocorrências de tráfico de drogas, contra 82,7% no ano anterior, o que representa um aumento de 4,6% a mais de liberdades provisórias concedidas a pessoas que respondem por tráfico de drogas. Nos casos de roubo, o percentual de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva foi de 85,4%, ou seja, nesse caso, mesmo com a audiência de custódia, houve um aumento do número de prisão preventiva, correspondente a 5,9%, já que antes da implementação da audiência de custódia o percentual de prisões preventivas nesse tipo de crime foi de 79,5%.

Nos casos de furto, a prisão preventiva foi decretada em 25,97% das ocorrências, ao passo que no ano anterior foi de 35,84%, o que representa uma elevação no número de liberdade provisória da ordem de 9,87%. Nos casos de violência no âmbito doméstico e de direção de veículo automotor com a atividade psicomotora alterada, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva em 20% e 2,4%, respectivamente. Nesses dois últimos crimes, considerando que no ano anterior o percentual de prisão preventiva foi de 21,7% nos casos envolvendo violência doméstica e 4,8% quando o crime era de direção de veículo automotor com atividade psicomotora alterada, o percentual de liberdade provisória aumentou 1,7% e 2,4%, respectivamente, em relação a estes dois tipos de crimes.

Das prisões em flagrante realizadas, o delegado de polícia arbitrou fiança imediatamente ao preso, concedendo-lhe a liberdade em 12,2% das ocorrências, acarretando uma queda de 13,9% no número de liberdades concedidas imediatamente pela autoridade policial, comparativamente ao ano anterior. Os juízes, por sua vez, concederam liberdade imediata ao preso em 43,2% dos casos, representando um aumento de 11,5%, sendo que em 26,6% das prisões em flagrante foi fixada a medida cautelar da fiança. A prisão em flagrante foi relaxada, por entender o magistrado ter sido ela ilegal, em apenas 4,2% dos casos.

Consta que os presos teriam realizado um túnel e evadido por ele. 11 presos foram recapturados e o túnel foi fechado.

Apesar do aumento no percentual de liberdade provisória após a implementação da audiência de custódia na Comarca de Umuarama em relação a alguns crimes, especialmente os relacionados ao de tráfico de drogas, ao furto, à violência no âmbito doméstico e à direção de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, houve, também, um aumento no percentual de prisões em flagrante convertida em prisão preventiva, ao considerarmos o período anual em relação à totalidade dos crimes: no ano anterior à instalação da audiência de custódia o percentual de prisão preventiva foi de 42,4% e no ano posterior esse número chegou a 44,5%.

No período posterior à instalação da audiência de custódia na Comarca de Umuarama, o percentual de prisões preventivas aumentou em consideração ao ano anterior, mas o número de crimes graves também aumentou no mesmo período, como pudemos ver nos Gráficos 1 e 2.

Esses dados já apontam a limitação da audiência de custódia em obter sucesso em relação a um dos principais objetivos propostos a ela, que é o de estancar o caminho percorrido pelo Brasil rumo ao superencarceramento, e o contato imediato e pessoal do preso com o juiz não arrefece o movimento encarcerante vivenciado no País, especialmente quanto ao crime de roubo, o mais praticado entre nós. Quanto ao segundo crime mais praticado – o tráfico de drogas –, o resultado, apesar de positivo, foi muito limitado, muito longe de alcançar as expectativas de aumento de liberdade após a prisão em flagrante próximo a 40%, uma vez que para este crime o aumento foi de 4,6%, o que pode variar facilmente, principalmente diante da natureza da droga apreendida e das condições pessoais do flagranteado – seus antecedentes – que é muito analisado, e quase sempre pesa em desfavor do preso, no momento da audiência de custódia.

A limitação da audiência de custódia em combater a elevação da prisão cautelar pode ser vista também sob outro enfoque, ou seja, analisando os casos em que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva e comparando com o regime de pena fixado na sentença. Também foi feito este estudo:

No ano anterior à implementação da audiência de custódia foi convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva em aproximadamente 228 casos, tendo sido analisados 218 casos, sendo que os demais estavam em segredo de justiça. Desses 218 casos em que a prisão preventiva foi decretada, o regime fechado somente foi decretado, quando da sentença, em 51 casos, representando 23,39%. Nos outros 76,61% dos casos, o regime fixado foi diverso, sendo 24,77% no aberto, 24,31% no semiaberto, 17, 88% de absolvição e 7,33% em que a prisão preventiva foi revogada antes da sentença, especialmente após a instrução processual e por vislumbrar o magistrado que não seria fixado o regime fechado naquele caso.

No ano posterior à implementação da audiência de custódia, entre os 132 processos no bojo dos quais foi decretada a prisão preventiva do autuado logo após a prisão em flagrante, e que puderam ser consultados – os demais se encontravam em segredo de justiça –, em 104 deles já havia sentença em meados de outubro de 2017. Desses 104 casos, em 37 oportunidades foi fixado o regime semiaberto para cumprimento de pena, correspondendo a 35,57% dos casos, e em 19 deles o regime fixado foi o aberto, o que representa 18,26%.

Há casos em que mesmo mantida ou decretada a prisão preventiva em audiência de custódia, o réu foi absolvido na sentença proferida pelo juiz após a instrução processual, o que ocorreu em 13 oportunidades, 12,5%. Além disto, em 14 processos, após realizada a audiência de instrução, mesmo o juiz não tendo condições de sentenciar imediatamente, foi revogada a prisão preventiva, por ser vislumbrado que não seria o caso de condenar o réu em regime fechado no momento da sentença.

Dessa forma, como se vê desses dados, entre os 104 processos que já haviam sido sentenciados na última consulta realizada – em meados de outubro de 2017 – e que a prisão preventiva foi decretada mesmo após a vigência da audiência de custódia, em nada mais nada menos do que em 69 deles não foi estabelecido o regime fechado para início do cumprimento da pena, representando 66,34% de casos em que a decisão provisória da justiça foi mais rigorosa do que viria a ser a própria decisão definitiva. Esse percentual chega a impressionantes 79,79%, quando se somam os casos em que a prisão preventiva foi revogada após a instrução processual.

Isto corrobora a crítica lançada pelo professor Túlio Vianna durante Palestra sobre o Garantismo Penal em 30 de outubro de 2017, no Seminário de Ciências Penais do Curso de Direito da Faculdade Promove de Belo Horizonte, onde afirmou que no Brasil "Prende primeiro e julga depois" (VIANNA, 2017).

Há algo de muito errado na prática da prisão provisória no Brasil e a audiência de custódia não tem sido capaz de evitar. Decretar a prisão preventiva em quase 80% dos casos em que o réu não cumpriria a pena em uma prisão demonstra o *nonsense* que se tornou este instituto.

3.3. Procedimento da audiência de custódia na comarca de Umuarama

O procedimento adotado pelos magistrados da Comarca de Umuarama para realização da audiência de custódia segue, estritamente, os termos da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. No início, o magistrado esclarece ao preso o que se trata a audiência de custódia, cientificando-o do seu direito

constitucional de permanecer em silêncio e que, caso assim o faça, isto não poderá lhe prejudicar em nenhum momento do processo. O magistrado questiona ao preso se lhe foi garantida entrevista com advogado e se pôde, na delegacia de polícia, entrar em contato com familiares para informar sobre a prisão. Indaga-se, ainda, ao preso, se tem filhos menores sob sua guarda e cuidado e, nos casos de mulheres, se se encontra em gestação, tudo como determina o artigo 8º da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça.

Nos casos em que há relato do preso de agressão ou maus tratos por parte de alguma autoridade pública, o juiz questiona se foi realizado exame de corpo de delito no Instituto Médico Legal e, em casos negativos, encaminha o preso para realização desse exame. Com a chegada do laudo ao fórum, o juiz encaminha cópia do expediente ao Ministério Público, para que sejam adotadas as medidas processuais cabíveis.

Fato percebido em todas as audiências de custódia assistidas é que realmente os magistrados não questionam ao preso sobre o fato específico pelo qual ele foi preso, exatamente como determina o artigo 8º, inciso VIII, da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Ainda assim, decide-se sobre a prisão do cidadão, na maioria das vezes, mantendo a pessoa presa após a audiência de custódia. No mesmo sentido, como o juiz não pergunta sobre o mérito do fato em si, ele não admite nem mesmo que o preso, sem ser perguntado, fale sobre esse fato, prolatando a decisão logo em seguida[10].

Um caso nos pareceu bastante sintomático[11]: a autoridade judicial adotou todo o procedimento de praxe no início da audiência de custódia, questionando ao preso se ele teria sido ou não agredido no momento da prisão, ao que ele respondeu que não e, em seguida, no entanto, quando o detento quis dizer à magistrada não ter sido ele quem praticou o crime, não lhe foi dada a oportunidade, tendo a magistrada enfatizado, mais uma vez, que aquele não era o momento para se analisar se ele teria ou não cometido o crime e que para tal finalidade seria designada uma segunda audiência, caso o Ministério Público oferecesse denúncia contra ele.

O preso, então, questionou quando seria designada essa nova audiência, para que ele pudesse ser ouvido pelo juiz – isto apesar de a pessoa estar perante um juiz – e esta nova data não lhe foi dada. O preso insistiu, então, em abordar o fato,

10. Evidentemente que o juiz está com cópia do auto de prisão em flagrante em mãos e é, praticamente, com esse mesmo documento, tal como fazia anteriormente à implantação da audiência de custódia, que ele toma a sua decisão, levando em consideração todos os depoimentos nele constantes.

11. Autos do Processo 0014998-59.2016.8.16.0173.

dizendo ser inocente e ressaltou que "queira ou não queira ele continua preso", não compreendendo o porquê de não poder falar. Em razão da incompreensão do custodiado, a juíza disse que a audiência de custódia estava encerrada. O preso insistiu em falar, mesmo tendo sido determinado o encerramento da audiência, e ressaltou: "mas como, se eu nem contei nada senhora?", e em tom de desabafo, o flagranteado insistiu em dizer que o estão colocando como criminoso de alta periculosidade só porque ele cometeu algo passado, e que por aqueles outros crimes ele já teria pago, e que não devia mais nada à justiça. A audiência, no entanto, foi encerrada logo em seguida.

Como observado por Pedro Vieira Abramovay (2016, p. 11), ao assistir um dia de audiências de custódia na Comarca do Rio de Janeiro "O réu, sobretudo aquele que tem certeza de que está preso injustamente, não concebe a ideia de que ele está diante de um juiz que vai decidir só se ele fica preso ou não preso. Não é possível compreender que não importa, naquele momento, se ele cometeu ou não o crime".

Essa não é uma peculiaridade da Comarca de Umuarama. Idêntica indignação quanto à impossibilidade do preso se manifestar durante a audiência sobre o fato que o levou à prisão consta do trabalho de Lemgruber et al. (2016, p. 52). O estudo aborda as audiências de custódia no Rio de Janeiro, ressaltando que um preso submetido ao procedimento da audiência de custódia, logo após saber que ficaria preso durante o processo, dirigiu-se ao juiz e disse: "Estou sendo condenado e não posso falar nada?".

Não é preciso ser um *expert* para dizer que para o preso não importa se a prisão é processual – decretada antes da sentença condenatória com trânsito em julgado – ou definitiva – decretada após a sentença condenatória com trânsito em julgado. O fato é que, para ele, as agruras do cárcere serão sentidas na pele e na alma, seja a prisão processual, seja a definitiva, e, evidentemente, que ele não compreende como pode estar perante um juiz e não pode falar sobre o fato pelo qual foi preso, ainda mais se ele for inocente[12].

Não por outra razão é que a audiência de custódia tem sido realizada em curtíssimo espaço de tempo. Na grande maioria das audiências de custódia

12. Este procedimento nos lembra o romance de Franz Kafka, intitulado *O Processo*, em que o personagem Josef K., acusado de um crime, não se sabe qual, sempre é levado à presença de um juiz, mas este nunca é graduado o suficiente, ou competente legalmente, para apreciar a causa e explicar ao então "réu" do que ele é acusado, quem o acusa, e muito menos qual é a lei violada. Trata-se de um juiz invisível, a que não se pode ter acesso (KAFKA, 2005).

analisadas – foram assistidas mais de 270 audiências – o tempo gasto para a realização de cada uma delas girou em torno de um a dois minutos, havendo audiências realizadas em até 43 segundos[13].

Diante da limitação imposta pelo ato normativo que instituiu as audiências de custódias, não há muito espaço para perguntas, a não ser para indagar ao preso quanto a sua utilidade para o mercado de trabalho, já que é permitido ao juiz perguntar ao réu se ele trabalha, estuda e se já foi preso alguma vez. A única pergunta que foge a essa natureza é a que o questiona sobre eventuais agressões no momento da prisão.

Da maneira que tem sido instrumentalizada, a audiência de custódia tem se apresentado com um viés predominantemente disciplinar e de controle do corpo humano, de vigilância hierárquica e exame, tal como apontado por Michel Foucault (2002) ao se referir à sociedade disciplinar, que se constituiu no final do século XVIII e início do século XIX, e Gilles Deleuze (1992), quando disserta sobre a sociedade de controle, que caracteriza as sociedades do final do século XX, demonstrando como é difícil transpor as barreiras de um direito penal excludente e seletivo[14].

3.4. A predominância da valoração da periculosidade em detrimento da vulnerabilidade dos presos durante a audiência de custódia

O interesse sobre a vida pregressa dos custodiados e o conhecimento de seu histórico criminal pôde ser constatado em todos os processos analisados na Comarca de Umuarama. Idêntico interesse também foi ressaltado no trabalho de Ribeiro, Prado e Maia (2017, p. 34), ao analisarem o impacto da audiência de custódia na Comarca de Belo Horizonte, para quem "Em grande parte das audiências, os maus antecedentes eram levantados com o objetivo claro de justificar o cerceamento da liberdade dos conduzidos [...]", trazendo a lume a figura do

13. Esse tempo foi gasto na audiência de custódia realizada no Processo 0013641-44.2016.8.16.0173.

14. Os mecanismos do poder disciplinar constantes da obra de Michel Foucault (2002), tais como o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame são sintetizados por Alvarez (2004, p. 172), para quem "A vigilância hierárquica induz, através do olhar, efeitos de poder: o indivíduo adestrado deve se sentir permanentemente vigiado. A sanção normalizadora implica toda uma micropenalidade do tempo, da atividade, da maneira de ser, do corpo, da sexualidade visando os comportamentos desviantes. O exame, por fim, indica uma técnica de controle normalizante que permite qualificar, classificar e punir os indivíduos que são alvos do poder disciplinar [...]".

delinquente e do sujeito perigoso que se inseriu no âmbito criminal após o final do século XVIII, como descrito por Michel Foucault (2002).

Essa é uma característica do próprio nascimento da prisão, visto que, paralelamente ao instante em que a prisão se caracteriza como instrumento que viabiliza o saber a respeito do criminoso, do sujeito, a preocupação do direito penal deixa de ser somente quanto ao crime praticado pelo agente, mas também passa a se preocupar com a figura do delinquente. Para Foucault (2002, p. 211), "O delinquente se distingue do infrator pelo fato de não ser tanto seu ato quanto sua vida o que mais o caracteriza [...]", de forma que o crime não deve ser explicado pela conduta em si, mas, antes disso, pelas condições pessoais de seu autor, "[...] instintos, pulsões, tendências, temperamento [...]". Dessa forma, o delinquente é uma "[...] unidade biográfica, um núcleo de 'periculosidade', um representante de um tipo de anomalia [...]" (FOUCAULT, 2002, p. 213).

Aí se encontra o ponto de junção entre o crime e a pessoa do delinquente, constituindo a figura do indivíduo perigoso, que é unido ao fato criminoso não só por seu ato, mas por sua propensão psicológica, moral e social ao crime. Em síntese:

> Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do "delinquente", pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama a ciência penitenciária (FOUCAULT, 2002, p. 213).

Atualmente, em nenhum outro momento do processo a análise sobre a figura do delinquente é tão analisada e levada em consideração quanto naquele instante em que é analisado o auto de prisão em flagrante e com isto convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, de forma que é este o objeto que vemos predominar na audiência de custódia, a análise, pura e simples, das condições pessoais do agente, como se tudo isto fosse mais importante do que o ato por ele praticado.

Reduzir o objeto da audiência de custódia às condições pessoais do indivíduo representa verdadeira preponderância do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato – crítica já há muito reverberada por grandes criminalistas, como Zaffaroni e Pierangeli (2002). Segundo esses autores (2002, p. 118):

> Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma "forma de ser" do autor, esta sim considerada verdadeiramente

> delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o "ser ladrão", não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual, etc.

Isto é nada mais nada menos do que se procura descobrir na audiência de custódia, ao perscrutar e dar valor, essencialmente, à vida do custodiado, ao seu passado e futuro, sua propensão ao crime ou ao trabalho, à violência ou submissão – aspectos que caracterizam o direito penal desde que a pena de prisão se tornou a forma permanente de punição na sociedade ocidental.

Já nos referimos ao Processo 0014998-59.2016.8.16.0173, e ele é altamente paradigmático em nos mostrar como é delicado fazer com que o objeto da audiência de custódia se reduza à pesquisa sobre as condições pessoais do preso. Durante interrogatório do custodiado, ele insiste em abordar o fato, mas lhe é vedado, e o próprio preso enfatiza, então, que o estão mantendo preso por seu histórico de vida e por considerá-lo de "alta periculosidade", apesar de ele se dizer inocente.

Ao analisar a decisão judicial que apreciou o auto de prisão em flagrante, percebemos que foi justamente invocando a garantia da ordem pública, sob risco de lesão à coletividade – e aqui reverbera a noção de inimigo social tão enfatizada por Michel Foucault –, que a prisão preventiva daquela pessoa foi decretada, nesse caso, tendo a magistrada ressaltado a periculosidade do agente para convivência em sociedade, e que a prisão também se fazia necessária diante da propensão demonstrada por ele à prática de crimes.

São as características que tanto marcam os egressos do sistema penitenciário[15], desde a instalação da pena de prisão como forma de penalidade dominante no Ocidente, e exaustivamente denunciadas por Michel Foucault (2002, p. 223), ao enfatizar que:

> As condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência: porque estão sob a vigilância da polícia; porque têm designação de domicílio, ou proibição de permanência; porque [...] têm que mostrar em todo lugar onde vão [...] a condenação que sofreram [...].

15. Na Comarca de Belo Horizonte, o percentual de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva chega a 80,6% quando o custodiado é reincidente, sendo que o percentual de pessoas presas com antecedentes criminais é 49%, enquanto que 50% eram primários (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2017).

Reconhecemos, no entanto, a importância da audiência de custódia, como no caso registrado nos autos do Processo 0001081-36.2017.8.16.0176, em que o agente conseguiu a liberdade provisória após dizer ao juiz que estava sendo hostilizado e humilhado pelos demais detentos no Setor de Carceragem Temporária da Delegacia de Polícia de Umuarama (SECAT), correndo até mesmo risco de morte. Apesar da condição de reincidente, que comumente acarreta a decretação da prisão preventiva da pessoa – diante da já decantada periculosidade da pessoa –, o custodiado foi colocado em liberdade[16].

O contato imediato do preso com o juiz e sua importância pode ser visualizada nos autos 0010649-13.2016.8.16.0173, que se refere à prisão de um homem de 36 anos pelo crime de furto, tendo-lhe sido concedida a liberdade provisória mediante fiança de R$ 300,00 (trezentos reais), concedida pela própria autoridade policial e após homologada pela autoridade judicial. Não recolhido o valor da fiança e realizada audiência de custódia, constatou-se que se tratava de um sujeito em situação de rua, incapaz de levantar o valor da fiança, razão pela qual lhe foi dispensado o pagamento da fiança. Casos como esses, apesar de importantes, ainda são escassos, incapazes de conter a onda de criminalidade, o contínuo recrudescimento do direito penal em curso no País e, mais do que isso, o movimento de controle social por meio do direito penal, demonstrando que, mesmo após a implantação da audiência de custódia, a noção de periculosidade tem se sobreposto ao aspecto da vulnerabilidade social das pessoas.

Considerações finais

Vimos durante este trabalho a limitação ínsita à audiência de custódia em diminuir o superencarceramento vivenciado no Brasil e fizemos rigoroso estudo de caso na Comarca de Umuarama para chegarmos a esta conclusão, comparando os processos e a forma de decidir dos magistrados lá atuantes um ano antes e um ano após a implementação desse novo procedimento na comarca. E esse não

16. Um fato que também demonstra a importância da presença imediata do preso perante uma autoridade judicial foi narrado por Lemgruber et al. (2016, p. 63). Consta no trabalho que um preso, quase carregado por um policial, apresentou-se para a audiência de custódia com um curativo na perna, onde teria sofrido um tiro durante a suposta perseguição policial. Há quatro dias sem tomar remédio e sem trocar os curativos, a situação sensibilizou a juíza presidente da audiência, que concedeu ao preso a liberdade provisória, ressaltando a precariedade do sistema prisional e que os fatos narrados no auto de prisão em flagrante estavam truncados. Poderia ser um caso com outro desfecho, não fosse a existência da audiência de custódia.

é um evento típico de Umuarama, podendo ser replicado em todo o Brasil, como se pode ver dos estudos realizados em Belo Horizonte (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2017), Rio de Janeiro (LEMGRUBER et al., 2016) e São Paulo (IDDD, 2016).

Os dados demonstram como a audiência de custódia não só foi incapaz de diminuir o encarceramento na Comarca de Umuarama, mas que o viu aumentar ao considerarmos a totalidade dos crimes lá praticados, diante da elevação do percentual de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva no primeiro ano após a vigência da audiência de custódia, o que, diga-se de passagem, já era esperado, muito embora não desejado.

Essa hipótese foi facilmente lançada – e confirmada – em razão das inúmeras políticas criminais adotadas pelo estado brasileiro nas últimas décadas, que tinham a intenção de diminuir o número de encarceramento no País, especialmente desde a década de 80 do século XX, e que se mostraram todas improfícuas, a exemplo da inserção das penas alternativas no Código Penal, em 1984; a criação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, em 1995; a edição da nova Lei de Penas Alternativas, em 1998; os inúmeros mutirões carcerários realizados em todo o País todos os anos; entre muitos outros exemplos que poderiam ser citados.

No entanto, mais do que a incapacidade da audiência de custódia em combater o crescente percentual de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, este estudo demonstra a premente necessidade de repensar a própria ideia da prisão preventiva.

Afinal, foram constatados inúmeros casos em que o flagranteado teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva durante a audiência de custódia, mas no momento da sentença, ao final do processo, foi fixado regime aberto ou semiaberto ao acusado, e em não poucos casos ocorreu até mesmo a absolvição.

Nesse aspecto, o estudo demonstrou que, no ano anterior à instalação da audiência de custódia, em 76,61% dos casos em que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva o regime fixado na sentença foi diverso do fechado, isto é, a decisão provisória da justiça foi mais grave do que viria a ser a própria decisão definitiva. Esse percentual chega a impressionantes 79,79%, mesmo após a implementação da audiência de custódia.

Esses dados representam a inversão de valores operada pelo direito penal na América Latina e que desde há muito é denunciada por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao afirmar que:

> A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente 3/4 – dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são *processados não*

> *condenados*. Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal,* porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medida de contenção provisória* transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de *medidas,* ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade. A *medida cautelar* é pena cautelar, ou seja, por precaução, o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente todos os acusados a uma medida e revisando-se com grande parcimônia essas condenações, num processo que se arrasta anos a fio, com o intuito de verificar se corresponde a uma pena formal. O desencarceramento ou a cessação da prisão preventiva ou provisional representa uma absolvição, pois corresponde a quase todos os seus efeitos (ZAFFARONI, 2007, p. 70, destaques do original).

Esse comportamento, punitivista, no entanto, parece mesmo ser o comportamento esperado pelos tribunais de nosso país, apesar de não declarado, uma vez que, segundo notícia veiculada no portal online do G1 na data de 1º de dezembro de 2017, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou uma juíza de suas atividades por ter, segundo notícia daquele veículo de comunicação, soltado seis suspeitos de roubo e tráfico, além de ter pago um lanche para eles após uma audiência de custódia.

Ainda não aprendemos a lidar com a questão criminal no Brasil, ou talvez não se quer mesmo aprender. Como afirmou Luiz Flávio Gomes (2013, s.p.):

> Ao contrário do que vem acontecendo em diversos países, jamais vamos conseguir reduzir as altas taxas de criminalidade enquanto priorizarmos a punição em detrimento da prevenção, enquanto jovens crianças e jovens estiverem fora das escolas e com a ideia, típica de quem não tem escolaridade, de que bandido bom é bandido morto. Com essa mentalidade, os países desenvolvidos diminuem os crimes. Nós, fechamos escolas e abrimos presídios e cemitérios.

Assim, a audiência de custódia pode ser um importante instrumento para revertermos o trágico caminho que estamos percorrendo e vivendo, o do superencarceramento, mas é preciso que seja repensado o procedimento desse instituto e, principalmente, a própria ideia da prisão preventiva. O verdadeiro caminho para solucionar a crise carcerária, no entanto, é reconhecer que se trata mais de um problema social do que jurídico, de forma que devemos problematizar os fundamentos do grande encarceramento, e não o naturalizar.

Referências

ABRAMOVAY, P. V. *Banalidade do réu:* um dia de observação das audiências de custódia. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia]. Acesso em: 29.07.2016.

ALVAREZ, M. C. Controle social: notas em torno de uma noção polêmica. *Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 168-176, mar. 2004. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100020&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 24.06.2017.

ALVAREZ, M. C. et al. O sistema prisional: um debate necessário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 233-252, jul.-ago. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão. Dados Estatísticos. Brasília, DF, 2018. Disponível em: [www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio]. Acesso em: 04.01.2018.

CANINEU, M. L. O direito à "audiência de custódia" de acordo com o direito internacional. *Informativo Rede Justiça Criminal*, São Paulo, ed. 5, ano 3, 2013. Disponível em: [https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf]. Acesso em: 15.01.2016.

CARVALHO, V. A. de; SILVA, M. do R. de F. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 1, jan.-jun. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000100007&script=sci_arttext]. Acesso em: 15.01.2016.

DELEUZE, G. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DEPEN/MJ. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Brasília, DF, 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 12.06.2016.

DEPEN/MJ. *Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça*. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, atual. junho de 2016. Brasília, DF, 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 04.01.2018.

FOUCAULT, M. *Resumo dos cursos do Collège de France* (1970-1982). Tradução de Andréa Daher. Consultoria de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FOUCAULT, M. *A sociedade punitiva*: curso no Collège de France (1972/1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015 (Coleção obras de Michel Foucault).

G1. *São Carlos e Araraquara*. Tribunal de Justiça afasta juíza que ofereceu lanche a suspeitos. Araraquara, 2017. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/tribunal-de-justica-afasta-juiza-que-ofereceu-lanche-a-suspeitos.ghtml]. Acesso em: 01.12.2017.

GOMES, L. F. *Menos crimes... nos países desenvolvidos. [S.l.], 2013*. Disponível em: [www.lfg.com.br/conteudos/artigos/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-menos-crimes-nos-paises-desenvolvidos]. Acesso em: 26.09.2017.

IDDD. *Instituto de Defesa do Direito de Defesa*. Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo. São Paulo: IDDD, 2016. Disponível em: [www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf]. Acesso em: 26.09.2016.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LEMGRUBER, j. et al. *Liberdade mais que tardia:* as audiências de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2016. Disponível em: [http://redejusticacriminal.org/wp-content/uploads/2016/12/CESEC_Livro-Audiencias-de-Custodia_FINAL.pdf]. Acesso em: 23.06.2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 114-115, ago.-set. 2015.

MP-PR. Ministério Público do Estado do Paraná. Ação Civil Pública 0002749-13.2015.8.16.0173. Umuarama, 2015. Em trâmite.

MONTENEGRO, M. *Lei Maria da Penha:* uma análise criminológico-crítica. 1. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

NASCIMENTO, A. Apresentação. In: GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Primeira reimpressão. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PAIVA, C. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RAMOS, A. de C. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; PRADO, Sara Carla Faria; MAIA, Yolanda Campos. *Audiências de custódia em Belo Horizonte*: um panorama. Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP). Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (UFMG). 2017. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2017/04/Audie%CC%82ncias-de-Custodia-em-Belo-Horizonte.pdf]. Acesso em: 14.11.2017.

ROSA, A. M. da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SALLA, F. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. *Revista Lusotopie*, Paris, v. 10, p. 419-435, 2003. Disponível em: [www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf]. Acesso em: 16.01.2016.

SALLA, F. O persistente desafio do sistema prisional. *Direitos Humanos*, Brasília, v. 6, p. 16-19, set. 2010.

SECCHI, L. *Políticas públicas*: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

VIANNA, Túlio Lima. *Palestra sobre o garantismo penal*. Seminário de Ciências Penais do Curso de Direito, Faculdade Promove de Belo Horizonte, 30 out. 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=H-ar4gSsX2Q]. Acesso em: 16.11.2017.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEIS, C.; JUNQUEIRA, G. O. D. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 921, p. 331-355, jul. 2012.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, jun. 2007.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, j. H. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na américa latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil, de Guilherme Graciliano Araújo Lima – *RBCCrim* 147/311-331 (DTR\2018\19323);
- Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio Estado, de Cristina Zackseski e Beatriz Vargas Ramos – *RBCCrim* 139/143-170 (DTR\2017\7103);
- Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil?, de Rafael Osvaldo Machado Moura e Marcela Busnardo dos Santos – *RBCCrim* 131/367-399 (DTR\2017\914);
- Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no projeto de Lei do Senado 554/2011, de Flávio da Silva Andrade – *RBCCrim* 137/223-252 (DTR\2017\6622); e
- A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, de Carlo Velho Mais – *RT* 960/77-120 (DTR\2015\13234).

A perceção de reclusos(as) acerca do papel das atividades durante o cumprimento da pena privativa de liberdade

Inmates' perception regarding the role activities hold while serving prison sentences

Helena Gerardo

Mestre em Criminologia, pela Universidade Lusíada – Norte (Porto), Portugal, em 2017. Licenciada em Criminologia, pela Universidade Lusíada do Porto, Portugal, em 2014.
criminologia1993@gmail.com

Andreia de Castro Rodrigues

Doutora em Psicologia, na temática da Psicologia da Justiça, pela Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal, em 2014. Mestre em Psicologia, área de violência, crime e vítimas, pela Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, em 2006. Licenciada em Psicologia, Pré-Especialização em comportamento desviante, pela Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, em 2001. Bolsista de Pós-doutoramento no Centro de Investigação em Psicologia (CIPsi) da Universidade do Minho, Braga. Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, Porto, Portugal.
andreiagtcr@gmail.com

Olga Cunha

Doutora em Psicologia, na especialidade de Psicologia da Justiça, pela Universidade do Minho, Braga. Licenciada e Mestre em Psicologia, na área da Justiça, pela Universidade do Minho, Braga. Professora Auxiliar na Faculdade de Direito e no Instituto de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade Lusíada – Norte (Porto) e investigadora no Centro de Investigação em Psicologia para o Desenvolvimento (CIPD) da mesma instituição. Perita em Psicologia Forense no Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I.P. e na Unidade de Psicologia da Justiça e Comunitária do Serviço de Psicologia da Universidade do Minho.
olgacunha@por.ulusiada.pt

Recebido em: 26.07.2018
Aprovado em: 29.10.2018
Última versão do(a) autor(a): 03.11.2018

Gerardo, Helena; Rodrigues, Andreia de Castro; Cunha, Olga. A perceção de reclusos(as) acerca do papel das atividades durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 152. ano 27. p. 423-463. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo incide sobre a análise das perceções de reclusos(as) em cumprimento de pena de prisão efetiva acerca das atividades existentes nos estabelecimentos prisionais. Este estudo é de cariz qualitativo, tendo sido realizadas um total de 36 (trinta e seis) entrevistas de reclusos(as) (vinte e quatro do sexo masculino), de cinco estabelecimentos prisionais (EP) do distrito judicial do Porto. Os resultados revelam que as perceções quanto à importância da frequência das atividades em âmbito prisional são positivas. Os argumentos para esta perceção relacionam-se com dois aspetos: o impacto das atividades no indivíduo recluído, nomeadamente para a manutenção da sua estabilidade física ou mental; e, ao nível de perspetivas futuras, das quais se destacam a consciencialização dos valores da sociedade e identificação com os mesmos, assim como o desenvolvimento das capacidades laborais e académicas. Por outro lado, a principal crítica às atividades em meio prisional passa pela sua frequente escassez e limitação ao nível do número de reclusos(as) abrangidos(as). Estes dados vêm reforçar a importância das diferentes atividades existentes em meio prisional, demonstrando-se essencial tanto o investimento nesta área, como o desenvolvimento de estudos que deem voz aos principais visados desta temática – os(as) reclusos(as).

Palavras-chave: Estabelecimentos Prisionais – Atividades em meio prisional – Perceções – Recluso(a) – Reinserção Social.

Abstract: The present study analyzes the perceptions of inmates regarding the activities delivered in prison. This study is qualitative, having been carried out a total of 36 interviews with inmates (24 males) from five prisons in the judicial district of Oporto. The results show that the opinions about the importance of attending prison activities are positives. These perceptions are grounded in two aspects: the impact of activities on the inmate, namely in terms of their physical or mental stability; and, as far as the future perspectives, highlighting the awareness of the values of society and identification with them, as well as the development of work and academic skills. On the other hand, the main criticism of prison activities is their scarcity and the limited number of inmates covered by such activities. These data reinforce the importance of the different activities delivered in the prison context. This is essential either in terms of the investment in this field or in the development of studies that give a voice to the inmates.

Keywords: Prisons – Prison activities – Perceptions – Inmate – Social rehabilitation.

Sumário: 1. Introdução. 2. As atividades em meio prisional. 2.1. Ensino/Formação. 2.2. Atividade laboral. 2.3. Atividades ocupacionais. 2.4. Programas de intervenção/reeducação. 3. Método. 3.1. Participantes. 3.2. Procedimentos de recolha de dados. 3.3. Instrumentos. 3.4. Análise de dados. 4. Resultados. 4.1. Atividade Laboral. 4.2. Ensino/formação. 4.3. Atividades ocupacionais. 4.4. Programas de intervenção/reeducação. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os fins das penas no sistema de justiça português estão previstos no artigo 40 do Código Penal, que estabelece que deverão ser prioridade a garantia da

paz social e a defesa da ordem jurídica, bem como a proteção de bens jurídicos associada à reintegração do agente na sociedade. Tal fim é revelador do cariz preventivo em que as penas assentam[1]. Esta natureza preventiva deve assumir uma filosofia penal geral positiva e especial positiva. Ou seja, orientar-se, por um lado, numa prevenção da sociedade, de proteção de bens jurídicos e de reafirmação de valores, e, por outro, na socialização do indivíduo[2]. Assim, a finalidade de reinserção e ressocialização do recluso em que o sistema português se baseia fundamenta-se na ideia anterior de prevenção especial, sendo fundamental para tal ideia, que se criem os mecanismos indispensáveis à não reincidência do indivíduo que comete os crimes[3]. Tais mecanismos deverão passar idealmente por um acompanhamento adequado do indivíduo no decorrer da reclusão que crie condições para a mudança de comportamento, de tal forma que aquele opte por não cometer novamente comportamentos criminosos[4].

A pena privativa de liberdade é, juntamente com a multa, a pena principal do sistema jurídico-penal português, no entanto, tem sido duramente criticada, nomeadamente pela sua ineficácia no que concerne à finalidade de reinserção social e reabilitação a que se propõe. Assim, são recorrentes posições como a de Machado[5] que considera que a prisão, enquanto instituição total[6] é um lugar impróprio para que se consiga algum efeito benéfico ao desenvolvimento ou ressocialização do indivíduo. Esta discussão não se circunscreve, contudo, ao sistema jurídico português. Há também em nível internacional, um movimento que

1. DIAS, José Figueiredo. *Direito penal:* parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.
2. ANTUNES, Maria João. *Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
3. DIAS, José Figueiredo. *Direito penal:* parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.
4. SMITH, Paula et al. *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism*: General effects and individual differences. Ottawa: Solicitor General Canada, 2002.
5. MACHADO, Vítor Gonçalves. O fracasso da pena de prisão: alternativas e soluções. *Panoptica, v.* 4, n.3, p. 108-129, 2009. Semestral.
6. Segundo Goffman (2001), a prisão é uma instituição total: local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos em situação semelhante, separados da sociedade em geral, passam um considerável período de tempo, levando uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões enquadram-se no grupo das instituições totais organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais e bem-estar das pessoas.

critica a pena de prisão por inúmeras razões, tanto de ordem estrutural e política[7], quanto pelo facto de se considerar que esta acaba por tornar a sociedade mais insegura, dado o seu potencial efeito criminógeno e de não redução dos níveis de reincidência[8]. Assim, a literatura existente permite-nos perceber que as penas de prisão não têm um efeito dissuasor específico sobre todos os criminosos, não reduzem a reincidência mais do que qualquer outra sanção não privativa de liberdade e as experiências e vivências de prisão são provavelmente potenciadoras de criminalidade, sendo essencial ter em consideração os indivíduos em concreto[9]. Investigações focadas no sistema de justiça têm concluído que as intervenções com reclusos com fins reabilitativos podem ser eficientes. No entanto, estas não caracterizam a prática prisional comum[10], sendo por isso essencial trabalhar esses tipos de intervenções em meio prisional, como forma de criar princípios base para a sua eficácia e validação[11-12].

Em Portugal, são inexistentes os dados oficiais recentes relativos a taxas de reincidência, datando os últimos de 2003, onde se estimavam valores a rondar os 50%. Algumas investigações recentes de cariz académico apontam para a mesma percentagem[13]. A problemática da reinserção social enquanto preocupação do sistema jurídico e prisional tem-se demonstrado recorrente nos projetos políticos europeus. Contudo, essa preocupação raramente tem em conta a perspetiva do(a) recluso(a). As investigações que têm sido realizadas em Portugal têm

7. HANEY, Craig, et al. The psychological impact of incarceration: Implications for post-prison adjustment. *Prisoners once removed: The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*. Comunicação apresentada na From Prison to Home Conference. Washington, DC: The Urban Institute, 2002.
8. CULLEN, Francis T.; JONSON, Cheryl Lero; NAGIN, Daniel S. Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science. *The Prison Journal*, v. 91, n.3, p. 48S-65S, jul. 2011.
9. Idem.
10. LIPSEY, Mark W.; CULLEN, Francis T. The effectiveness of correctional rehabilitation: A review of systematic reviews. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, v. 3, n. 1, p. 297-320, 2007. Anual.
11. GENDREAU, Paul; SMITH, Paula; FRENCH, Sheila A. The theory of effective correctional intervention: Empirical status and future directions. *Taking stock: The status of criminological theory*, v. 15, p. 419-446, jan. 2006.
12. SMITH, Paula et al. Validating the principles of effective intervention: A systematic review of the contributions of meta-analysis in the field of corrections. *Victims and Offenders*, v. 4, n.2, p. 148-169, fev. 2009.
13. CAMPOS, Sandra Maria Cardita Silveirinha. *Sistemas prisionais europeus*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015.

revelado o desagrado do(a) recluso(a) face à falta de eficácia do sistema, no que concerne à finalidade de reinserção a que as penas de prisão se propõem, nomeadamente por não existir o acompanhamento devido ao longo do decorrer da reclusão[14-15-16-17]. Essa falta de acompanhamento parece dever-se não só a falhas ao nível dos vários estabelecimentos prisionais em específico, como também à inexistência de mecanismos necessários para que se cumpra tal acompanhamento, que provém necessariamente da falta de investimento por parte do sistema, o que vai ao encontro da literatura[18].

Assim, na escassez de respostas por parte do sistema, esta questão parece assentar, em grande parte, na motivação e proatividade para a mudança e alteração de comportamentos dos(as) próprios(as) reclusos(as), e no suporte social disponível. Nesta lógica, os indivíduos mais resistentes à mudança e com poucos recursos pessoais e sociais estariam mais propensos a reincidir em práticas delitivas/criminais, tornando-se o cometimento de crimes um ciclo vicioso[19-20-21]. Esta ideia é sustentada na literatura, onde a desistência do crime e a opção pela não reincidência são referidas como requerendo o envolvimento das famílias, comu-

14. PARENTE, José Sequeira. *O trabalho penitenciário enquanto fator de reinserção social*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006.
15. SAMPAIO, Luís Miguel Calheiros Cruz. *O sentido das prisões:* funções e impactos da reclusão. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2011.
16. SILVA, F. *Discurso de reclusos:* Reincidência, reeducação e perspetivas de integração social. Porto: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2009.
17. SILVA, Cecília Bibiana Martins. *A vida de ex-reclusos, por suas palavras*. Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2012.
18. HANEY, Craig, et al. The psychological impact of incarceration: Implications for post-prison adjustment. *Prisoners once removed: The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*. Comunicação apresentada na From Prison to Home Conference. Washington, DC: The Urban Institute, 2002.
19. COELHO, Donzília Manuela da Silva. *A evolução do quotidiano prisional em Portugal:* O caso da cadeia de Braga. Braga: Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa do centro regional de Braga, 2014.
20. GOMES, Inês Raquel Marques Neto, et al. *Da prisão à liberdade*: reinserção social de ex-reclusos. Lisboa: ISCTE, 2008.
21. GONÇALVES, Sérgio Manuel Calado C. *Ressocialização no meio prisional:* a Divergência entre o Discurso Político e a Prática Institucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014.

nidades, sociedade civil e o próprio Estado, aliados a um programa eficiente de intervenção reabilitativa e de reinserção social intra e extramuros[22]. Só assim o processo de reabilitação seria completo e eficaz, abarcando todas as suas vertentes, designadamente judicial, social, psicológica e moral.

O presente estudo tem como principal objetivo aferir as perceções de reclusos(as) acerca das atividades disponibilizadas pelo Sistema Prisional, e mais especificamente pelos estabelecimentos prisionais em que se encontram, como forma de refletir acerca da sua importância nas suas várias vertentes.

2. As atividades em meio prisional

A participação em atividades em meio prisional é reconhecida, tanto na literatura internacional, quanto nacional, como benéfica ao indivíduo sob vários pontos de vista, especificamente ao nível da reinserção social[23]. A frequência em atividades desenvolvidas nos EP´s promove o desenvolvimento e aquisição de competências, aliada ao facto de haver uma menor tendência a que os indivíduos que frequentam atividades sejam alvo do estereótipo associado à reclusão, quando em liberdade.[24]

As atividades em meio prisional podem dividir-se em quatro grupos: atividades laborais; escola e formação profissional; ocupações de lazer; e os programas de reeducação/intervenção.

2.1. Ensino/Formação

A educação enquanto direito universal deverá satisfazer as necessidades do indivíduo, mediante as possibilidades de cada EP e as carências dos reclusos, dotando-os de competências sociais básicas tanto na situação atual, quanto no futuro. Esta ocupação divide-se em duas vertentes fundamentais: o ensino e a formação profissional.

22. FARRALL, Stephen, et al. *Criminal careers in transition:* The social context of desistance from crime. Oxford: Oxford University Press, 2014.

23. BROSENS, Dorien, et al. Participation in prison activities: An analysis of the determinants of participation. *European journal on Criminal policy and research*, v. 22, n. 4, p.669-687, oct. 2016. Trimestral.

24. SILVA, Cecília Bibiana Martins. *A vida de ex-reclusos, por suas palavras*. Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2012.

Estes tipos de atividades revestem-se de extrema importância no processo de reinserção social do recluso[25-26]. Os estudos portugueses apontam especificamente para dois vetores desta importância, designadamente o de promover competências técnicas, pessoais e sociais no indivíduo, aumentando a sua satisfação pessoal e autoestima[27], e, adicionalmente, funcionar como mecanismo de mudanças positivas no futuro. Neste cenário, as finalidades de reinserção social e diminuição de reincidência[28] devem assumir-se como as grandes finalidades deste tipo de atividades, relegando a mera ocupação de tempo do recluso para segundo plano[29]. É neste sentido que o observatório do emprego e formação profissional, em 1999[30], considera que será útil que o tempo de reclusão seja utilizado para a alfabetização ou aquisição de diplomas.

Apesar dos efeitos potencialmente positivos na aplicação desta atividade em meio prisional, existem também algumas debilidades. Entre estas se destacam o facto de o ensino ser muitas vezes encarado unicamente como uma forma de ocupar o tempo (o que faz com que os indivíduos nem sempre se dediquem e concentrem em bons resultados), assim como o facto de as formações profissionais não acompanharem as necessidades atuais do mercado de trabalho[31]. Outra possível fragilidade apontada relaciona-se com a situação de os reclusos participarem nas modalidades de formação profissional com uma função meramente utilitarista, devido a uma possível remuneração ou maior facilidade na concessão de medidas de flexibilização da pena[32].

25. LAWRENCE, Sarah, et al. *The Practice and Promise of Prison Programming*. Washington, DC: Urban Institute Press, 2002.
26. VACCA, James S. Educated prisoners are less likely to return to prison. *Journal of Correctional Education*, p. 297-305, 2004.Trimestral.
27. DOMINGOS, Ana Rita Mendes. *Na 'prisão' da droga:* para uma intervenção juspsicológica. Lisboa: Faculdade de Psicologia da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2010.
28. Os reclusos de escolaridade baixa, ou que nunca frequentaram as modalidades de ensino na prisão, ao longo do cumprimento da pena são três vezes mais suscetíveis de vir no futuro a serem novamente condenados (Clark, 2001 como citado em Gomes et al., 2004).
29. RODRIGUES, Ana Cristina Martins. *Fatores e desafios dos programas de empregabilidade para reclusos* – o caso do estabelecimento prisional de Sintra. Lisboa: ISCTE, 2013.
30. Idem.
31. GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; ALMEIDA, Jorge. Crimes, penas e reinserção social: Um olhar sobre o caso português. In: *Actas dos ateliers do Vº Congresso Português de Sociologia Sociedades Contemporâneas:* Reflexividade e Acção, 2004. Anual
32. SANTOS, Boaventura Sousa, et al. *A reinserção social dos reclusos*. Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Português. Centro de Estudos Sociais, 2003.

2.2. Atividade laboral

As atividades laborais são apresentadas pela Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) como atividades fulcrais à reabilitação do indivíduo, aliada à desejável reinserção social. Esta ocupação poderá impactar o indivíduo em vários níveis, que podem ir muito além da mera ocupação do tempo. No âmbito pessoal, destacam-se questões como a autovalorização e o consequente aumento de autoestima. No nível profissional, a criação ou manutenção de rotinas permite ao recluso focar-se e evoluir numa determinada área profissional, possibilitando a aquisição de competências ou o aumento das mesmas, bem como a criação e manutenção de relações laborais[33]. Todas estas questões individuais poderão ter um efeito positivo a longo prazo, nomeadamente ao nível social e de reinserção, uma vez que *a priori* criam no recluso uma percepção de autorrealização e de utilidade para com a sociedade[34].

O trabalho desenvolvido nas prisões pode assumir duas modalidades mediante acordos/protocolos entre os EP´s e outras entidades, designadamente o trabalho desenvolvido dentro do próprio estabelecimento ou fora do mesmo. No primeiro caso, o tipo de trabalho oferecido aos reclusos é pouco especializado e destina-se, regra geral, à manutenção do próprio EP[35]. Já o trabalho desenvolvido no exterior dos EP´s é por norma, mais especializado e é levado a cabo por reclusos que usufruem de regime aberto voltado para o exterior.

Relativamente à remuneração, está estipulado que o recluso trabalhador deve ser remunerado de forma correspondente à "atividade produtiva realizada", o que se traduz numa quantia entre os 60 € (sessenta euros) e os 100 € (cem euros) por mês[36]. Já a remuneração atribuída aos reclusos que se encontrem em regime aberto voltado para o exterior fixa-se no pagamento de um subsídio de valor igual ao salário mínimo nacional.

A literatura relativa às atividades laborais em contexto prisional é divergente; não tanto no que concerne à sua utilidade, mas mais no que alude à sua finalidade. Ainda que segundo vários autores o trabalho penitenciário seja pensado

33. SOLOMON, Amy L. et al. *From prison to work:* The employment dimensions of prisoner reentry. Washinton DC: Urban Institute Publications, 2004.

34. Idem.

35. Salvo o desenvolvido por indivíduos que usufruem de regime aberto voltado para o interior, que trabalham para outras entidades, mas em espaços próprios dentro da prisão.

36. DORES, António Pedro, et al. Prison conditions in Portugal. *Monografia*. Lisboa: ISCTE, 2013.

tendo na base o princípio da reinserção social do indivíduo, para outros este é útil numa vertente meramente ocupacional, ou seja, de ocupação do tempo de reclusão. Por exemplo, os trabalhos de Chauvenet e Orlic[37] e Parente[38] revelaram que o trabalho penitenciário é pensado numa ótica de ocupação do tempo e consequente manutenção de disciplina, o que resulta numa desqualificação profissional. Dessa feita, as atividades laborais oferecidas acabam por não ser pensadas enquanto mecanismo de auxílio ao futuro do recluso, casos de trabalho no exterior, onde o funcionamento já é mais próximo e conforme a realidade exterior. Ainda assim, para Parente[39], com estas atividades acabam por obterem-se efeitos positivos, como a ocupação em tarefas úteis, diminuição de estresse e aumento de autoestima, uma vez que existe uma maior liberdade de movimentos e é um elemento facilitador na concessão de medidas de flexibilização.

Há ainda autores que consideram o trabalho em meio prisional um mecanismo essencial para o futuro do recluso, na medida em que permite primeiramente lidar melhor com problemas do dia-a-dia, inerentes à situação da reclusão (como estados depressivos e ansiedade), ocupação do tempo de forma útil, e aumento de autoestima. Para mais, permite criar ou manter hábitos de trabalho e regras sociais e laborais básicas, servindo assim de âncora para a reinserção social do recluso, dados os seus benefícios individuais e sociais[40]. A criação destes hábitos reveste-se de particular importância para aqueles que nunca haviam trabalhado na fase anterior à reclusão[41]. Para além destas questões, também o facto de esta ser uma atividade remunerada parece ser benéfica, uma vez o trabalho penitenciário remunerado, face às atividades não remuneradas, pode contribuir para uma diminuição das taxas de reincidência.[42]

37. CHAUVENET, Antoinette; ORLIC, Françoise. Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison. *Déviance et société*, v. 26, n. 4, p. 443-46, abr. 2002. Trimestral.
38. PARENTE, José Sequeira. *O trabalho penitenciário enquanto fator de reinserção social*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006.
39. Idem.
40. DOMINGOS, Ana Rita Mendes. *Na 'prisão'da droga:* para uma intervenção juspsicológica. Lisboa: Faculdade de Psicologia da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2010.
41. MOKI, M. P. *Representações sociais do trabalho carcerário feminino*. São Paulo: Universidade Federal de São Carlos, 2005.
42. MARIÑO, Fandino; MARIO, Juan. Análise comparativa dos efeitos da base socioeconômica, dos tipos de crime e das condições de prisão na reincidência criminal. *Sociologias*. Porto Alegre. v. 4, n. 8, p. 220-244, 2002. Quadrimestral.

Apesar das mais valias que esta atividade parece assumir, existem também algumas críticas a apontar quanto à forma como esta atividade parece desenvolver-se. Sendo exemplo disso o caso de a oferta de trabalho divergir consideravelmente entre estabelecimentos, ou ainda de nem sempre se privilegiarem as competências mais procuradas no mercado de trabalho atual[43].

2.3. Atividades ocupacionais

As atividades de lazer têm vindo a assumir-se como uma preocupação crescente por parte da DGRSP, permitindo a participação e colaboração com a comunidade exterior, promovendo de alguma forma a reinserção social. As ocupações enquadram-se em duas grandes áreas: animação sociocultural (proporciona o desenvolvimento de valores sociais, éticos, estéticos e humanistas) e desporto (elemento de alívio de estresse e promoção de um estilo de vida saudável).

Ainda que não exista muita bibliografia específica sobre as atividades de lazer em meio prisional, foi possível encontrar algumas investigações acerca de vários tipos de atividades específicas aí desenvolvidas, onde de uma forma geral são vistas como indispensáveis ao recluso e um mecanismo importante na sua reinserção social. Estes tipos de atividades proporcionam ocupação de tempos livres, contribuindo para a sua formação pessoal, possibilitando que os indivíduos adquiram competências de facilitação na reintegração social[44].

Neste sentido, a prática de desporto, por exemplo, torna-se essencial à rotina do recluso, permitindo-lhes o acesso à experiências significativas a nível social, físico e psicossocial e a expressão de questões específicas da sua identidade, num contexto em que o exercício de autonomia está comprometido[45].

Também o teatro em meio prisional demonstra resultados positivos, já que proporciona ao indivíduo uma maior flexibilidade nos processos de institucio-

43. GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; ALMEIDA, Jorge. Crimes, penas e reinserção social: Um olhar sobre o caso português. In: *Actas dos ateliers do Vº Congresso Português de Sociologia Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção*, 2004.

44. COELHO, Donzília Manuela Da Silva. *A evolução do quotidiano prisional em Portugal:* O caso da cadeia de Braga. Braga: Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa do centro regional de Braga, 2014. Quadrimestral.

45. NORMAN, Mark. Sport in the underlife of a total institution: Social control and resistance in Canadian prisons. *International review for the sociology of sport*, v. 52, n. 5, p. 598-614, 2017. Bimestral.

nalização, tornando-se assim uma ferramenta de formação humana capaz de gerar mudanças de atitude e de postura face à vida[46].

No que respeita à leitura em meio prisional, esta parece auxiliar na diminuição da ociosidade e efeitos negativos a ela inerentes, dando-se oportunidade ao recluso leitor de construir pensamentos que antevejam uma melhor convivência com a sociedade, questão que consequentemente torna esta tarefa uma ferramenta eficaz na reinserção social[47]. A participação nestas atividades parece assim ser um mecanismo importante de suporte da reclusão e consequente auxílio à reinserção social, o que influenciará os níveis de reincidência.

De facto, os dados relativos à frequência de atividades religiosas revelam que um maior nível de participação de reclusos em atividades religiosas parece refletir-se em taxas inferiores de reincidência, quando comparado com indivíduos que não frequentaram tais atividades[48].

2.4. Programas de intervenção/reeducação

Finalmente, à semelhança das anteriores ocupações, também a promoção de programas é planeada com as finalidades de ocupação do tempo de reclusão, contexto de trabalho de necessidades específicas da população prisional, e, em última instância, auxílio na reabilitação e reinserção social.

A importância do tratamento reabilitativo, defendida por autores como Andrews e Bonta[49], abre espaço à reflexão acerca da eficácia das intervenções em meio prisional. Lipsey e Cullen[50], numa revisão sistemática de meta-análises sobre a eficácia das intervenções do sistema de justiça, concluíram que os tratamentos de reabilitação prisional, tendo demonstrado uma moderada eficácia,

46. BONINI, Natália, et al. Memórias dos participantes do projeto Teatro nas Prisões. *Boletim de Iniciação Científica em Psicologia*, v. 7, n. 1, p. 123-158. 2006. Anual.
47. DE MOURA, Cleberson Cordeiro; DE ARAÚJO, Francisco Augusto Cruz. *O ócio criativo:* A importância da leitura como estratégia de sobrevivência no espaço prisional. II Congresso Nacional de Educação, 2015.
48. JOHNSON, Byron R.; LARSON, David B.; PITTS, Timothy C. Religious programs, institutional adjustment, and recidivism among former inmates in prison fellowship programs. *Justice Quarterly*, v.14, n. 1, p. 145-166, 1997. Trimestral.
49. ANDREWS, Donald Arthur; BONTA, James. *The psychology of criminal conduct*. Londres: Routledge, 2014.
50. LIPSEY, Mark W.; CULLEN, Francis T. The effectiveness of correctional rehabilitation: A review of systematic reviews. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, v. 3, p. 297-320, 2007. Anual.

não caracterizavam a prática prisional comum. No sentido de suprir estas dificuldades, Gendreau et al.[51] e Smith et al.[52] desenvolveram investigações que abordam os princípios base para intervenções prisionais eficazes e respetiva validação, destacando a importância de se implementar avaliações aos reclusos que permitam correlacionar as suas mudanças com a reincidência pós-liberdade[53].

A frequência de programas que visem a reinserção social oferece efeitos positivos, pois estimula o recluso à mudança, através dos momentos de reflexão e da aprendizagem que proporcionam[54]. Nos programas desenvolvidos em âmbito prisional, têm-se tentado incluir várias áreas de intervenção, no sentido de dota-los de uma maior eficácia, de que são exemplos: o desenvolvimento de competências pessoais e sociais, a resolução de problemas, a alteração de crenças ou responsabilização pelos atos praticados[55].

No que concerne à problemática da toxicodependência, verificou-se que a reinserção social é muitas vezes impulsionada pela superação de problemas que estiveram na génese da reclusão, como a toxicodependência, e que tendo sido resolvidos muitas vezes por intermédio de programas de âmbito prisional – levam ao restabelecimento da vida do indivíduo[56]. A intervenção psicológica, junto de toxicodependentes tem sido, de facto, defendida como forma de diminuir tanto os consumos em meio prisional (ou até mesmo levar ao seu término), como as

51. GENDREAU, Paul; SMITH, Paula; FRENCH, Sheila A. The theory of effective correctional intervention: Empirical status and future directions. *Taking stock: The status of criminological theory*, v. 15, p. 419-446, jan. 2006.

52. SMITH, Paula et al. Validating the principles of effective intervention: A systematic review of the contributions of meta-analysis in the field of corrections. *Victims and Offenders*, v. 4, n.2, p. 148-169, fev. 2009.

53. SMITH, Paula et al. *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism:* General effects and individual differences. Ottawa: Solicitor General Canada, 2002.

54. VACHERET, Marion; COUSINEAU, Marie-Marthe. Quelques éléments de compréhension des libérations d'office réussies. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, v. 45, n. 1, p. 99-124, 2003.

55. JIMÉNEZ, Moreno. Psychosocial intervention with drug addicts in prison: Description and results of a programme. *Psychology, in Spain*, v. 4, n. 1, p. 64-74, 2000. Anual,

56. OTERO, Marceloet al. Sortir et s' en sortir: la montée de la norme d'autonomie dans les trajectoires de retour à la communauté des "ex-détenus". *Poupart, J.(Éd.), Au-delà du système pénal: l'intégration sociale et professionnelle des groupes judiciarisées et marginalisés, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, coll. Problèmes sociaux et intervention sociale*, p. 61-82. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2004.

transgressões associadas aos mesmos, contribuindo desse modo para a diminuição da reincidência criminal[57].

Em nível nacional destacamos a pesquisa desenvolvida por Fernandes e Silva[58], acerca das terapias de substituição opiácea no sistema prisional português, e cujas conclusões foram as de que os efeitos são positivos de um modo geral, tanto em nível individual (saúde, profissional, familiar) quanto social e de interação com os outros. Já no âmbito de programas pós-reclusão, destacamos o Programa *Challenge to Change*, onde se concluiu que os seus participantes apresentam taxas muitos baixas de reincidência[59].

No contexto português, os programas desenvolvidos em âmbito prisional são divididos em vários grupos: programas a aplicar na fase inicial da pena; programas dirigidos a temáticas transversais; programas dirigidos a problemáticas específicas e finalmente, programas de aplicação em fase final da pena.

3. Método

3.1. Participantes

A seleção da amostra e recolha de dados foi realizada em cinco estabelecimentos prisionais do distrito judicial do Porto escolhidos essencialmente em razão da proximidade geográfica. Trata-se de uma amostra de conveniência, cujo critério de inclusão comum seria o facto de todos os participantes estarem a cumprir uma condenação de pena de prisão efetiva.

A amostra final foi constituída por um total de 36, 24 do sexo masculino e 12 do sexo feminino, cuja média de idades é de 41,06 anos, tendo o indivíduo mais velho 68 e o mais novo 20 anos de idade. A maior parte dos participantes eram casados ou viviam em união de facto (n =14), possuíam habilitações literárias iguais ou inferiores ao 3º ciclo (i.e., até 09 anos de escolaridade) (n = 24) e encontravam-se empregados no período anterior à reclusão (n = 20) (cf. Tabela 1).

57. HOUGH, Michael. *Drugs misuse and the criminal justice system: A review of the literature*. Londres: Home Office, 1996.

58. FERNANDES, José Luís; DO ROSÁRIO SILVA, Maria. *O que a droga fez à prisão: um percurso a partir das terapias de substituição opiácea*. Lisboa: Instituto da Droga e da Toxicodependência, 2009.

59. ELLIS, Tom & SHALEV. *An evaluation of the effectiveness of the Kainos Community 'Challenge to Change' programme in English prisons*. Portsmouth: University of Portsmouth, Institute of Criminal Justice Studies, 2008.

Relativamente à situação prisional, 22 eram primários e 14 reincidentes. Os indivíduos encontravam-se recluídos por crimes contra o património (n = 16; 44.4%), seguidos dos crimes contra as pessoas (n = 11; 30.6%), e dos crimes de tráfico de estupefacientes (n = 6; 16.7%). A maioria dos indivíduos encontra-se a cumprir pena há menos de 05 anos (n = 21) e com penas de prisão entre 5 a 10 anos (n = 15) (cf. Tabela 1).

No que respeita à frequência de atividades em meio prisional, 23 reclusos frequentavam atividades laborais à data do estudo e três já haviam frequentado anteriormente; quatro encontravam-se a estudar, e sete já o haviam feito; 20 frequentavam atividades de lazer; e sete frequentavam algum programa de reeducação/intervenção, enquanto que 10 já haviam terminado algum programa desse tipo.

Tabela 1 – Dados Sociodemográficos e Jurídico-penais[60]

Variável			N
Dados sociodemográficos	Estado Civil	Solteiros	11
		Divorciados	10
		Unidos de Facto	08
		Casados	06
	Habilitações Literárias	Sem Habilitações	01
		1º Ciclo	04
		2º Ciclo	09
		3º Ciclo	10
		Secundário	11
		Licenciatura	01
	Situação Laboral	Empregado	20
		Desempregado	15
		Reformado	01

60. *Fonte*: elaborada pelas autoras.

Variável			N
Dados jurídico-penais	Situação Prisional	Primários	22
		Reincidentes	14
	Medida da Pena	Menos de 05 anos	06
		Entre 05 e 10 anos	15
		Entre 11 e 15 anos	05
		Mais de 16 anos	10
	Tempo de reclusão	Menos de 05 anos	21
		Entre 05 e 10 anos	12
		Entre 11 e 15 anos	03
	Tipologia Criminal	Contra o património	16
		Contra pessoas	11
		Tráfico de estupefacientes	06
		Incumprimento de regras judiciais	03
	Infrações	Tem	18
		Não tem	18

3.2. Procedimentos de recolha de dados

Num primeiro momento, foi solicitada autorização junto da Direção Geral de Reinserção e dos Serviços Prisionais (DGRSP) para a implementação do estudo. Concedida a autorização, foram contactados os diretores dos respetivos EP's, de forma faseada, para que houvesse uma boa gestão do tempo em cada EP. Seguidamente foram solicitadas as listagens de reclusos(as) que poderiam participar na investigação (excluindo-se pessoas em prisão preventiva).

Posteriormente seguiu-se o contacto direto com os(as) reclusos(as), onde foi solicitada autorização para consultar os seus processos individuais, e para a realização de entrevista audio-gravada, através da assinatura de um consentimento informado. Este documento explicava os objetivos do estudo e ainda as dinâmicas que este iria seguir, assim como o facto de se tratar de uma participação de caráter voluntário e confidencial, com possibilidade de desistência a qualquer momento.

A recolha de dados foi realizada em duas etapas distintas, para tornar mais eficaz a triangulação de dados e respetiva análise. Assim, numa primeira fase procedeu-se à consulta de processos individuais para preencher o questionário sociodemográfico e jurídico-penal, informação que complementava a fase seguinte da realização da entrevista individual semiestruturada.

3.3. Instrumentos

Para a recolha de dados recorreu-se primeiramente ao preenchimento de um inquérito por questionário, seguido da realização de uma entrevista individual.

Relativamente ao inquérito por questionário, aquele ambicionou a recolha de informação acerca da amostra, em nível sociodemográfico (e.g., género, idade, escolaridade, estado civil e situação laboral) e jurídico-penal (e.g., situação penal, medida da pena, tempo de reclusão, tipologia criminal e infrações), tendo sido composto por perguntas tanto de cariz fechado.

No que diz respeito à entrevista , importa referir que a escolha por este instrumento teve na base o facto de aqui se pretenderem explorar opiniões e representações, que pressupõem uma certa flexibilidade[61]. Assim, optou-se pela elaboração de uma entrevista semiestruturada, baseada num guião, que possibilitou tanto ao entrevistado, como ao entrevistador a liberdade de expressão adequadas, levando a que o último pudesse seguir um conjunto de questões previamente definidas e o primeiro exprimisse as suas opiniões de forma flexível. O guião da entrevista dividiu-se em três partes fundamentais: (a) Momento pré-detenção; (b) Momento de Detenção e Reclusão; (c) Momento pós-Reclusão.

A duração média da entrevista e do respetivo preenchimento do questionário foi de 1 hora.

3.4. Análise de dados

A análise dos dados orientou-se pela análise temática com vista a identificar os temas de destaque nos discursos dos(as) reclusos(as). Procedeu-se a um processo de codificação de natureza indutiva, uma vez que os temas identificados se

61. BONI, Valdete; QUARESMA, Sílvia Jurema. Aprendendo a entrevistar: como fazer entrevistas em ciências sociais. *Em Tese*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 68-80, jan. 2005. Quadrimestral.

encontravam fortemente ligados aos dados, e não a um quadro de codificação pré-existente[62]. A unidade de registo utilizada foi a frase.

O processo de organização, codificação e interpretação dos dados foi feito manualmente. Os temas não foram mutuamente exclusivos, como forma de tornar a codificação o mais inclusiva possível[63], uma vez que nesta lógica, uma mesma frase poderá inserir-se em mais do que um código, se o seu conteúdo comportar várias ideias pertinentes à investigação.

A análise dos dados foi realizada de forma faseada e progressiva, respeitando aquelas que são as orientações dadas por Braun e Clarke[64].

4. Resultados

As atividades colocadas ao dispor do(a) recluso(a) dentro dos estabelecimentos prisionais foram abordadas pela generalidade dos(as) entrevistados(as) enquanto suporte importante à reclusão, questão aliás afirmada por grande parte da literatura.

Antes de se descreverem os dados relativos a cada tipo de atividade em específico deverão ressalvar-se alguns aspetos referidos pelos(as) participantes relativos às atividades no geral. Assim, a maioria dos(as) participantes (83.3%) referiu que o geral das atividades existentes ao seu dispor são relevantes, na medida em que lhes permite a abstração da situação de reclusão.

> Aqui dentro trabalho, pratico desporto, ocupo assim o meu tempo, sou selecionador da seleção de futebol aqui e estas atividades são muito importantes, porque nos libertam de tudo, esquecemos que estamos aqui [...] e assim passamos o tempo, vamos trabalhar, depois vamos fazer desporto e não estamos o tempo todo na cela a pensar nos problemas.

Outra questão que leva à relevância das atividades materializa-se no facto de muitos dos(as) participantes referenciarem a sua utilidade enquanto mecanismo de fuga ao estresse (55.6%), onde aqueles (as conseguem alcançar um certo

62. BRAUN, Virginia; CLARKE, Victoria. Using thematic analysis in psychology. *Qualitative research in psychology*, v.3, n.2, p. 77-101, 2006. Trimestral.

63. JORGE, Micaela. *Vitimação múltipla e condições de vida opressivas:* um estudo de caso qualitativo com mulheres vítimas. Maia: Instituto Universitário da Maia, 2014.

64. BRAUN, Virginia; CLARKE, Victoria. Using thematic analysis in psychology. *Qualitative research in psychology*, v.3, n.2, p. 77-101, 2006. Trimestral.

equilíbrio físico e psicológico, não alcançável para os indivíduos que não mantêm qualquer ocupação.

> […] então sinto que assim ocupada é tempo que não penso em coisas más e depois vou para a cela cansada e mais calma, mais relaxada, tomo um duche e depois vejo um pouco de televisão e durmo menos stressada, é mais fácil passar o tempo assim, muito mais.

Não obstante à relevância das atividades, também de se mencionar o facto de vinte e um participantes (58.3%) considerarem que o sistema prisional desenvolve poucas atividades pensadas na reeducação e motivação para a mudança, bem como de preparação para o exterior.

> Até agora a prisão não me está a disponibilizar os meios necessários para a mudança nem a ninguém, aqui depende tudo mais de nós próprios, porque devíamos ter atividades que dessem um apoio mais constante, o Estado devia dar isso e não há nada disso.
>
> Deveria haver alguma coisa que nos preparasse para a saída e para as precárias, onde nos dessem um apoio para que soubéssemos enfrentar a sociedade, porque não estamos preparadas, eu tinha medo das pessoas [...] é mesmo muito difícil.

Por fim, ainda no âmbito geral, a opinião relativa ao esforço desenvolvido pelos EP´s em específico no atinente às atividades, é maioritariamente positiva (63.9%), sendo que as principais críticas parecem dever-se a questões de nível estrutural e geral (61.1%), de que são exemplo a falta de verbas disponibilizada aos EP´s para o desenvolvimento de atividades (36.1%), a sobrelotação (8.3%), a existência de poucos técnicos e educadores (47.2%), ou ainda a despreocupação com a formação ou atualização da mesma (30.6%), tanto das direções, quanto de membros do *staff* ao nível da reintegração/reinserção social.

> Mas para um EP com sobrelotação extrema é natural que não tenhamos tantas atividades quanto gostaríamos e compreendo que não é fácil ter essas atividades, agora que deveriam existir deviam [...] às vezes no trabalho noto que até há a vontade de implementar certas atividades, mas não há verbas, não há espaço, não é humanamente possível. O sistema dá-nos zero e preocupa-se zero, porque aqui para os técnicos é humanamente impossível fazer esse trabalho, não há espaço, não há pessoal [...] mas estas decisões partem lá de cima em conivência com direções que não têm formação para perceber qual o caminho que deve ser tomado, porque estão aqui para coordenar números e não percebem patavina de reintegração [...]

Tabela 2 – Opinião acerca das atividades no geral[65]

Opinião acerca das atividades no geral		N
Positivas	Esforço dos EP´s	23
	Abstração da situação de reclusão	30
	Fuga ao estresse	20
Negativas	Pouca ênfase na reeducação e motivação para a mudança, e na preparação para o exterior	21
	Críticas ao sistema	22
	Falta de verbas disponibilizadas aos EP´s para o desenvolvimento de atividades	13
	Sobrelotação	3
	Poucos técnicos e educadores	17
	Despreocupação com a formação ou atualização da mesma	11

4.1. Atividade Laboral

Especificamente no nível laboral parece clara a importância que os(as) reclusos(as) conferem aos impedimentos[66] (83%), nomeadamente ao nível da criação e manutenção de rotinas (40%), sendo esta questão, sobretudo, mencionada por indivíduos que nunca haviam trabalhado ou estavam desempregados no momento da detenção, pois, na sua perspetiva, permite-lhes que quando saiam estejam mais preparados para a vida laboral, ajudando-os dessa forma na obtenção de emprego no futuro.

> […] aqui dentro sempre trabalhei desde que estou preso e gostei muito, não tenho qualquer problema em trabalhar porque agora tenho outro pensar e ajuda-me a passar o nosso dia a dia, a modelar o nosso comportamento e a preparar um pouco as rotinas e até em termos de formação depois lá para fora, no meu caso como nunca tinha trabalhado ganhei aqui toda a experiência que tenho que é alguma [...]

Não obstante a estas questões, a opinião mais vezes referenciada dentro daqueles(as) que conferiram importância à atividade laboral de âmbito prisional

65. *Fonte*: elaborada pelas autoras.

66. Designação conferida aos postos de trabalho em seio prisional.

foi a de lhe atribuírem principalmente um sentido ocupacional, ou seja, de preenchimento do tempo de reclusão[67] (60%).

> A nível profissional penso que a ocupação me realiza mais a nível pessoal, no sentido em que me mantém ocupado, do que propriamente para obter daí mais algum tipo de resultado futuramente, que admito que possa trazer, mas não é nisso que me foco atualmente.

Deverá ainda ressalvar-se que existe uma percentagem de indivíduos que não querem trabalhar (14%), ou por não concordarem com a forma como o sistema aborda este tipo de atividades ou porque preferem dedicar-se a outras atividades. Estes casos são normalmente justificados pelos(as) reclusos(as) como um sentimento de revolta face ao sistema, nomeadamente ao nível da atribuição discriminatória de postos de trabalho, fracas remunerações ou com o facto de nada auxiliarem na concessão de medidas de flexibilização.

> Em termos de atividades não faço nada, [...] não me dão oportunidades, nunca me arranjaram nada a mim, o meu filho está comigo na camarata e eu forço-o a ir à escola, a aproveitar o tempo, mas o que é que isso adianta? Ele leva os cortes das precárias na mesma [...]

Ainda que se verifiquem casos em que os(as) participantes não consideram o trabalho enquanto atividade relevante, nomeadamente para a atribuição de saídas jurisdicionais, na generalidade dos indivíduos que se encontram a trabalhar no EP (no momento da recolha dos dados, vinte e três indivíduos trabalhavam), percebe-se a importância desta atividade nesse sentido. Esta atividade passa, assim, a ter também um sentido utilitarista, justificado pelos indivíduos numa maior facilidade de obtenção de medidas de flexibilização, minimização de castigos e consequente possibilidade de saída em liberdade mais rápida.

> O meu objetivo começou a ser trabalhado desde o momento em que vim preso, porque muitos que andam ai é asneira atrás de asneira, e depois quando é para meter precárias é que começam a portar-se bem, a pedir trabalho, a querer participar [...] mas muitos queixam-se e não fazem nada para lutar pelas regalias que se pode ter, não podemos estar a espera que nos deem as coisas de bandeja, tudo depende de nós e as coisas são-nos dadas, mediante o nosso envolvimento e comportamento.

67. Ainda que em alguns casos a possam considerar útil cumulativamente sobre outros pontos de vista, como, por exemplo, enquanto mecanismo de auxílio à obtenção de emprego, ou criação de rotinas.

Analisando a questão laboral de forma um pouco mais profunda, e debruçando-nos primeiramente na análise por sexo dos(as) participantes, a grande crítica negativa, para o sexo feminino, está nas parcas remunerações que se praticam. Nas suas palavras, estas remunerações tornam as atividades laborais num negócio (83.3%), uma vez que os bens de consumo comportam preços irrealistas face ao valor que lhes é pago. Esta situação leva a que elas se vejam, de certa forma, "forçadas a trabalhar", devido às dificuldades económicas, mesmo em casos em que estas dariam primazia, *a priori*, à outras atividades como a escola, por exemplo.

Prevalece, assim, a utilidade financeira desta atividade em metade das participantes do sexo feminino: "A remuneração é péssima [...] fico com trinta euros para gastar, isto é um negócio, obrigam-nos a trabalhar quase de borla, é assim não obrigam a trabalhar, mas nós temos de trabalhar e pagam muito mal."

Já para os homens, o principal problema reflete-se no facto de haver poucas oportunidades de trabalho (33,3%), bem como na perceção de existência de alguma desigualdade no âmbito da concessão de impedimentos (20,8%), levando muitos reclusos a ter longos períodos de espera para a sua colocação em determinado impedimento, enquanto outros o conseguem com mais facilidade.

> Em termos de ocupação laboral é que acho que há muito pouco trabalho aqui e são muitos presos por isso é que há pouca ocupação [...].
>
> [...] mal entrei para aqui pedi trabalho, mas não vale a pena, é por causa disso que há muito racismo, porque depois de mim já entraram centenas que estão a trabalhar, há muito racismo, nunca me deram trabalho e agora se me derem já não quero, ao fim de tanto tempo a gozarem comigo, já não quero nada.

Por fim, em ambos os casos surgiram críticas relativas ao facto de não se aproveitar a mão de obra reclusa para trabalhos no exterior (41,7%), como limpezas de matas por exemplo, ou ainda a escassez de acordos entre os estabelecimentos prisionais e empresas externas, que permitam a criação de mais postos de trabalho em regime aberto.

Esta questão, é na opinião dos reclusos, imprescindível para o auxílio à reinserção social (80,6%), pois aproxima-os da realidade exterior, tanto através de um possível contacto com pessoas extramuros e da criação de rotinas próximas das que ocorrem em liberdade, quanto através do pagamento de remunerações semelhantes àquelas que se praticam cá fora. Para , além disto, estes postos de trabalho funcionam como uma espécie de mecanismo de confiança do sistema nos(as) reclusos(as), aproximando-o(a) mais da fase posterior de liberdade.

> Estou em regime aberto e é muito importante, para nos preparar para a reinserção, pelo menos para mim é [...] porque um dia que trabalhe lá fora vai ser útil, porque é muito próximo da realidade e já saberei o que fazer e como fazer[...] O que me foi mais útil foi quando trabalhei na base aérea, porque lá ganhava bem, ganhava o ordenado mínimo e ajudava a família.

Ao observarmos os dados relativos a primários e reincidentes, apuramos que os indivíduos primários tendem a valorizar mais a atividade de trabalho, nomeadamente enquanto aprendizagem.

> A nível de trabalho, tenho sempre, porque percebo de mecânica, tenho instalações, o meu pai é estofador e tem oficina, tenho pessoal que me conhece, sabe que sempre trabalhei e bem e me dão trabalho, por isso é que isso não me assusta, porque o trabalho é importante, seja o que for, eu faço tudo, até aqui não me custaria ser faxina e varrer, nasci com duas mãos e duas pernas e estou pronto para trabalhar em qualquer coisa.
>
> Estes empregos aqui não têm qualquer utilidade lá para fora, são úteis para juntarmos o nosso dinheirinho e para nos manter ocupadas, agora depois lá fora ninguém quer saber se tenho experiência daqui ou não, como disse ninguém nos quer se já tivermos estado presas, esta experiência daqui não conta para nada, porque eu pensava já da primeira vez que ia ser fácil arranjar trabalho, porque tinha ganho experiência, mas nesse aspeto é tudo uma ilusão, não abre portas nenhumas, eu aqui sou costureira, faço sacos para cadáveres [...] e para é que isto vai servir lá para fora? Para nada.

Numa análise tendo como base as tipologias criminais, é importante destacar que os indivíduos que cumprem penas por crimes contra as pessoas, referenciam mais vezes as experiências laborais enquanto aprendizagens importantes para a obtenção de empregos no futuro, enquanto que nas restantes categorias surge a ideia da importância do trabalho, mas mais numa vertente meramente ocupacional e de manutenção de rotinas.

Estas questões permitem-nos questionar se a cadeia terá efetivamente um impacto direto no nível laboral para a reinserção do(a) recluso(a), ou por outro lado se são as experiências anteriores que justificam a atual posição do indivíduo face a esta dimensão.

Ainda relativamente à relação desta questão com a tipologia criminal, podemos verificar que foram mais os indivíduos detidos por tráfico de estupefacientes aqueles que não mostraram pretensões de trabalhar, seguidos dos recluídos por crimes contra o património.

Tabela 3 – Atividade Laboral[68]

Variável			N
Atividade Laboral	Com atividade laboral anterior à reclusão		23
	Já trabalhou em meio prisional		3
	Confere importância ao trabalho em meio prisional		30
		Para ocupação do tempo	18
		Para a criação e manutenção de rotinas	12
		Como auxílio à obtenção de emprego no	08
	Não quer trabalhar		05
	Importância do trabalho no exterior		29
	Críticas	Não se aproveita mão de obra para trabalhos no exterior	15
		Parcas Remunerações – Mulheres	09
		Poucas Oportunidades de trabalho – Homens	08
		Desigualdades – Homens	05

4.2. Ensino/formação

Avançando agora para as questões relativas ao ensino em meio prisional, a maioria dos(as) entrevistados(as) defendeu a ideia de que o mesmo é excelente e de que é um mecanismo imprescindível para o futuro (56%).

> A nível pessoal ando a acabar o 12º ano, porque quem vem para aqui no mínimo devia aproveitar, independentemente da pena, deveria aproveitar a escola ou cursos de formação.
>
> Em termos de educação e formação, de como se faz e não faz, já tirei o curso de padeiro/pasteleiro também, o curso de serralheiro e percebo de algumas coisas e isso é muito importante depois em termos de reinserção social. A nível escolar já fiz o 6º ano.

A opinião maioritariamente positiva relativa a esta atividade surge segundo os testemunhos dos onze indivíduos que já estudaram ou estudam atualmente

68. *Fonte*: elaborada pelas autoras.

amparada no facto de que possivelmente no exterior eles(as) não voltariam a estudar (30,6%), acabando desta forma por ocupar o tempo de forma útil para o futuro, garantindo-lhes assim um aumento das suas competências individuais, académicas e formativas, sendo esta última, uma questão referida por treze participantes (65%).

> Aqui estou a acabar o 12º ano e isso é sem dúvida um ponto positivo que isto nos oferece depois lá para fora, até porque eu muito provavelmente lá fora não ia voltar à escola.
>
> Fiz agora um curso de canalização e gostei muito porque era uma área que não conhecia e assim deu para aprender algo novo, e isso é muito bom.

O ensino é, assim, em termos gerais, visto pelos(as) participantes como um mecanismo excelente, pois se por um lado a escola lhes permite aumentar o grau académico, possibilitando uma melhoria no seu currículo e consequente ajuda na obtenção de emprego, também a formação profissional, permite um aprofundamento dos conhecimentos e profissionalização em áreas específicas, como forma de mais tarde terem essa maior facilidade na obtenção de empregos.

No nível académico, dentre os(as) trinta e seis participantes há, inclusivamente, dois casos do sexo masculino que estão a apostar na sua formação superior ao nível da licenciatura, com aspirações de tal ser útil no futuro.

> A licenciatura em gestão creio que poderá ser importante para o meu trabalho, uma vez que espero continuar na área comercial e aí posso implementar a gestão, apesar de a minha ideia inicial ser o curso de informática, penso que acabei por escolher muito bem e que e vá ser muito útil.

Deverá também destacar-se que atualmente as participantes do sexo feminino revelam uma adesão menor a estas atividades. Ainda assim, pôde verificar-se que a maioria da amostra feminina frequenta ou já frequentou em algum momento atividades de ensino (58,3%).

> Preferi ir trabalhar em vez de ir para a escola para eu própria me conseguir sustentar, porque as pessoas pensam que na cadeia é que se está bem, mas é complicado, é assim eu consigo-me sustentar, porque eu não fumo, nem bebo café, portanto se eu ganhar 20€, dá para comprar o meu papel higiénico, o meu champô, se não der para comida, paciência, dá para o essencial [...] mas as pessoas não têm noção do que se gasta aqui, gastamos muito dinheiro em cantinas, é um dinheirão, é um exagero, as coisas são muito caras, para aquilo que recebemos.

Por fim, salienta-se que os(as) reincidentes acabam por tendencialmente não frequentar este tipo de atividades atualmente. "Da primeira vez dei preferência à escola e formações, por isso é que agora prefiro trabalhar, porque já dediquei muito tempo à parte formativa."

Tabela 4 – Ensino/Formação[69]

Variável		N
Escola/ Formação	Frequenta atividades de educação/formação	04
	Já frequentou atividades de educação/formação na prisão	07
	Já deu formação em meio prisional	01

4.3. Atividades ocupacionais

Progredindo para as ocupações de tempos livres é quase unânime a ideia da sua utilidade, como demonstram as referências a esta questão por parte da esmagadora maioria da nossa amostra (75%). Esta questão deve-se à partida pelo facto de estas permitirem que o indivíduo lide de forma mais positiva com o estresse e a ansiedade experienciados em contexto prisional, conduzindo, consequentemente, a menos problemas e desacatos no dia-a-dia.

No EP feminino, as opiniões são mais positivas ao nível da diversidade de atividades (75%), sendo ainda enunciado várias vezes como positivo o facto de terem oportunidades de expor ao público as suas atividades (55,6%), o que lhes permite uma maior proximidade com o exterior, aliada ao facto de por vezes criar oportunidades importantes em áreas como a literatura ou o teatro.

> Há muitas atividades, há ginásio, terapia física, música, teatro e são muito importantes, quanto mais não seja para aquelas pessoas que não têm o tempo ocupado, que não querem trabalhar, ou que não precisam, é importante. Por exemplo, a minha ala, têm as manhãs livres, têm o recreio, e em vez de as pessoas estarem ali no pátio a coçar a micose, vão para as atividades. Eu trabalho, mas também faço atividades, isto é o Ferrari das cadeias, é a minha opinião [...].
>
> Tento manter-me ocupada ao máximo, para evitar problemas, por isso faço teatro, dança, ginásio, leio muito, que aqui temos uma boa biblioteca, adoro escrever, passei tudo o que tinha em papel para computador, como forma de

69. *Fonte*: elaborada pelas autoras.

> poder lançar um livro, que vou lançar aqui um livro de poemas em setembro e isto acaba por ser uma vida nova para mim, estas oportunidades que nos dão… cá dentro também já tive muitas oportunidades na área das artes, já tive um convite de una coreógrafa conhecida para fazer parte de um projeto em Marrocos e também do teatro Tivoli, por parte do diretor e isso é fantástico, tanto que quando sair vou tentar investir nestas áreas, porque descobri aqui e tem-me realmente feito bem.

No círculo masculino verificam-se algumas críticas à pouca diversidade de ocupações existente (33,3%), nomeadamente a ideia de que as atividades se centram maioritariamente no nível desportivo.

> As atividades disponibilizadas são nenhumas, eu tive acesso a umas fotografias aqui no EP, [...] e vi umas fotografias de atividades que se faziam aqui há uns anos atrás, por exemplo neste momento não existe uma única atividade a não ser as atividades desportivas, os dois ou três programas que existem e que eu já participei, [...] quem for condenado a doze anos e quiser estar esses doze anos dentro duma cela, está e sai vai comer, entra, ninguém o obriga a mais nada.

Ainda no âmbito das atividades de lazer deverá salientar-se o orgulho que alguns participantes revelaram no facto de auxiliar na organização de atividades do âmbito prisional, bem como no de participarem em todas as atividades promovidas pelos(as) reclusos(as) e/ou estabelecimentos prisionais (36,1%), transmitindo a ideia de que esta é uma forma de se sentirem úteis e contribuírem para o bem-estar dos seus colegas, bem como para a consciencialização de alguns aspetos.

> Eu pratico atividades desportivas, laborais, eventos. Participo em tudo o que é festas e na sua organização e orgulho-me muito, especialmente da festa de natal, ou da semana cultural da Unidade Livre de Drogas, que é feita por reclusos, a pensar na população prisional, que eles também precisam e abordamos temas importantes, saúde, como a saúde oral, saúde no desporto, para consciencializar dos cuidados a ter nas práticas desportivas, porque aqui não há muitos cuidados e depois há lesões [...] e nada é feito ao acaso, ainda há aqui pessoas com cabeça, com capacidade para organizar esse tipo de situações e tenho orgulho.

Também no atinente às atividades de lazer deverá destacar-se que a prática de atividades desportivas é aquela que os indivíduos mais referenciam enquanto essencial à abstração dos problemas e potenciador de equilíbrio físico e mental, especialmente no caso da população masculina. No caso feminino, ainda que a

atividade desportiva seja igualmente realçada pelas participantes, surge a par de atividades relacionadas com as artes, como o teatro ou a escrita criativa.

Tabela 5 – Atividade Ocupacionais[70]

Variável		N
Atividades Ocupacionais	Frequenta atividades ocupacionais atualmente	20
	Importantes para o futuro	27
	Diversidade de atividades (mulheres)	09
	Pouca diversidade de atividades (homens)	08

4.4. Programas de intervenção/reeducação

Por fim realçamos os dados relativos aos programas desenvolvidos em âmbito prisional e para os quais não houve um elevado número de referências (33,3%), essencialmente devido à reduzida adesão e conhecimento dos mesmos.

Neste tópico podemos destacar algumas características. Por exemplo, num determinado EP houve mais indivíduos a referenciarem a frequência de programas e os efeitos positivos dos mesmos, caracterizando-os como potenciadores de mudanças individuais positivas.

Salienta-se ainda o facto de os programas serem referenciados por uma maioria de indivíduos primários como importantes, por comparação com um menor número de referências da parte de indivíduos reincidentes, facto que se pode dever a duas causas distintas. Uma primeira, e aquela que mais se evidencia, está no facto de os indivíduos reincidentes expressarem uma maior revolta com o sistema, que os faz desacreditar de qualquer benefício que estas atividades lhes possam proporcionar. A outra causa manifestada por alguns indivíduos está no facto de a oferta ser reduzida e eles já terem frequentado os programas que lhes era possível frequentar.

As reações relativas aos programas demonstram-se bastante positivas para os indivíduos que já os frequentaram, destacando-se o caso dos participantes da ULD e do programa de justiça restaurativa, uma vez que produziram no indivíduo uma série de mudanças positivas extremamente importantes para a sua futura reintegração na sociedade. No caso dos participantes do primeiro programa destaca-se o abandono de consumo, que consequentemente lhes proporcionou uma maior qualidade de vida.

70. *Fonte*: elaborada pelas autoras.

> Já frequentei alguns programas e este aqui da ULD, e as expetativas são as melhores porque o resultado está à vista, não tenho medo nenhum de me integrar na sociedade, estou mesmo seguro de mim e foi isso que me ajudou, agradeço à cadeia estar vivo e estar preparado para não voltar a consumir, não digo que não vá consumir, tenho de estar atento, mas isto foi o empurrão que precisava não posso desvalorizar o que me ensinaram aqui dentro, isto tem que se ir afinando sempre relembrando, para as coisas depois não correrem mal.

No caso do segundo destacam-se como efeitos positivos a consciencialização dos atos, preocupação com as vítimas, bem como vontade de enfrenta-las no sentido de demonstrar preocupação e arrependimento.

> […] estou a ser injusto se não disser que o programa de justiça restaurativa, sendo com quem foi, [...], foi ótimo e foi com este programa que tive consciência e foi ele que me trouxe memórias que eu tinha guardadas e que me fez realmente ver que existe alguém além da nossa punição, alguém lá fora que merece todo o respeito, e muitas vezes esquecemo-nos que há vítimas, esquecemo-nos do que fizemos. Este programa foi para mim um ponto fulcral, foi um ponto de partida, eu senti isso e atécnicas também [...] porque consegui tirar os fantasmas e libertar-me de situações e fazer com que eu quisesse chegar à vítima e tenho essa necessidade atualmente [...].

Refira-se, contudo, que foram poucos os(as) entrevistados(as) que frequentaram programas, sendo que inclusivamente nas mulheres se verifica apenas um caso, que frequenta um programa de prevenção da recaída, o que nos leva a pensar não que estes não surtam efeitos positivos, mas que há pouca intervenção por parte dos(as) técnicos(as) nesse sentido, pouca informação fornecida aos(às) reclusos(as) acerca dos mesmos, e ainda, pouca procura por parte dos(as) reclusos(as).

Tabela 6 – Programas de Intervenção/ Reeducação[71]

Variável		N
Programas de Educação/ Reeducação	Número de participantes que referenciou a existência de programas	12
	Atualmente frequenta programas	07
	Já frequentou programa	10

71. *Fonte*: elaborada pelas autoras.

5. Considerações finais

O presente estudo teve como objetivo analisar as perceções de reclusos e reclusas acerca das atividades desenvolvidas em meio prisional. De um modo geral, os(as) reclusos(as) percecionam as atividades desenvolvidas em meio prisional como essenciais, quer na manutenção do bem-estar e equilíbrio físico-emocional, quer enquanto facilitadoras de uma reinserção social eficaz.

Nesse sentido, as atividades são vistas pela maioria dos(as) participantes enquanto mecanismos essenciais de suporte à reclusão, na medida em que, estando ocupados(as), estes(as) acabam por mais facilmente se abstrair da situação atual de prisão, defendendo a ideia de que o tempo "passa mais rápido", consistentemente com o referido por Goffman[72]. Esta ideia de abstração da situação de reclusão parece ter repercussões positivas na rotina dos indivíduos, já que lhes poderá possibilitar uma maior aproximação com o exterior, bem como a criação de laços com pessoas extramuros.

Essa situação permite que estes(as) não percam totalmente o contacto com a sociedade e com as dinâmicas sociais exteriores, assumindo-se desta feita como um potencial auxílio à reinserção social[73]. Esta questão será ainda mais relevante para o caso de reclusos(as) que não tenham qualquer outro tipo de contacto com a sociedade, de que são exemplo os indivíduos que não recebem visitas.

Para além das consequências da frequência de atividades ao nível do futuro pós-reclusão, deverão ainda mencionar-se questões relativas ao momento atual e às rotinas diárias do(a) recluso(a), devendo destacar-se desde logo o facto de aquelas possibilitarem um maior equilíbrio físico e psicológico, já que acabam por funcionar como um instrumento de fuga ao estresse e aos problemas que adjazem à dinâmica prisional[74].

Esse equilíbrio é conseguido não exclusivamente pela participação em atividades, mas também pelo facto de estas práticas possibilitarem aos participantes uma maior liberdade de movimentos em áreas distintas das celas, ou ainda para

72. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e* Conventos. 7. ed. *S*ão Paulo*:* Editora Perspectiva, 2001.

73. SILVA, Cecília Bibiana Martins. *A vida de ex-reclusos, por suas palavras*. Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2012.

74. BROSENS, Dorien, et al. Participation in prison activities: An analysis of the determinants of participation. *European journal on Criminal policy and research*, v. 22, n. 4, p. 669-687, oct. 2016. Trimestral.

a diminuição de afluência nas partes comuns e consequente decréscimo de conflitos e altercações entre reclusos(as)[75].

Ainda que os(as) participantes reconheçam a importância das atividades, existe uma percentagem elevada de indivíduos que acredita que o sistema as idealiza unicamente com uma finalidade de ocupação do tempo, não aproveitando dessa forma o potencial que estas poderiam ter para a reeducação, consciencialização e preparação dos indivíduos para a liberdade[76]. Esta parece ser uma questão importante, pois demonstra que muitos(as) participantes estão conscientes das suas necessidades de reinserção, sentindo-se desamparados a esse nível, o que se traduz no medo de voltar a encarar a sociedade e inclusivamente no medo de reincidirem.

Apesar da opinião relativa ao pouco investimento nas atividades, esta crítica surge direcionada para o próprio sistema e não para os estabelecimentos prisionais em que os(as) reclusos(as) se encontram. Esta ideia fará sentido se tivermos em conta as carências atuais do nosso e de muitos sistemas prisionais, de que são exemplo a falta de verbas, a sobrelotação, ou ainda, a escassez de recursos humanos[77].

Progredindo para as questões relativas à atividade laboral em meio prisional, a questão que nos surge de imediato resulta do facto de tanto as opiniões acerca da atividade laboral, quanto a diversidade de oportunidades de trabalho em contexto laboral variarem de estabelecimento para estabelecimento[78], considerando a população que comporta, as próprias instalações, o pessoal em ativo e ainda as parcerias com o exterior[79].

Essa variedade relaciona-se com o facto dos vários estabelecimentos prisionais apresentarem características distintas entre si, tanto ao nível de infraestruturas,

---

75. Idem.

76. HANEY, Craig, et al. The psychological impact of incarceration: Implications for post-prison adjustment. *Prisoners once removed: The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*. Comunicação apresentada na From Prison to Home Conference. Washington, DC: The Urban Institute, 2002.

77. Idem.

78. GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; ALMEIDA, Jorge. Crimes, penas e reinserção social: Um olhar sobre o caso português. In: *Actas dos ateliers do Vº Congresso Português de Sociologia Sociedades Contemporâneas:* Reflexividade e Acção, 2004.Anual.

79. Social Exclusion Unit. *Reducing re-offending by ex-prisoners*. London: Social Exclusion Unit, 2002.

quanto de população que comportam, cabendo às direções de cada um potenciar este tipo de atividades.

As atividades laborais em meio prisional não estão, atualmente, a ser essencialmente orientadas por fins de reinserção social, designadamente dado o grau de indiferenciação e desatualização das tarefas, relativamente à realidade laboral atual. Nesse sentido, os efeitos ao nível da reinserção social não são tão amplos quanto poderiam, restringindo-se a aspetos como a ocupação do tempo de forma útil, e a criação e manutenção de rotinas. No entanto, estas são, em si, competências importantes que em muitos casos não existiam até então, e que podem, posteriormente, vir a ter impacto na obtenção de emprego no exterior[80].

Assim, verificamos que a essa atividade foi conferida uma relevância maioritariamente ao nível da ocupação temporal, sendo esta uma questão a que os(as) reclusos(as) também conferem importância, já que têm aqui a oportunidade de ocupar o seu tempo de forma integral, contrariamente ao que sucede com outro tipo de atividades.

Para além da utilidade ao nível temporal deverá também destacar-se que esta atividade acaba por ser muitas vezes instrumentalizada pelos(as) reclusos(as) que ambicionam uma maior facilidade de obtenção de medidas de flexibilização das penas (nomeadamente ao nível das saídas precárias e da liberdade condicional) e minimização de castigos.

O facto de os indivíduos acabarem por conferir um caráter utilitarista ao emprego prisional deve-se, antes de tudo, ao facto de aqueles não se sentirem valorizados e motivados, uma vez que as ocupações laborais consistem, grosso modo, em tarefas indiferenciadas, desatualizadas face às necessidades do mercado de trabalho[81] e onde não se tem em conta as necessidades relativas às capacidades sociais básicas de trabalho como a comunicação, o trabalho em equipe, ou a confiança[82].

Desta feita, tanto o sistema, como empresas parceiras garantem trabalhos de oficina a baixo custo e com mão-de-obra extremamente barata, uma vez que as remu-

80. MOKI, M. P. *Representações sociais do trabalho carcerário feminino*. São Paulo: Universidade Federal de São Carlos, 2005.

81. SILVA, Cecília Bibiana Martins. *A vida de ex-reclusos, por suas palavras*. Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2012.

82. Social Exclusion Unit. *Reducing re-offending by ex-prisoners*. London: Social Exclusion Unit, 2002.

nerações, ainda que sejam um ponto favorável[83], são consideradas baixas, especialmente no caso feminino.

Também o facto de o sistema dar poucas possibilidades de trabalho no exterior surgiu com regularidade nos testemunhos dos(as) participantes, pois esta possibilidade poderia ser uma importante ferramenta tanto na ajuda à obtenção de um emprego após a libertação, como na criação e manutenção de rotinas o mais próximas possíveis da realidade[84], sendo, para tal, essencial o estabelecimento de parcerias com empresas e municípios.

Neste sentido, o regime aberto ao exterior é tido pelos(as) participantes como uma ferramenta central para os seus processos de reinserção social, na medida em que facilita as questões acima mencionadas, bem como possibilita um maior contacto com pessoas extramuros, o recebimento de um salário semelhante ao praticado no exterior (na medida em que está estabelecido que deverá ser pago o ordenado mínimo nacional), simbolizando ainda um voto de confiança do sistema.

A ausência de formação e auxílio específicos ao nível de competências de procura de emprego deve ser igualmente um aspeto a referenciar, pois ainda que exista o *Programa de treino de competências para a empregabilidade,* este parece não estar a ser implementado, já que não era do conhecimento dos(as) participantes. Para além do auxílio aos reclusos(as), também ao nível das entidades empregadoras seria benéfico haver algum trabalho de sensibilização e desmistificação para a contratação de ex-reclusos(as), podendo ser útil a criação de incentivos a esta contratação.

Aliás, segundo o *Social Exclusion Unit*[85], as entidades dos EUA que recrutam ex-reclusos(as) acabam por se mostrar satisfeitas com o seu trabalho, afirmando que eles(as) são tão profissionais e confiáveis quanto qualquer outro(a) cidadão(ã).

Por fim, no atinente a serem os indivíduos primários quem mais valoriza a atividade laboral, é coerente relacioná-lo com o facto de, na nossa amostra, serem

83. MARIÑO, Fandino; MARIO, Juan. Análise comparativa dos efeitos da base socioeconômica, dos tipos de crime e das condições de prisão na reincidência criminal. *Sociologias*. Porto Alegre , v. 4, n. 8, p. 220-244, 2002. Quadrimestral.

84. PARENTE, José Sequeira. *O trabalho penitenciário enquanto fator de reinserção social*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006.

85. Social Exclusion Unit. *Reducing re-offending by ex-prisoners*. London: Social Exclusion Unit, 2002.

aqueles que demonstravam uma maior estabilidade laboral prévia. Este grupo parece ter tido experiências profissionais bem-sucedidas ao longo da vida pré-reclusão o que os levou aparentemente a conferirem uma maior importância a esta atividade, facto possivelmente associado a uma maior crença na possibilidade de se inserirem profissionalmente.

Essa questão torna-se ainda mais coerente quando associamos aos indivíduos reincidentes, experiências de fracasso ao nível da colocação laboral nas anteriores saídas em liberdade, o que se traduz, muitas vezes, consecutivamente numa falta de sensibilidade para o valor do trabalho e descrença nas atividades a este nível. A mesma linha de pensamento surge para os indivíduos a cumprir pena por crimes contra pessoas, uma vez que estes eram na sua maioria primários.

Avançando para as questões relacionadas com o ensino em contexto prisional, este segmento de atividades, em contrapartida com o anterior, parece-nos contar com uma maior preocupação por parte da DGRSP. Isto porque têm-se tentado criar condições para que a população reclusa se sinta motivada para investir na sua educação, não obstante existirem ainda alguns entraves ao sucesso da mesma. Primeiramente salientamos o facto de, na generalidade dos casos, não ser uma atividade paga (em nenhum dos estabelecimentos onde desenvolvemos a investigação o seu financiamento foi referido), o que seria, no nosso entender fundamental, para que houvesse uma maior procura por parte dos(as) reclusos(as)[86], que têm muitas vezes dificuldades financeiras, levando-os(as) dessa forma a preterir o ensino em detrimento da alternativa da ocupação laboral remunerada.

Para além da questão da remuneração, outras causas levam os indivíduos a sentirem-se desmotivados ou a desvalorizar o ensino, nomeadamente desde logo, o facto de não haver um investimento por parte dos serviços em sensibilizar os(as) reclusos(as) para a importância da sua frequência, enquanto rentabilização do tempo de reclusão[87]. Também referidos, são a falta de investimento tecnológico, que permitiria uma aproximação face às necessidades do mercado de trabalho atual[88]; ou a ausência de diversidade de oferta formativa, aliada a falta de vagas que gera comumente recusas na abertura de turmas.

86. CARDOSO, Maria Lucília da Silva. *Vozes dentro de Grades.* Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2010.

87. RODRIGUES, Ana Cristina Martins. *Fatores e desafios dos programas de empregabilidade para reclusos* – o caso do estabelecimento prisional de Sintra. Lisboa: ISCTE, 2013.

88. Questão contraditória ao exposto pela DGRSP no seu site oficial.

Não obstante, é notório o investimento (ou tentativa) dos reclusos(as) no ensino, já que aqueles o entendem como um mecanismo indispensável à reinserção social, uma vez que reduz as probabilidades de reincidência[89], potencializa capacidades que não iriam ter, *a priori*, em liberdade, auxiliando-os(as) na colocação laboral posterior e possibilitando-lhes uma melhoria da autoestima e motivação para a mudança[90].

Deve aqui salientar-se, como já referimos, que a razão para que as mulheres tendencialmente não frequentam atividades relacionadas com o ensino estará relacionada com o facto de os preços dos bens de primeira necessidade serem bastante caros, vendo-se assim pressionadas, por necessidades económicas, a concentrar a maioria do seu tempo nas ocupações laborais. Ainda assim, pôde verificar-se que a maioria das reclusas mesmo não estudando atualmente, já o fizeram em momentos anteriores.

Finalmente no que se refere ao facto de os(as) reincidentes não se dedicarem tanto a esta atividade é explicado por aqueles já terem dedicado mais tempo às mesmas em anteriores reclusões, não significando, portanto, que estes não reconheçam o potencial do ensino.

Relativamente às atividades ocupacionais foi clara a posição dos(as) participantes ao considerarem-nas imprescindíveis ao suporte da rotina prisional, uma vez que os auxiliam na manutenção do equilíbrio físico e mental e possibilitam a criação de projetos artísticos com perspetivas de futuro que os aproximam inclusivamente com o exterior, o que traduz a importância destas atividades enquanto motivação para a mudança[91]. As ocupações de tempos livres colocadas ao dispor do(a) recluso(a) são, grosso modo, relacionadas com a prática desportiva e com a arte, o que permite a abstração da situação de reclusão, e uma melhor gestão da raiva, estresse e ansiedade, bem como a criação de rotinas que fomentem alguma autonomia e liberdade.

Essa manutenção do equilíbrio é também indispensável em termos futuros, pois quando o(a) recluso(a) se encontra estável, conformado com a situação de

89. COELHO, Donzília Manuela Da Silva. *A evolução do quotidiano prisional em Portugal*: O caso da cadeia de Braga. Braga: Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa do centro regional de Braga, 2014.

90. Social Exclusion Unit. *Reducing re-offending by ex-prisoners*. London: Social Exclusion Unit, 2002.

91. CARDOSO, Maria Lucília da Silva. *Vozes dentro de Grades*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2010.

reclusão e bem consigo próprio, terá à partida uma maior facilidade de reinserção na sociedade[92].

Face à diversidade de ocupações, deverá primeiramente salientar-se que estas irão variar de acordo com as características do próprio estabelecimento prisional. A maior diversidade de atividades e de oportunidades de expô-las ao exterior, referida especialmente pelas participantes do sexo feminino, pode ainda ser explicada pelo facto de aquelas terem uma maior motivação para a prática de atividades relacionadas com artes. Por norma, este tipo de atividades cria mais oportunidades de exposição ao público, em contraponto às atividades desportivas (ginásio) às quais os indivíduos do sexo masculino dão preferência.

Deverá também destacar-se aqui a possibilidade que os estabelecimentos conferem aos indivíduos para que sejam eles próprios a criar certos eventos ocupacionais e de lazer, o que resulta, como nos foi reportado, num sentido de autonomia, utilidade, e, acima de tudo, no sentimento de que são um exemplo a seguir para os seus pares, mostrando assim uma postura de mudança e motivação para uma reinserção social de sucesso.

No que concerne aos programas desenvolvidos em meio prisional, os resultados vão ao encontro dos dados da literatura nacional[93], designadamente no facto de os(as) reclusos(as) não os referenciam tanto quanto às outras atividades. Tal resultado parece dever-se a um desconhecimento acerca dos mesmos, à ausência de diversidade[94] e à falta de acompanhamento ao longo da sua implementação.

Não obstante a reduzida adesão aos programas de intervenção por parte dos(as) reclusos(as), os efeitos positivos destes parecem indubitáveis, essencialmente porque têm como princípio fundamental trabalhar a estabilização do indivíduo, dotá-lo de ferramentas que levem à consciencialização acerca dos seus atos, perceção dos danos causados e dos efeitos que os atos criminais podem trazer a vários níveis e, preocupação para com as vítimas.

92. COELHO, Donzília Manuela Da Silva. *A evolução do quotidiano prisional em Portugal:* O caso da cadeia de Braga. Braga: Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa do centro regional de Braga, 2014.

93. GONÇALVES, Sérgio Manuel Calado C. *Ressocialização no meio prisional:* a Divergência entre o Discurso Político e a Prática Institucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014.

94. Esta questão foi possível de verificar na informação dada pela DGRSP, uma vez que somente os crimes sexuais, estradais e relacionados com práticas aditivas mereceram a criação de programas específicos.

Essas vantagens foram descritas por participantes que frequentaram a Unidade Livre de Drogas e o Programa Justiça Restaurativa. No primeiro caso porque proporcionaram o abandono de drogas e aquilo que eles caracterizaram como uma segunda oportunidade de viver[95], e no segundo porque o trabalho dos técnicos é, nas suas opiniões, excelente para a consciencialização dos atos, sensibilização para com as vítimas e aproximação com as mesmas.

Em ambos os casos, os programas potenciam no indivíduo uma atitude de mudança, consciencialização da situação atual e criação de mecanismos que lhes permitam lidar com a reinserção na sociedade e minimização do impacto que o episódio criminal irá trazer às suas vidas.

Assim, os programas, se aplicados como planejado pela DGRSP ao longo das várias fases do processo, a tantos(as) reclusos(as) quanto possível, proporcionar-lhes-á a longo prazo, uma preparação para a liberdade mais efetiva, o que consequentemente lhes possibilitará uma reinserção facilitada.

Desse modo, rematamos com a afirmação de que estes tipos de práticas são fulcrais para a reinserção do indivíduo e deveriam ser alvo de maior preocupação por parte tanto da equipe técnica como dos(as) reclusos(as), uma vez que nos casos em que houve relatos os efeitos são substancialmente positivos, aliado ao facto de ser um mecanismo que potencialmente diminui o risco de reincidência[96].

Cabe ainda referir que naturalmente, a realização deste estudo sofreu algumas limitações, desde logo o facto de ter sido composto por uma amostra de conveniência escolhida por membros do *staff* dos próprios EP´s, o que inevitavelmente poderá ter condicionado os resultados obtidos; ainda a recetividade de alguns indivíduos na participação do estudo, devido ao receio de represálias ou pressões por parte do sistema e dos restantes reclusos (questão especialmente notória no âmbito feminino); a inexistência de espaços propícios à realização de entrevistas e, por fim, o pouco envolvimento do pessoal dos EP´s no auxílio à realização do estudo, que acabou por inclusivamente prejudicar em alguns casos.

Finalmente, parece relevante enumerar ainda que sucintamente, algumas sugestões sobre as quais refletimos acima e que seriam fundamentais para a obtenção de melhores resultados e maiores níveis de adesão às atividades em âmbito

95. SILVA, F. *Discurso de reclusos:* Reincidência, reeducação e perspetivas de integração social. Porto: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2009.

96. HESELTINE, Karen; DAY, Andrew; SARRE, Rick. Prison-based correctional rehabilitation: An overview of intensive interventions for moderate to high-risk offenders. *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice,* Canberra, n. 412, 2011. Mensal.

prisional. Deste modo, um maior investimento ao nível de *staff* será imprescindível, na medida em que é visível a falta de pessoal atual, aliada a um consequente défice no nível da diversidade de atividades daí decorrentes. Esse investimento não deverá refletir-se unicamente em termos numéricos, mas igualmente ao nível da formação especializada e intervenção junto de técnicos e *staff* para a consciencialização de reclusos acerca da importância das atividades como forma a combater questões como os fracos níveis de adesão aos programas ou os baixos níveis de ensino.

Além da sugestão acima mencionada, de um modo geral, crê-se que o funcionamento mais eficaz das atividades prisionais depende essencialmente do investimento em três setores distintos, nomeadamente no setor tecnológico e de atualização com as necessidades exteriores, salientando tanto a atualização de planos de estudo e postos de trabalho com as necessidades atuais do mercado de trabalho, como a implementação da utilização de recursos tecnológicos e criação de plataformas de apoio ao estudo.

Também as questões salariais, correspondem a um setor que merece alguma atenção, pois aparenta ser importante uma revisão e atualização a este nível, que permita maiores níveis de adesão, especialmente ao nível do ensino, uma vez que em nenhum estabelecimento esta era uma atividade paga.

Por fim, parece-nos muito importante o investimento no âmbito dos protocolos existentes entre diversas entidades, públicas ou privadas e os estabelecimentos prisionais, já que esta situação possibilitaria a promoção da proximidade do indivíduo com o exterior, sendo esta uma questão fundamental para a sua reinserção social. Estes protocolos são essenciais, em todos os setores de atividade, nomeadamente ao nível académico, como forma de combater os baixos níveis de escolaridade e fomentar o desenvolvimento a nível universitário; ao nível laboral, com a criação de acordos que potenciem a criação de postos de trabalho, nomeadamente em regime aberto e a reintegração laboral futura, através da integração de ex-reclusos(as); ainda ao nível das atividades ocupacionais, onde possíveis acordos com várias entidades fomentam a proximidade com a comunidade e a expansão de projetos como teatros, por exemplo, através de apresentações dos mesmos ao público; e de programas, na medida em que a aproximação com o exterior, nomeadamente com potenciais vítimas é imprescindível à consciencialização e consequente reinserção social do(a) recluso(a).

Referências bibliográficas

ANDREWS, Donald Arthur; BONTA, James. *The psychology of criminal conduct*. Londres: Routledge, 2014.

ANTUNES, Maria João. *Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BONI, Valdete; QUARESMA, Sílvia Jurema. Aprendendo a entrevistar: como fazer entrevistas em ciências sociais. *Em Tese*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 68-80, jan. 2005. Quadrimestral.

BONINI, Natália, et al. Memórias dos participantes do projeto Teatro nas Prisões. *Boletim de Iniciação Científica em Psicologia*, v. 7, n. 1, p. 123-158. 2006. Anual.

BROSENS, Dorien, et al. Participation in prison activities: An analysis of the determinants of participation. *European journal on Criminal policy and research*, v. 22, n. 4, p. 669-687, oct. 2016. Trimestral.

BRAUN, Virginia; CLARKE, Victoria. Using thematic analysis in psychology. *Qualitative research in psychology*, v.3, n.2, p. 77-101, 2006. Trimestral

CAMPOS, Sandra Maria Cardita Silveirinha. *Sistemas prisionais europeus*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015.

CARDOSO, Maria Lucília da Silva. *Vozes dentro de Grades*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2010.

CHAUVENET, Antoinette; ORLIC, Françoise. Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison. *Déviance et société*, v. 26, n. 4, p. 443-46, abr. 2002. Trimestral.

COELHO, Donzília Manuela Da Silva. *A evolução do quotidiano prisional em Portugal:* O caso da cadeia de Braga. Braga: Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa do centro regional de Braga, 2014.

CULLEN, Francis T.; JONSON, Cheryl Lero; NAGIN, Daniel S. Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science. *The Prison Journal*, v. 91, n.3, p. 48S-65S, jul. 2011.

DE MOURA, Cleberson Cordeiro; DE ARAÚJO, Francisco Augusto Cruz. *O ócio criativo:* A importância da leitura como estratégia de sobrevivência no espaço prisional. II Congresso Nacional de Educação, 2015.

DIAS, José Figueiredo. *Direito penal: parte geral.* Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.

DOMINGOS, Ana Rita Mendes. *Na 'prisão' da droga:* para uma intervenção juspsicológica. Lisboa: Faculdade de Psicologia da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2010.

DORES, António Pedro, et al. Prison conditions in Portugal. *Monografia.* Lisboa: ISCTE, 2013.

ELLIS, Tom & SHALEV. *An evaluation of the effectiveness of the Kainos Community 'Challenge to Change' programme in English prisons*. Portsmouth: University of Portsmouth, Institute of Criminal Justice Studies, 2008.

FARRALL, Stephen, et al. *Criminal careers in transition:* The social context of desistance from crime. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FERNANDES, José Luís; DO ROSÁRIO SILVA, Maria. *O que a droga fez à prisão:* um percurso a partir das terapias de substituição opiácea. Lisboa: Instituto da Droga e da Toxicodependência, 2009.

GENDREAU, Paul; SMITH, Paula; FRENCH, Sheila A. The theory of effective correctional intervention: Empirical status and future directions. *Taking stock:* The status of criminological theory, v. 15, p. 419-446, jan. 2006.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e Conventos.* 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; ALMEIDA, Jorge. Crimes, penas e reinserção social: Um olhar sobre o caso português. In: *Actas dos ateliers do Vº Congresso Português de Sociologia Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção*, 2004. Anual.

GOMES, Inês Raquel Marques Neto, et al. *Da prisão à liberdade:* reinserção social de ex-reclusos. Lisboa: ISCTE, 2008.

GONÇALVES, Sérgio Manuel Calado C. *Ressocialização no meio prisional:* a Divergência entre o Discurso Político e a Prática Institucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014.

HANEY, Craig, et al. The psychological impact of incarceration: Implications for post-prison adjustment. *Prisoners once removed: The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*. Comunicação apresentada na From Prison to Home Conference. Washington, DC: The Urban Institute, 2002.

HESELTINE, Karen; DAY, Andrew; SARRE, Rick. Prison-based correctional rehabilitation: An overview of intensive interventions for moderate to high-risk offenders. *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice,* Canberra, n. 412, 2011. Mensal.

HOUGH, Michael. *Drugs misuse and the criminal justice system:* A review of the literature. Londres: Home Office, 1996.

JIMÉNEZ, Moreno. Psychosocial intervention with drug addicts in prison: Description and results of a programme. *Psychology, in Spain*, v. 4, n. 1, p. 64-74, 2000. Anual.

JOHNSON, Byron R.; LARSON, David B.; PITTS, Timothy C. Religious programs, institutional adjustment, and recidivism among former inmates in prison fellowship programs. *Justice Quarterly*, v.14, n. 1, p. 145-166, 1997. Trimestral.

JORGE, Micaela. *Vitimação múltipla e condições de vida opressivas:* um estudo de caso qualitativo com mulheres vítimas. Maia: Instituto Universitário da Maia, 2014.

LAWRENCE, Sarah, et al. *The Practice and Promise of Prison Programming*. Washington, DC: Urban Institute Press, 2002.

LIPSEY, Mark W.; CULLEN, Francis T. The effectiveness of correctional rehabilitation: A review of systematic reviews. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, v. 3, p. 297-320, 2007. Anual.

MARIÑO, Fandino; MARIO, Juan. Análise comparativa dos efeitos da base socioeconômica, dos tipos de crime e das condições de prisão na reincidência criminal. *Sociologias,* Porto Alegre, v. 4, n. 8, p. 220-244, 2002. Quadrimestral.

MACHADO, Vitor Gonçalves. O fracasso da pena de prisão: alternativas e soluções. *Panoptica, v.* 4, n.3, p. 108-129, 2009. Semestral.

MOKI, M. P. *Representações sociais do trabalho carcerário feminino*. São Paulo: Universidade Federal de São Carlos, 2005.

NAVARRO, Rafael, et al. Development of a program of behavior modification directed to the rehabilitation of drug-dependent patients: treatment and follow-up of 223 cases. *International journal of the addictions*, v. 27, n. 4, p. 391-408, 1992.

NORMAN, Mark. Sport in the underlife of a total institution: Social control and resistance in Canadian prisons. *International review for the sociology of sport*, v. 52, n. 5, p. 598-614, 2017. Bimestral.

OTERO, M., POUPART, J. et SPIELVOGEL, M. Sortir et s'en sortir: la montée de la norme d'autonomie dans les trajectoires de retour à la communauté des "ex-détenus. In: POUPART, J. *Au-delà du système pénal*: l'intégration sociale et professionnelle des groupes judiciarisées et marginalisés. Sainte-Foy: Presses de l'Université du Québec, 2004.

PARENTE, José Sequeira. *O trabalho penitenciário enquanto fator de reinserção social*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006.

RODRIGUES, Ana Cristina Martins. *Fatores e desafios dos programas de empregabilidade para reclusos – o caso do estabelecimento prisional de Sintra*. Lisboa: ISCTE, 2013.

SAMPAIO, Luís Miguel Calheiros Cruz. *O sentido das prisões:* funções e impactos da reclusão. *Braga:* Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2011.

SANTOS, Boaventura Sousa, et al. *A reinserção social dos reclusos. Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional.* Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Português. Centro de Estudos Sociais, 2003.

SILVA, F. *Discurso de reclusos:* Reincidência, reeducação e perspetivas de integração social. Porto: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2009.

SILVA, Cecília Bibiana Martins. *A vida de ex-reclusos, por suas palavras*. Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2012.

SMITH, Paula et al. *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism: General effects and individual differences*. Ottawa: Solicitor General Canada, 2002.

SMITH, Paula et al. Validating the principles of effective intervention: A systematic review of the contributions of meta-analysis in the field of corrections. *Victims and Offenders*, v. 4, n.2, p. 148-169, fev. 2009.

SOCIAL EXCLUSION UNIT. *Reducing re-offending by ex-prisoners*. London: Social Exclusion Unit, 2002.

SOLOMON, Amy L et al. *From prison to work: The employment dimensions of prisoner reentry.* Washinton DC: Urban Institute Publications, 2004.

VACCA, James S. Educated prisoners are less likely to return to prison. *Journal of Correctional Education*, p. 297-305, 2004. Trimestral.

VACHERET, Marion; COUSINEAU, Marie-Marthe. Quelques éléments de compréhension des libérations d'office réussies. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, v. 45, n. 1, p. 99-124, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Trabalho penitenciário, de Amaro Alves de Almeida Filho – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/131-136 (DTR\2012\450378);
- Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal, de João José Leal – *RBCCrim* 46/121-141 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/619-634 (DTR\2004\9); e
- Protagonismo carcerário: os presos monitores e a educação no sistema prisional paulista, de Alex Victor da Silva – *RTSP* 1/11-40 (DTR\2013\7268).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 929/1047: JRP\2012\39445.

Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao Estado penal brasileiro

Democracy and mass incarceration: political theory provocations on the Brazilian penal State

Hamilton Gonçalves Ferraz
Doutorando em Direito (PUC-Rio).
Mestre em Direito Penal (UERJ).
Professor Substituto de Direito Penal e Criminologia (UFRJ).
Advogado.
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com; hamiltonferraz@direito.ufrj.br

Tiago Joffily
Professor Adjunto de Direito Penal da FND/UFRJ desde 2017.
Doutor em Direito Penal pela UERJ (2012).
Mestre em Direito da Cidade pela UERJ (2007).
Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro desde 2001.
joffily@msn.com

Recebido em: 18.05.2018
Aprovado em: 29.10.2018
Última versão do (a) autor (a): 17.11.2018

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Resumo: O artigo analisa o fenômeno contemporâneo do encarceramento em massa e os possíveis impactos deste sobre a democracia. Partindo da revisão teórica dos conceitos de Estado, democracia e cidadania, o texto busca explicitar as contradições existentes entre a atividade de encarcerar e os discursos de inclusão e participação cidadã que habitam a teoria política moderna desde suas primeiras formulações. Para melhor compreender essas tensões, é feita uma revisão do desenvolvimento histórico da punição pública, primeiro nos países centrais, e depois no Brasil

Abstract: The paper analyses the mass incarceration phenomenon and its impacts on democracy. Starting from a theoretical review of the concepts of State, democracy and citizenship, the text aims to expose the contradictions between incarceration and the discourses of citizenship inclusion and participation that characterizes the modern political theory since its birth. To better comprehend these conflicts, the article reviews the historical development of public punishment both in central countries and in Brazil, with special interest to the most recent changes following

Ferraz, Hamilton Gonçalves; Joffily, Tiago. Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao Estado penal brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 152. ano 27. p. 383-422. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

e na América Latina, dando-se ênfase às transformações ocorridas após a virada neoliberal. Ao final, busca-se identificar, ainda que de forma preliminar e exploratória, possíveis impactos do superencarceramento sobre as condições para a existência de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Palavras-chave: Criminologia – Teoria política – Teoria da democracia – Estado penal – Encarceramento em massa.

the neoliberal turn. At the end, the authors point out some possible impacts of mass incarceration over the existence conditions of a truly democratic society.

Keywords: Criminology – Political Theory – Democratic Theory – Penal State – Mass incarceration.

Sumário: 1. Introdução. 2. Compreensões preliminares: as relações entre estado, democracia, cidadania e encarceramento em massa. 2.1. Um arranjo interligado entre Estado, democracia e cidadania. 2.2. Estado, democracia e direito penal: breves incursões interessadas no garantismo jurídico. 2.3. Encarceramento e teoria da democracia. 3. O encarceramento no século XXI. 4. Compreendendo o encarceramento em massa brasileiro. 5. A operacionalidade do estado penal brasileiro: hipóteses de (sobre) exclusão e neutralização da cidadania via encarceramento em massa. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

De acordo com os dados oficiais disponíveis[1], temos, como retrato mais ou menos acurado e geral do sistema prisional brasileiro[2], uma população carcerária

1. Os dados referem-se ao último relatório disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2016), publicado em dezembro de 2017 e com informações atualizadas até junho 2016.
2. Refere-se aqui, de modo amplo, aos dados globais do encarceramento brasileiro. As discussões relativas a internação de portadores de sofrimento psíquico em conflito com a lei, encarceramento feminino e encarceramento de adolescentes (no sistema de justiça juvenil), embora fundamentais para uma análise mais pormenorizada do problema, não serão aqui abordadas, por envolverem peculiaridades que demandariam um aprofundamento para além dos limites do trabalho – as relações entre psiquiatria e direito penal; o machismo e o patriarcado na construção do sistema carcerário feminino, e o menorismo e as ideias tutelares na justiça de adolescentes, respectivamente.

   Indica-se, sobre encarceramento feminino, a consulta aos dados do INFOPEN Mulheres, cuja 2ª edição foi publicada em 2018, com dados atualizados até junho de 2016, que mostram um encarceramento proporcionalmente mais acelerado e concentrado na criminalização de drogas, bem como os trabalhos de KILGORE, 2015, p.153-164, MENDES, 2012, p. 153-183; ISHIY, 2015; CORTINA, 2015; QUEIROZ, 2015.

de mais de 720.000 pessoas e uma taxa de encarceramento de 352,6 presos para 100 mil habitantes, o que nos coloca, respectivamente, com a 3ª maior população carcerária do mundo, em números absolutos, e com a maior taxa de encarceramento, entre os países sul-americanos[3-4]. Mais de 64% da população carcerária é de pessoas negras; 75% só possui o ensino fundamental completo; e a faixa etária predominante é a de 18 a 29 anos (mais de 55%). Tudo isso num sistema composto de aproximadamente 40% de presos provisórios[5], lotado praticamente ao dobro de sua capacidade (taxa de ocupação de 197,4% em junho de 2016). Isso sem mencionar os problemas notórios e persistentes das péssimas condições carcerárias e ausência de garantia dos direitos mais elementares, insalubridade e tortura que sofre a população prisional nos estabelecimentos penitenciários brasileiros,

Relativamente à internação de portadores de sofrimento psíquico, WEIGERT, 2015; BRANCO, 2016.

Sobre encarceramento de adolescentes no sistema de justiça juvenil, RODRIGUES, 2016; SOUZA, FERRAZ, 2017.

3. A comparação entre países é feita, atualizada e disponibilizada on-line pelo Institute for Criminal Policy Research – ICPR (antigo International Centre for Prison Studies – ICPS), na base de dados World Prison Brief (disponível em: [www.prisonstudies.org/]). Os dados sobre o Brasil constantes da base de dados ainda não foram atualizados de acordo com o último relatório INFOPEN 2016, constando, em 07 de maio de 2018, um número absoluto de 675 mil presos no Brasil. Ainda assim, o Brasil já teria passado a frente da Rússia, cujo número total de presos estaria, segundo os últimos dados disponíveis, abaixo dos 600 mil.
4. Mais importante do que a comparação a nível mundial, onde o Brasil apresenta a 6ª maior taxa de encarceramento entre países com mais de 10 milhões de habitantes, a comparação entre países com características sociais, econômicas e culturais semelhantes é a que permite melhor avaliação acerca da moderação ou não do uso do encarceramento como resposta ao crime, uma vez que as taxas de encarceramento, como se sabe, variam consideravelmente entre as diferentes regiões do mundo (sobre isso, vide: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014. p. 12). Assim, não faz muito sentido comparar taxas de encarceramento entre países com contextos tão distintos quanto Estados Unidos, Cuba, Tailândia, Ruanda e Rússia, para ficar apenas entre os cinco que figurariam à frente do Brasil numa comparação global. Não é à toa, aliás, que o próprio ICPR orienta a pesquisa em seu banco de dados reunindo os países por região. No caso das Américas, os países são agrupados em América do Norte, América Central e América do Sul.
5. Assim considerados pelo INFOPEN aqueles sem condenação em primeiro grau. Esse é o critério também adotado pela literatura estrangeira e pelos organismos internacionais, como o ICPR, de modo a permitir a comparação de dados entre os diversos países.

fatos estes, inclusive, já oficialmente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF 347[6].

A princípio, em termos conceituais, a simples desproporção entre o número de vagas, de um lado, e o de presos, de outro, não indica necessariamente a ocorrência de "encarceramento em massa"[7]. Nesse sentido, é possível haver superlotação carcerária sem encarceramento em massa, assim como é possível haver uso excessivo da prisão como resposta ao crime e nenhuma superlotação carcerária. O caso dos EUA, por exemplo, é paradigmático quanto a isso. Segundo os dados do ICPR, os EUA apresentavam em 2014 um pequeno excedente no número de presos em relação ao total de vagas disponíveis (ocupação de 103,9%). Ainda assim, o país segue sendo o paradigma mundial da política de encarceramento em massa, tendo saltado de aproximadamente 500 mil presos (taxa de 280 presos/100 mil hab.), no início da década de 1980, para mais de 2,2 milhões de presos, em 2014 (taxa de 655 presos/100 mil hab.). A diferença é que os EUA vêm experimentando nos últimos anos uma tendência de queda em sua taxa de encarceramento, resultado de uma mobilização política bipartidária, congregando tanto democratas quanto republicanos, que estão de acordo quanto à inviabilidade financeira de fazer frente ao custo de manter um número tão elevado de pessoas encarceradas[8], principalmente quando não há nenhuma demonstração empírica das vantagens que a política de encarceramento em massa adotada

6. A ADPF 347 foi proposta pelo PSOL em 2015 e nela busca-se ver reconhecido o estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro e, a partir daí, a adoção de uma série de medidas práticas para reduzir a superlotação carcerária e garantir respeito mínimo aos direitos fundamentais dos presos.
7. Termo que será utilizado no trabalho por sua ampla popularidade e certa consagração no meio acadêmico-científico, sem prejuízo de outros, como "grande encarceramento" ou "hiperencarceramento". Loïc Wacquant prefere a última expressão, sustentando que "encarceramento de massa" sugeriria que o confinamento diria respeito a largas fatias da cidadania, configurando assim uma "rede penal" lançada por todo o espaço social e físico, o que seria um equívoco. Primeiro, porque o encarceramento se refere a uma parcela precisa e determinada da população; segundo, porque a expansão e intensificação das atividades policiais e judiciais, bem como as prisões, não foram amplas e indiscriminadas (nos EUA, foram os homens negros e de classe baixa, presos no gueto decadente); e terceiro, porque esta tripla seletividade seria propriedade constitutiva do fenômeno (WACQUANT, 2010, p. 78).
8. Quanto ao acordo político entre democratas e republicados acerca da necessidade de reformar o sistema de justiça criminal norte-americano, reduzindo o uso da prisão (INIMAI, 2015).

nas últimas décadas tenha trazido em termos de redução da criminalidade[9]. Já o Brasil, ao contrário, segue numa forte tendência de aumento da taxa de encarceramento, tendo ficando atrás apenas da Indonésia em matéria de ritmo de crescimento da população carcerária entre os anos de 1995 e 2010[10].

Na leitura de David Garland, seriam dois os traços essenciais do encarceramento em massa: (i) *números absolutos*, taxas de encarceramento e populações prisionais marcadamente acima da média histórica e comparativa das sociedades; e (ii) *concentração social dos efeitos do encarceramento*, ou seja, deixa-se de encarcerar desviantes individuais para aprisionar grupos populacionais inteiros (2001, p. 1-2)[11].

Existem diversas leituras e debates, travados nas mais diferentes perspectivas, acerca do encarceramento em massa. Uma primeira visão, mais conservadora, analisa o fenômeno por uma ótica exclusivamente "técnica", "estatística" ou "pragmática", na qual se pretende "resolver problemas concretos e imediatos", retratados como desvios ou excepcionalidades diante da racionalidade do sistema de justiça criminal (DE GIORGI, 2017, p. 8-10). Por louvável que possa ser o esforço científico de análise e proposição, esta pretensão de "assepsia política", associada, muitas vezes, a vínculos subterrâneos e promíscuos com o poder político constituído[12], permite, no máximo, conclusões e propostas parciais, de curto ou médio alcance, descompromissadas com um horizonte social menos violento e mais democrático. Não é essa a perspectiva aqui adotada.

Por outro lado, parece mais honesto compreender o encarceramento em massa não como uma "fatalidade" ou "excepcionalidade", mas como o resultado da

9. Sobre o reduzido impacto da política de encarceramento em massa sobre as taxas de criminalidade verificadas nos EUA nas décadas de 1990 e 2000, ver: ROEDER, 2015; e TONRY, 2014.

10. Dados extraídos do quadro comparativo constante do INFOPEN – jun. de 2014.

11. Também quanto a esse quesito, os EUA são paradigmáticos. Tomando por base o censo norte-americano de 2010, Leah Sakala apurou que, enquanto a taxa de encarceramento de homens brancos girava em torno de 450 presos por 100 mil/hab., a taxa de encarceramento de homens negros era de 2.306 pessoas por 100mil/hab., ou seja, mais de cinco vezes maior do que a de brancos (SAKALA, Leah. *Breaking Down Mass Incarceration in the 2010 Census*: State-by-State Incarceration Rates by Race/Ethnicity. 2014. Disponível em: [www.prisonpolicy.org/reports/rates.html]. Acesso em: 07.05.2018).

12. Tendências criminológicas conhecidas como "gerencialismo" (ou "gerencialismo gauche"), forma de governo da questão criminal que, embora aparentemente comprometida com um norte de redução de danos, relegitima a violência estatal. Sobre isso, conferir CARVALHO, 2014, p. 139.

combinação de uma série de fatores econômicos, políticos, sociais e culturais, cada um com maior ou menor peso, a depender de cada país ou região que experimenta o fenômeno. Como Garland observa, o encarceramento em massa emergiu como resultado de uma série de políticas e decisões, como um realinhamento político geral e cultural que produziu o fluxo e volume de prisioneiros em custódia hoje (2001, p. 2).

É nesse sentido que o trabalho se situa e se justifica. Apesar de haver uma larga e importante produção científica a respeito do encarceramento em massa, observa-se certa lacuna – ao menos nas análises brasileiras – no que diz respeito às relações envolvendo o fenômeno, à edificação do Estado penal e seus possíveis efeitos na construção da cidadania e da democracia. Assume-se desde já que essas relações podem existir, na medida que encarcerar sistemática e seletivamente largos grupos sociais (via de regra, a juventude pobre e negra) promove impactos no sistema democrático e na construção e efetivação da cidadania de uma parcela cada vez maior da sociedade. A questão, porém, a que o trabalho pretende oferecer alguma chave de leitura teórica é em que medida isso pode ocorrer. Ou seja, *como e por quais mecanismos, quais engrenagens, a expansão do sistema penal, na "Era do Grande Encarceramento", pode afetar a democracia e cidadania no Brasil*.

Para enfrentar essa questão, serão, primeiro, traçadas as relações entre Estado, democracia e cidadania, e destes com o encarceramento, delineando-se seus sentidos e conexões; num segundo momento, será abordada a punição no século XXI, isto é, o sentido e as características do encarceramento contemporâneo; na sequência, será apresentada breve análise do encarceramento brasileiro, compreendendo suas peculiaridades; e, ao final, serão apontadas possíveis formas de (sobre)exclusão e neutralização da cidadania pelo sistema penal.

2. Compreensões preliminares: as relações entre Estado, democracia, cidadania e encarceramento em massa

2.1. Um arranjo interligado entre Estado, democracia e cidadania

Para que seja possível estabelecer as relações entre o encarceramento em massa e o sistema político de modo geral, é fundamental apresentar o que se compreende e quais as relações entre os conceitos de Democracia, Cidadania e Estado. Com Guillermo O'Donnell, entendemos tratarem-se de conceitos absolutamente imbricados.

No que concerne à noção de Democracia (inclusive democracia política), O'Donnell sustenta ela ser composta por três elementos: (i) eleições (razoavel-

mente) limpas[13]; (ii) direitos positivos de votar e eventualmente tentar ser eleito e atividades relacionadas com o exercício desses direitos e (iii) um conjunto de liberdades negativas necessárias para possibilitar as eleições e o exercício de seus direitos de participação (2010, p. 37).

Trata-se de um regime que pressupõe a concepção do ser humano como um *agente* que adquiriu, através de processos históricos que variaram ao longo do tempo e espaço, o título de ser reconhecido e legalmente amparado como um portador de direitos à cidadania não só política, mas, também, civil, social e cultural (idem, p. 9). A unidade individual da democracia não é, para O'Donnell, o eleitor, e sim o *cidadão*, entendido como um agente legalmente habilitado e protegido. Como portadores de pelo menos um núcleo básico de liberdades e direitos políticos, os cidadãos dispõem de personalidade legal, condição sancionada legalmente e independente de reconhecimentos intersubjetivos (idem, p. 16).

É precisamente essa qualidade de detentor de direitos e liberdades que define o cidadão como *agente*, e se trata de uma atribuição que independe de condição social e características pessoais, exceto idade e nacionalidade (idem, p. 39-40). Para O'Donnell, a agência implica o pressuposto de tomar decisões consideradas razoáveis e que podem ter consequências importantes. Os indivíduos podem não exercer tais direitos e liberdades, mas o sistema legal de um regime democrático considera todos como igualmente capazes de exercer tanto seus direitos e liberdades quanto suas obrigações (idem, p. 40).

A *cidadania política*, portanto, é correlato individual do regime democrático, que consiste em indivíduos que contam com a atribuição legal dos direitos (e obrigações correspondentes) determinados pela "aposta democrática": isto é, participar de eleições limpas, votar e ser eleito, tomar parte em atividades afins, com algumas liberdades concomitantes (tais como as de expressão, associação, acesso à livre-informação e ao livre-movimento) necessárias para o exercício efetivo desses direitos (idem, p. 42)[14].

13. "Eleições razoavelmente limpas" são aquelas que cumprem a condição de serem competitivas (o eleitor deve dispor de uma série mínima de opções de voto, inclusive podendo não votar), livres (o cidadão não pode ser coagido a votar), igualitárias (votos computados por igual e sem fraudes), decisivas (permitam a assunção de cargos governamentais correspondentes; que seus ocupantes possam tomar as decisões autorizadas pelo sistema jurídico-constitucional e que concluam seus mandatos no prazo ou condições estipuladas); inclusivas (o direito de votar e ser eleito, outorgado a todos os cidadãos do respectivo país) e institucionalizadas (que elas continuem a acontecer durante um futuro indeterminado). (O'DONNELL, 2010, p. 30-33).

14. Não se desconhece as críticas contemporâneas, sobretudo referentes ao Brasil enquanto país de capitalismo periférico, no qual mal havia (e até hoje mal existe, efetivamente),

A condição de cidadania política é, assim, (i) *adscritiva*, porque decorrente de *ius solis* ou *ius sanguinis*; (ii) *potencialmente empoderadora*, na medida em que os indivíduos podem querer usar esses direitos e liberdades a fim de levar a cabo uma variedade de ações; (iii) *limitadamente universalista*, no sentido de que dentro da jurisdição do Estado é atribuída em termos iguais a todos os adultos que satisfaçam o critério de nacionalidade; (iv) *condição formal*, porque estabelecida por normas legais que em seu conteúdo, promulgação e aplicação satisfaçam critérios estipulados por outras normas legais; e (v), por fim, é, também, *pública*, por ser, primeiro, o resultado de leis que demandam o cumprimento de exigências cuidadosamente explicitadas com relação a sua publicidade e, segundo, que os direitos liberdades e obrigações que se atribuem a cada ego implicam um sistema de reconhecimentos mútuos entre todos os indivíduos, independente de posição social, como portadores desses direitos (idem, p. 43).

Em síntese, um regime democrático é aquele em que os cidadãos têm direito sancionado e amparado legalmente de participar de eleições limpas que decidem, por meio de competição entre partidos políticos ou organizações equivalentes, quem ocupará os cargos governamentais mais elevados (pelo menos) em nível nacional, podem tentar, se assim o desejarem, ser eleitos para esses cargos e desfrutam, durante e entre eleições de liberdades políticas, também sancionadas e amparadas legalmente (idem, p. 42-43).

Analisando o regime democrático, encontram-se dois componentes indispensáveis para sua existência: (i) o *cidadão*, que, como visto, é figura maior que um mero eleitor, e compõe a *unidade individual básica*, o *agente* que dá sentido e fundamento à cidadania, e que, nesse sentido, é um *fundamento micro* da democracia; e (ii) o *Estado*, situado em nível *macro*, com suas várias faces e dimensões (idem, p. 47).

Sobre o Estado, há dois aspectos fundamentais em sua definição que se encontram implicados pela própria definição de regime democrático: é, também, o *sistema legal* que sanciona e respalda direitos e liberdades fundamentais; e (ii) é *o subconjunto de burocracias* que atua de maneira consistente com a efetivação de tais direitos e liberdades (idem, p. 16).

Para O'Donnell, fica claro então que a democracia contemporânea se baseia na ideia de agência sancionada e apoiada legalmente, pelo sistema jurídico, como justamente uma das dimensões do Estado (idem, p. 66).

---

na prática, uma apreensão ideal da cidadania, e, hoje, no auge do neoliberalismo, o conceito encontrar-se-ia deturpado e destituído de sua característica essencial de participação político-democrática. Sobre isto, BATISTA, 2004a, p. 95-101.

O Estado, em um regime democrático, possui pelo menos três características. Ele é: (i) a parte do sistema legal que promulga e ampara os direitos de participação e liberdades comuns ao regime; (ii) o subconjunto de burocracias encarregado de implementar e proteger os direitos e liberdades mencionados; (iii) a unidade que delimita o eleitorado do regime (idem, p. 82-83).

No que se refere ao Estado como *sistema jurídico*, O'Donnell relaciona esta noção às definições de *Estado de Direito* ("Rule of Law"), que retomam à Grécia antiga (idem, p. 134-135).

O Estado de Direito seria dotado das seguintes características: (i) leis prospectivas, públicas e claras; (ii) leis relativamente estáveis; (iii) confecção de leis específicas deve orientar-se por regras gerais públicas, estáveis e claras; (iv) garantia de independência do poder judiciário; (v) observância dos princípios de justiça natural (audiências judiciais abertas e equitativas e ausência de vieses nos processos); (vi) poderes de revisão para os tribunais, de modo a se assegurar conformidade ao Estado de Direito; (vii) fácil acessibilidade aos tribunais e (viii) proibição de que o critério das instituições de prevenção do delito perverta a lei (idem, p. 135-136). Importante observar que o Estado de Direito é um ideal político, nunca plenamente realizado, sempre em maior ou menor grau (idem, p. 139).

O'Donnell sustenta, ainda, que quando se concebe a democracia, ela deve ser considerada não só como uma característica genérica do sistema legal e do desempenho dos tribunais, mas, também, como o governo com base legal de um Estado que abriga de um regime democrático (idem, p. 138). Importante observar, assim, que adjetivos como "democrático" ou "autoritário" são pertinentes não só para o regime, senão, também, para o Estado. Um raciocínio *a contrario sensu* é capaz de demonstrar isto: no Estado autoritário não existe um sistema legal que assegure a eficácia dos direitos e garantias que indivíduos e grupos possam articular contra os governantes, o aparato estatal e outros que ocupem o topo da hierarquia social e política existente; ademais, o contrário é igualmente claro (idem, p. 12-13).

Como O'Donnell afirma, o Estado está em todos os lugares e em nenhum lugar. O Estado não só tem diferentes faces; ele mostra diferentes faces a diferentes indivíduos, sendo que os mais privilegiados esperam tratamento privilegiado (idem, p. 164-170). O autor é categórico ao afirmar que as graves negações de agência e direitos de cidadania pelo Estado, *a pobreza material e legal* implica em uma "cidadania de baixa intensidade" (idem, p. 171). O'Donnell trabalha, ainda, criticamente, com a dualidade entre as chamadas *extralimitações* (quando o poder público se privatiza nas mãos do funcionário, que vai além de suas atribuições legais); e *infralimitações* (quando as obrigações públicas são reduzidas,

omitidas ou mal realizadas pela administração), estas últimas mais sentidas pelos pobres e discriminados (idem, p. 175-176)[15].

Por todo o exposto, observa-se que o regime democrático e a cidadania se pressupõem entre si e, em conjunto, pressupõem o Estado, que, por sua vez, garante a existência e efetividade tanto do primeiro quanto da segunda[16].

2.2. Estado, democracia e direito penal: breves incursões interessadas no garantismo jurídico

Por outras matrizes teóricas, mas chegando a conclusões semelhantes, encontra-se o pensamento de Luigi Ferrajoli, que articula a noção de Democracia com a constitucionalização dos direitos fundamentais e as obrigações estatais de proteção destes direitos.

Conforme sustenta Ferrajoli em *Direito e razão*, *há um vínculo indissolúvel entre a garantia dos direitos fundamentais, a divisão de poderes e a democracia* (1995, p. 10). Sobre essa última, costuma-se reduzi-la erroneamente ao mero exercício de poder definido pelo princípio majoritário; porém, Ferrajoli contrapõe esta noção com a ideia de que a proteção a direitos fundamentais compõe faceta fundamental do conteúdo do princípio democrático (idem, p. 11-12).

---

15. Por outra perspectiva, observando que uma das marcas da experiência democrática brasileira contemporânea encontra-se na dicotomia *subintegração* (grupos sociais excluídos, à margem de direitos e garantias fundamentais) e *sobreintegração* (grupos de poder que usam o direito para seus próprios interesses privatísticos, seguros de sua impunidade) (NEVES, 2012, p. 248-258).

16. Isso vale, é claro, para as formas de organização das sociedades complexas contemporâneas, não se podendo descartar – vale o registro – a hipótese de que teria sido a própria concentração de poder vertical em nome do Estado, como ente transcendente às relações intersubjetivas e comunitárias, o que potencializou a formação das classes sociais e da exploração entre elas, em oposição à forma de organização social que Pierre Clastres identificou em algumas sociedades tradicionais (indivisas ou sem Estado, como ele as chamava), que se caracterizavam exatamente pela resistência comum a qualquer tipo de concentração de poder (CLASTRES, 2012). A partir desse ponto de vista, o Estado poderia ser identificado como um fator que se opõe às ideias de democracia e cidadania ou que, pelo menos, não pode ser tomado como condição necessária para a existência destas, como faz O´Donell. Essa concepção política, identificada por Clastres nas sociedades primitivas, vem sendo defendida por alguns autores também para as sociedades contemporâneas, como é o caso daqueles que trabalham com o modelo de existência e coexistência baseado na noção do "comum", assim entendido aquele que dispensa a intermediação do Estado e do Mercado na gestão da riqueza social produzida pela multidão (citando expressamente Pierre Clastres, confira-se, a propósito: MENDES; CAVA, p. 34).

Abordando os conceitos de Democracia e Estado de Direito, Ferrajoli recorta as perguntas "quem pode e como se deve decidir", das perguntas "o que se deve e o que não se deve decidir": as primeiras questões se referem às formas de governo e ao caráter politicamente democrático do sistema político; as segundas se referem às estruturas de poder, e ao caráter justo ou autoritário do sistema jurídico. Ambas, contudo, devem se submeter a condições formais e substanciais de validade (idem, p. 857-858).

Em um sentido não formal ou político, senão *substancial e social de Democracia*, *o Estado de Direito equivaleria à Democracia*, dado que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Nesse sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes, pode ser considerado o traço mais caraterístico, estrutural e substancial da Democracia: as garantias liberais e sociais expressam, com efeito, os direitos fundamentais dos cidadãos frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais fracos contra os mais fortes e a tutela de minorias marginalizadas em relação a maiorias integradas. Não existe diferença, nesse sentido, entre direitos de liberdade e direitos sociais; também os direitos sociais, na verdade, sobretudo em países extremamente desiguais, tendem a converter-se em uma condição minoritária, como direitos individuais contrários à vontade e interesses da maioria. Ferrajoli chama então de *Democracia substancial ou social* o Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais; e *Democracia formal ou política* o Estado político representativo, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (idem, p. 864-865).

Ferrajoli persiste, ainda, ao afirmar que um projeto de Democracia social forma, portanto, um todo único com o de um Estado social de direito: consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e, correlativamente, dos deveres do Estado, ou, se se quiser, na *maximização das liberdades e das expectativas e na minimização dos poderes*, ou seja, Estado liberal mínimo e Estado Social máximo: *Estado mínimo na esfera penal e Estado máximo na esfera social* (idem, p. 865-866). Encerra Ferrajoli afirmando o caráter sempre imperfeito deste esquema de legitimação: garantismo e democracia são sempre, de fato, modelos normativos imperfeitamente realizados, e valem, portanto, para além de parâmetros de legitimação, como parâmetros de deslegitimação política (idem, p. 886).

Na obra *Principia iuris*, Ferrajoli segue afirmando que a Democracia implica, necessariamente, o Direito. Poderia haver Direito sem Democracia; porém, *não pode haver Democracia sem Direito*, uma vez que ela é um conjunto de regras sobre o válido exercício do poder: por um lado, as regras que conferem poderes de autodeterminação individual e coletiva garantindo sua igual titularidade a todos

enquanto pessoas ou cidadãos; por outro, as regras que impõem limites e vínculos a estes mesmos poderes para impedir sua degeneração em formas despóticas e garantir seu exercício em tutela dos interesses de todos (2011, p. 17).

Ferrajoli defende, então, um *modelo quadridimensional de Democracia: política, civil, liberal e social* (respectivamente, direitos políticos e civis, direitos de liberdade e direitos sociais), todas essas dimensões necessárias para uma verdadeira *Democracia Constitucional* (idem, p. 23-24). Por fim, Ferrajoli observa como a expansão de punição e criminalização, na verdade, contraria a democracia em seu aspecto substancial (idem, p. 352 e ss.)[17]; a inflação do Direito Penal promoveria sua deformação grosseira, (re)produzindo desigualdades sociais e políticas estruturais (idem, p. 358-359). Ferrajoli passa, então, a criticar a expansão do encarceramento, e afirma o caráter antidemocrático do fenômeno (idem, p. 361 e ss.).

2.3. Encarceramento e teoria da democracia

A partir desse ponto, passa-se a uma análise mais pormenorizada das relações entre encarceramento e democracia.

Bernard Harcourt observa que o encarceramento seria "invisível" na teoria política, e que isso seria um sintoma da "virtualidade" da Democracia, demonstrando sua tendência a operar sem a participação plena de seus cidadãos e projetando a responsabilidade pelos riscos nos políticos e nos especialistas (2014, p. 6). Harcourt se pergunta, então, por que isso ocorreria.

De fato, não se trata de algo novo; a invisibilidade do cárcere perante a teoria democrática nasceu concomitantemente com ela (idem, ibidem). Conforme observa nos textos fundadores da teoria democrática, principalmente o *Democracy in America* (1835), de Alexis de Tocqueville, Harcourt argumenta que ele nasce juntamente com a primeira penitenciária nos EUA, mas a ninguém ocorre relacionar os dois fenômenos, nem mesmo o próprio Tocqueville, que, dois anos antes (1833), já havia se debruçado sobre a temática das prisões em *On the penitentiary system in the United States and its application in France* (idem, p. 6-7). Esse relatório, aliás, é importante observar que se trata de uma das primeiras teorizações da prisão e da punição pelos pensadores políticos da democracia. A falta de contraste ou de constrangimento com a Democracia pode se dever ao fato de que aqueles que estavam na prisão estavam desfiliados politicamente (não

17. Por outras lentes, afirmando que essa expansão fulmina a própria concepção de Estado de Direito, HUSAK, 2008, p. 4-13.

tinham direito de votar ou ser votado, e perdiam boa parte dos direitos individuais de que desfrutavam antes do cárcere), não sendo sujeitos comuns do pensamento democrático (idem, p. 7).

Harcourt percebe que a orientação de Tocqueville sobre a prisão foi marcada por uma visão do criminoso como "inimigo social", e, como resultado, sua intervenção política em relação à penitenciária foi focada em administrar as populações prisionais, e não em democratizar os prisioneiros, preparando-os como cidadãos (idem, ibidem). O que se destacava era a "combinação ideal" entre os objetivos de reforma (reeducação) e repressão (retribuição), com elogios à produção de obediência pelo sistema norte-americano (idem, p. 8). Em síntese, os escritos de Tocqueville sobre a prisão viam o criminoso como um inimigo, e não como um cidadão potencial, silenciando sobre a temática em sua principal obra de teoria democrática (idem, ibidem).

Harcourt passa, então, a tentar entender por que a prisão seria largamente invisível à teoria ou prática democrática (idem, p. 9), e, para isso, lança algumas explicações possíveis: (i) uma *política de "respeitabilidade"*, no sentido de que não era interessante nem sequer aos movimentos sociais a representação dos presos (argumento a partir do conceito de "subproletariado", na acepção marxista mais ortodoxa e tradicional, que, de forma pejorativa, sustenta suas características negativas e sua possibilidade de aparelhamento pela burguesia em *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*); (ii) a percebida "imoralidade" *do crime*, o que se refletiria em posições moralistas em relação ao crime e ao criminoso; (iii) *o impacto e peso da prisão* foi e ainda é sofrido de maneira desproporcional pela comunidade afro-americana e pelos estratos economicamente desfavorecidos da sociedade, o que, numa visão estreita e liberal de democracia, causaria pouco ou nenhum constrangimento, por não afetar as classes dominantes; (iv) *a internalização da tese básica do liberalismo econômico*, de que o governo seria incompetente em matérias econômicas e não deve nelas intervir, mas, ao contrário, desfrutaria de grande legitimação de ação governamental em policiamento e punição, no sentido de uma governança exclusivamente orientada para a segurança (idem, p. 10-11).

Acrescenta Harcourt pelo menos mais três explicações possíveis: (i) o problema da "democracia virtual": o sistema democrático (ao menos, o dos EUA) é feito de eleitores potenciais, porque, na verdade, apenas entre 50 e 60% das pessoas votam, logo, a exclusão de mais ou menos 2,5% da população (o que seria a parcela encarcerada ou submetida ao sistema penal) não seria um "problema", sendo as populações prisionais irrelevantes para a democracia virtual; (ii) a assunção pelo governo da responsabilidade pela segurança; e, finalmente, (iii) a *especialização criminológica*: nos EUA, ao contrário de outros países como, por

exemplo, a Suíça, não há maciços e significativos investimentos no sistema prisional para que a reinserção social do preso possa prepará-lo para ser um cidadão, havendo tão somente uma mera administração burocrática e disciplinar do tempo preso, quando muito (idem, p. 11-13).

Peter Ramsay, a seu turno, constata como o encarceramento em massa foi possível sob um regime democrático tanto nos EUA como no Reino Unido (2016, p. 84). O autor passa a traçar a relação entre a severidade penal crescente, populismo e democracia, sendo que o populismo penal tenderia a aumentar enquanto a participação na política e nas eleições diminuiria, sendo, assim, sintoma da impopularidade da política no declínio da participação na vida pública (LOADER, 2008, p. 399-410). O autor acredita que uma maior participação política e maior envolvimento democrático poderiam levar a níveis mais moderados de severidade penal (RAMSAY, 2016, p. 84).

Para Ramsay, a igualdade política estaria (ou deveria estar) no coração da racionalidade penal; assim, quanto mais seriamente uma sociedade levasse a ideia de igualdade política como princípio reitor, mais limitado seria o uso do encarceramento, e mais próximo se poderia chegar da total abolição das prisões (idem, p. 85).

É interessante observar, com Ramsay, que num Estado Democrático cidadãos desfrutariam de um *status* igual ao dos legisladores/governantes, mas o encarceramento acaba por privá-los dessa condição, por mais que se busquem objetivos de ressocialização ou reinserção no âmbito do sistema de justiça criminal (idem, p. 89).

Finalmente, para Ramsay, a verdadeira igualdade política requer que todo o processo político seja aberto a todos os cidadãos em bases iguais, o que promove liberdades civis e aprofunda direitos políticos. A liberdade civil é característica essencial da igualdade política, e todo ato de encarceramento destitui o cidadão da sua igualdade política pelo tempo de duração de sua prisão, já que, no mínimo, subtrai o direito de se mover, reunir, associar e desfrutar de uma vida privada. O encarceramento destitui o cidadão de um aspecto essencial da cidadania democrática: sua igualdade política formal. O encarceramento é, assim, inconsistente com a igualdade política formal (idem, p. 91).

Com uma perspectiva semelhante, Loader e Sparks traçam uma segunda linha de crítica ao encarceramento em massa, situando-o no quadro da teoria política e na prática, chamando a atenção para análises da "sombra" do fenômeno sobre a democracia. Como o autor pontua, pensar democraticamente (ao invés de em simples termos de controle do crime) sobre a punição é se perguntar sobre os efeitos colaterais das transformações do Estado penal sobre a vida política e

participação, a formação de identidades políticas e cívicas, e a vida associativa de comunidades impactadas (LOADER; SPARKS, 2014, p. 117)[18].

Parece intuitivo, portanto, que a política penal, a forma como se constrói o Estado penal afeta decisivamente o desenvolvimento da cidadania e a construção de um regime político democrático. Mas como, exatamente? Para tentar responder a essa pergunta, passa-se aos dois pontos subsequentes do trabalho: uma breve incursão no encarceramento, compreendendo o fenômeno desde suas origens até a contemporaneidade, bem como estudando o fenômeno no Brasil, à luz das peculiaridades históricas, econômicas e culturais do país.

3. O encarceramento no século XXI

Para um embasamento político-criminal a respeito das tensões entre encarceramento em massa, Estado, democracia e cidadania é fundamental que se compreenda o que é a prisão, hoje, e quais os seus propósitos e funções contemporâneas. Assim, nesta primeira abordagem, analisa-se brevemente o desenvolvimento da punição nos países centrais.

A prisão, desde suas origens, com as casas de raspagem holandesas, as *bridewells* inglesas e o *hôpital general* francês nos séculos XVI e XVII[19], até mais ou menos a década de 70 do século passado, era inserida e compreendida numa lógica mais ou menos homogênea, que sofreu, de certa forma, poucas mudanças significativas ao longo desse período de tempo: exclusão social associada a inclusão disciplinar e controle das classes menos favorecidas, da mão de obra excedente com vistas ao seu aproveitamento útil em um sistema econômico capitalista – seja

18. Nesse ponto, interessa trazer a obra de Loïc Wacquant, que estuda a reformatação do Estado na era da ideologia hegemônica do mercado (WACQUANT, 2013, p. 18). O autor sustenta – analisando o encarceramento em massa dos EUA a partir dos anos 70 e suas relações com o desmonte do Estado social-caritativo – que o Estado penal aparece como prolongamento ideológico e complemento institucional da mão invisível do mercado de trabalho desqualificado, controlando as desordens geradas pela difusão de insegurança social e a desestabilização correlata das hierarquias estatutárias até então existentes. A regulação das classes populares é suplantada (EUA) e suplementada (UE) pela regulação da mão direita do Estado, que administra a polícia, a justiça e a prisão, cada vez mais ativa e interveniente nas áreas subalternas do espaço social urbano (idem, p. 32).

19. Sobre isto, conferir RUSCHE; KIRCHHIMER, 1999, p. 61-75; BITENCOURT, 2011, p. 37-42; ANITUA, 2008, p. 113-123. Sobre esta história, nos EUA, conferir BLOMBERG; LUCKEN, 2000.

de tipo mercantil ou industrial[20]. São as linhas gerais do chamado *modelo penal-welfare* ou "*welfarismo penal*", que se consolida em definitivo a partir do final do século XIX, e que consiste na edificação, mais ou menos correlata ao desenvolvimento do Estado social (*welfare state*) no mundo ocidental, de grandes sistemas penitenciários e de controle social correcional, baseados em ideais de ressocialização e reintegração, nos quais a punição figura como tratamento e correção moral dos desviantes (GARLAND, 1985, 2005).

A partir dos anos 70 do século XX, o mundo ocidental passa por mudanças profundas de diversas ordens, todas relacionadas, de uma ou outra maneira, com a expansão penal contemporânea. O capitalismo industrial dá lugar a um capitalismo financeiro neoliberal[21], abandonando-se os velhos modelos fordistas de gestão da mão de obra em prol do trabalho técnico e cada vez mais qualificado (DE GIORGI, 2006); o mundo pós-moderno assiste ao surgimento de medos e inseguranças sociais difusas, frutos ocultos do colapso econômico dos grandes Estados Sociais geridos no pós-1945, que, por sua vez, dão lugar a verdadeiros Estados Penais, em que se governa precipuamente por políticas neoliberais de "combate" ao crime e segurança pública[22], que, sendo do agrado imediato do grande público, se

20. Representativos destas interpretações, RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit.; FOUCAULT, 2010. MELOSSI; PAVARINI, 2006.

21. "Neoliberalismo" é uma expressão de ampla disputa pelas ciências humanas. Adota-se uma perspectiva combinada: ao mesmo tempo, trata-se de, mais do que uma política econômica, de uma racionalidade que estrutura não apenas a ação dos governantes, mas, também, a própria conduta dos governados (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17); de outro lado, com Loïc Wacquant, percebe-se como o neoliberalismo é um projeto político transnacional, que, visando refazer o nexo entre mercado, estado e cidadania a partir de cima, articula quatro lógicas institucionais: (i) desregulamentação econômica; (ii) delegação, retração e recomposição do estado de bem-estar; (iii) expansão do aparato penal; e (iv) alegoria cultural da responsabilidade individual (WACQUANT, 2012, p. 31-32).

22. É Wacquant quem sustenta que o advento do neoliberalismo promoveu a passagem do Estado social (caritativo, no caso dos EUA) ao Estado penal, no qual há dupla regulação da miséria, através do *workfare* e do *prisonfare*, tornando-se o encarceramento política social e espacial de controle seletivo de jovens negros, transitando do gueto à prisão, e vice-versa (WACQUANT, 2010, 2013). Inclusive, concorda-se com Wacquant no que concerne à análise da criminalização e "guerra às drogas": é verdade que os números demonstram o peso do combate às drogas no incremento carcerário; contudo, deve-se compreender esse movimento a partir de uma perspectiva estrutural: a guerra às drogas é instrumento, uma das consequências da passagem do Estado social-caritativo para o Estado penal (WACQUANT, 2013, p. 115-116).

    A perspectiva de um governo ("governamentalidade", no sentido foucaultiano) pelo crime é estudada por Jonathan Simon, que associa o encarceramento em massa dos EUA

apresentam como formas daquilo que veio a se chamar "populismo punitivo"[23], que, a seu turno, retroalimenta os movimentos de hipercriminalização e encarceramento. O resultado concreto desse mosaico de mudanças é uma expansão vertiginosa, constante e sem precedentes do aprisionamento em nível mundial[24], sendo seguro afirmar que o mundo vive, hoje, uma (nova) "Era de Grande Encarceramento", com recortes demarcados de classe e raça.

A prisão foi, portanto, ressignificada. Não se trata mais de disciplinar, de readaptar ou reinserir: não é economicamente interessante, culturalmente desejável nem politicamente útil às classes dominantes[25]. Mas, ao mesmo tempo, a prisão não é dispensável: ela serve (como, no fundo, sempre serviu) para controle social repressivo e seletivo de marginalizados, excluídos e discriminados (WACQUANT, 2004; 2013, p. 306-320), e se insere em um complexo econômico próprio, que, hoje, é caracterizado por movimentos cada vez maiores de privatização de presídios e administração carcerária (CHRISTIE, 1993). Porém, no século XXI, ela é transformada de tal modo que passa a se destinar, exclusivamente, à incapacitação e neutralização dos "inadaptados", "consumidores falhos", das velhas "classes perigosas". "Trancar e jogar a chave fora" seria a expressão que melhor define os propósitos da prisão nesta altura da história ocidental, cujo impacto afeta, de forma

ao surgimento, a partir dos anos 70/80, de uma nova forma de governar, de exercer o poder, através de políticas de controle do crime pulverizadas e espraiadas por todos os espaços sociais (SIMON, 2007).

23. A pós-modernidade ou modernidade tardia promove o que Garland estuda como a "cultura do controle", na qual o controle penal se torna essencial para a cultura contemporânea (GARLAND, 2005). Jock Young, no mesmo sentido, traça as diferenças entre as ideias de inclusão e exclusão, sustentando que a virada pós-moderna promoveu uma sociedade excludente, na qual o sistema penal é instrumento de controle de massas indesejadas, dispensáveis (YOUNG, 2002). Por último, o chamado "populismo punitivo" é uma forma de reconfiguração do eixo de poder penal a partir do pós-guerra, que centraliza o "combate" ao crime e o criminoso como questões prioritárias da vida pública, em um suposto favorecimento de direitos de vítimas, o que compromete direitos e garantias fundamentais. Sobre isto, PRATT, 2007, p. 8-35. Diferentemente, sustentando ter havido incremento de punitividade na própria opinião pública, e esta, como causa autônoma de expansão penal (ENNS, 2014).

24. Em levantamento feito a partir de dados de 2008, Lappi-Seppälä verificou que, de um universo de 185 países pesquisados, 2 em cada 3 apresentava taxa de ocupação superior a 100% da capacidade declarada de suas unidades prisionais (LAPPI-SEPPÄLÄ, 2010).

25. Nesse ponto, vale a citação de Vera Malaguti, que leciona que, "se as prisões do século XVIII e XIX foram projetadas como fábricas de disciplina, hoje são planejadas como fábricas de exclusão" (BATISTA, 2003, p. 99).

seletiva, a juventude pobre e negra (DAVIS, 2003; BARAK; LEIGHTON; FLAVIN, 2010), suas famílias (COMFORT, 2007) e comunidades (CLEAR, 2007).

Ao mesmo tempo, como fenômeno contraposto, temos, também, um altíssimo número de indivíduos que sai da prisão e retorna ao convívio social em meio livre. Prender mais, excetuando-se casos de falecimento no meio prisional, ou penas de morte, traz como inevitável consequência um número cada vez maior de indivíduos que sai da prisão e precisa se reinserir, regressando ao convívio social. A esse fenômeno se dá o nome de "*prisoner* (ou "*offender*") *reentry*" (TRAVIS; CRAYTON, 2009, p. 797-804), e seu estudo, combinado às pesquisas relativas ao encarceramento em massa, permite compreender de forma mais precisa o impacto geral da exclusão punitiva sistemática de indivíduos do sistema social e político.

No que diz respeito à reinserção social de egressos, nos países centrais verificam-se problemas consideráveis, relativos principalmente ao problema dos antecedentes criminais e seu acesso e disposição ao público. Nos Estados Unidos, por exemplo, é bastante largo o acesso a dados criminais individuais, uma vez que estes são considerados como de interesse público, integrando o âmbito de proteção da 1ª emenda (liberdade de expressão e imprensa)[26]. Ademais, por ser um sistema cuja orientação punitiva contemporânea é essencialmente retributivista e atuarial[27], bem como de prevenção geral negativa (intimidação ou "deterrence"), busca-se, através da projeção de efeitos secundários, formais ou informais, às condenações criminais – também chamados "collateral sentencing consequences" ou "invisible punishments" (TRAVIS; CRAYTON, 2009, p. 800) –, desencorajar ou desestimular a prática delitiva (LARRAURI; JACOBS, 2011, p. 3)[28]. Assim,

26. A cultura jurídico-política dos EUA rejeita, veementemente, a ideia de "julgamentos secretos" ou de "segredos de justiça". Nesse sistema, dados criminais são possíveis de obtenção por várias formas, desde repositórios federais e estaduais, ou pela demanda de terceiros a varas e tribunais de justiça, ou até mesmo por "mercados particulares", em que se comercializa, pelo pagamento de "taxas", a busca de dados criminais em nível estadual ou nacional (LARRAURI, JACOBS, 2011, p. 2).

27. Sobre a política criminal atuarial estadunidense contemporânea, por todos, DIETER, 2013.

28. As práticas históricas dos EUA nessa questão sofreram algumas alterações ao longo dos séculos. Até os anos 60, ao egresso era dispensado um tratamento equivalente ao de uma "morte civil": como efeitos colaterais comuns naqueles tempos elencam-se, a título de exemplo, a dissolução automática do casamento; a negativa de licenças e permissões para o exercício de profissões ou mesmo para pesca e a proibição de contratar ou de litigar em causas cíveis. A partir dos anos 50 e ao longo dos anos 60, surgiram diversos movimentos sociais lutando pelos direitos civis de egressos, o que contribuiu para o declínio da quantidade e severidade de estatutos impondo efeitos colaterais naquele

não apenas leis estaduais ou federais, mas mesmo o teor de certas sentenças criminais consagram vedações, interdições ou proibições civis, laborais e administrativas a todo aquele que tenha sido condenado pela prática de uma infração penal (variando essas consequências nocivas, bem como o tempo de sujeição a elas, em função das legislações estaduais, das sentenças e da gravidade do delito)[29].

No país símbolo do encarceramento em massa mundial, esse regime jurídico é um problema, pois cria, reproduz e reforça obstáculos (já) consideráveis à reinserção social dos egressos, que desde o princípio enfrentam um sistema de Justiça profundamente marcado pela seletividade de classe, gênero e raça, o que é constatado tanto por pesquisas empíricas[30], como inclusive pelo próprio Governo Obama, que, reconhecendo a reinserção social dos egressos como um desafio a ser enfrentado, também, pelo Executivo Federal, buscou restringir o acesso irrestrito a dados criminais, como, também, procurou incentivar programas de reinserção e contratação de egressos, o que contou com atuação integrada tanto nos diversos níveis da administração federal, como com iniciativas e propostas da Procuradoria-Geral ("Attorney General"), quando do comando dos Procuradores Eric Holder e Loretta Lynch[31].

Na Europa, por sua vez, verifica-se, em regra, regimes mais restritivos em relação a dados criminais individuais[32]. Observa-se nesse sistema jurídico, bem

período. Entretanto, o quadro se alterou drasticamente nos anos 80 e 90, com a intensificação de políticas repressivas de "combate ao crime", no contexto da emergência dos movimentos de lei e ordem (DEMLEITNER, 1999, p. 154-155).

29. Uma condenação criminal pode impactar negativamente direitos civis, direitos políticos e direitos sociais – o que significa restrições empregatícias, de contratação, limitações ou suspensão a direitos eleitorais (votar e ser votado), e mesmo direitos relativos a programas sociais (acesso a programas de financiamento de habitação e moradia, e programas de saúde pública) (DEMLEITNER, 1999, p. 155-158).

30. Por todos, destaca-se o importante trabalho de Devah Pager. A pesquisadora, com auxílio de estudantes universitários (dois pares, um de estudantes brancos, e outro, de negros) que foram a campo em Milwaukee buscar emprego e realizar entrevistas, munidos de currículos e identidades falsas, demonstrou que uma condenação criminal reduz a probabilidade de ser chamado de volta pelo empregador (*call-back*) em 50% para brancos e em mais de 60% para negros (PAGER, 2007, p. 67-72). Apresentando outras pesquisas, com resultados similares apontando o impacto negativo de uma condenação criminal na vida do egresso (UGGEN; WAKEFIELD; WESTERN, 2005, p. 220-221).

31. OBAMA, 2017, p. 833-835.

32. LARRAURI, JACOBS, 2011, p. 3. A exceção europeia é o Reino Unido, cujas práticas e sistema jurídico se aproxima mais dos EUA (LARRAURI, JACOBS, 2015, p. 3). A respeito da União Europeia, destaca-se a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção

como nas práticas adotadas pelos Estados e Administrações, a percepção de que o registro criminal, salvo exceções[33], integra a intimidade e a vida privada, e seu resguardo do acesso por terceiros relaciona-se à satisfação de fins político-criminais relacionados à ressocialização, reabilitação ou reinserção social do egresso (LARRAURI; JACOBS, 2011, p. 3-4). Dessa forma, constata-se diferença substancial entre os Estados Unidos e os países europeus, pois enquanto naquele o acesso geral é a regra, nestes a regra é o sigilo, e o acesso e divulgação, as exceções. No que diz respeito ao mercado privado de trabalho, não há restrições à exigência de comprovação de ausência de registros criminais e, de modo geral, não se percebe o egresso do sistema como pertencente a uma classe vulnerável de indivíduos, sujeitos à discriminação em razão de histórico criminal (LARRAURI; JACOBS, 2015, p. 8). Entretanto, apesar de mais raras, encontram-se pesquisas que verificam, mesmo no contexto europeu, a ocorrência de discriminação, em razão de condenações criminais anteriores, na procura de emprego (LARRAURI; JACOBS, 2015, p. 13)[34].

Finalmente, um efeito que apenas recentemente tem despertado a atenção de pesquisadores e estudiosos no tema diz respeito ao impacto político-participativo do encarceramento em massa. Nos EUA, apesar de um país com formas de governo, participação e sistema de votação peculiares, constata-se que o encarceramento (e, de forma mais ampla, o contato com o sistema de justiça criminal) impacta consideravelmente o sistema eleitoral, através de processos conhecidos como "felon disenfranchisement" (MANZA; UGGEN, 2006) ("desfiliação eleitoral", tradução nossa), obstaculizando o exercício do voto para presos ou egressos, e produz, sobre estes, mais desinteresse político, menos participação

dos Indivíduos face ao Tratamento Automático de Dados Pessoais – Convenção 108, que expressamente assegura proteção e sigilo a dados criminais individuais no art. 6 ("Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. The same shall apply to personal data relating to criminal convictions." Disponível em: [www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37]. Para uma análise pormenorizada de outros países europeus, conferir o *European Journal of Probation*, v. 3, n. 1, 2011 (disponível em: [www.ejprob.ro/index.pl/january_2011]).

33. Justificadas normalmente pela gravidade do delito – e o caso dos delitos sexuais e da repressão à pedofilia ou abuso infantil é bastante representativo – ou pela relação entre o delito e o trabalho ou função a ser desempenhada (LARRAURI; JACOBS, 2015, p. 26-27).

34. Envolvendo menores de idade na Justiça Juvenil, e demonstrando a ocorrência de discriminação laboral por antecedentes na Bélgica0 (BAERT, VERHOFSTADT, 2015), p. 1061-1072.

democrática e mais desconfiança relativamente às instituições estatais, contribuindo para o enfraquecimento de valores e princípios políticos fundamentais (WEAVER; LERMAN, 2010).

4. Compreendendo o encarceramento em massa brasileiro

De modo geral, os sistemas penais latino-americanos possuem traços muito singulares, o que exige uma análise diferenciada. Do ponto de vista histórico, não se pode deixar de lado a escravidão, e, antes dela, a conquista, que assumiu a forma de uma empreitada colonial genocida, sobre os povos originários e sobre negros, consolidando o racismo como forma de dominação estrutural que segue até hoje (ANITUA, 2010, p. 68-69).

Outra questão que não se pode deixar de considerar envolve a herança dos regimes militares entre os anos 60 e 70, e a transição democrática a partir de meados dos anos 80, que confere contornos muito específicos aos sistemas penais latino-americanos. Como Rodrigo Ghiringelli de Azevedo observa, embora cada país tenha experimentado esse processo de forma distinta, em geral, não houve rupturas abruptas, e sim, um esgotamento dos regimes autoritários, em que a transição foi determinada por fatores internos, tendo seus rumos definidos pelas elites dominantes, além da influência externa, sobretudo dos EUA (AZEVEDO, 2005, p. 215).

Tratando especificamente das características próprias dos sistemas penais da região, Anitua enumera pelo menos quatro traços principais: (i) *a principal agência de seleção do sistema é a polícia*; é a instituição mais violenta, que aplica, como aspecto geral da região, a pena de morte extralegal, o que se confirma pelos vergonhosos números relativos à letalidade e mortes policiais; (ii) *o problema do preso sem condenação,* presos provisórios ou preventivos, cujo número é em geral elevado em comparação com os países centrais e constitui um "problema endêmico" da região; (iii) *a superpopulação penitenciária* como um problema essencial à história prisional latino-americana; e, por fim, relacionado a esta questão, (iv) *a violência interpessoal e estrutural dentro e fora das prisões*, sobretudo nos lugares dos quais provem os "clientes habituais" do cárcere (2010, p. 71-81).

Todas essas características se verificam, também, no caso brasileiro. Do ponto de vista de nossa formação cultural e histórica, destacam-se, com Vera Malaguti, pelo menos três permanências históricas básicas (BATISTA, 2012b, p. 311): (i) a *colonização genocida*; (ii) *a escravidão*; e (iii) *a cultura inquisitorial ibérica*[35], que conformam e moldam nosso sistema penal.

35. Sobre isso, BATISTA, 2000.

A empreitada colonial portuguesa no Brasil, considerando a prática da escravidão, produziu uma marca peculiar no nosso então sistema penal colonial, que alcança o Código Imperial de 1830 quanto aos escravos[36]: a *continuidade entre o público e o privado*, a promiscuidade de práticas punitivas que transitavam indiscriminadamente do espaço doméstico do senhor de escravos ao espaço público do juiz (BATISTA, 2004b, p. 106-107). Cristalizava-se, ali, uma *inferiorização do escravo*, juridicamente desqualificado, considerado "coisa" perante o direito civil, mas "pessoa" perante o direito criminal (idem, p. 110-111; DIETER, 2012).

A edificação do sistema prisional brasileiro começa, propriamente, com a inauguração da Casa de Correção da Corte[37], em 1850, sendo que até então os condenados eram alocados ora no calabouço[38] (destinado para controle de escravos), ora no Aljube[39], tendo funcionado até 1856. O Aljube foi o destino da maioria dos presos comuns, indiscriminadamente, e, com uma capacidade para 20 pessoas continha, em 1830, nada menos de 390 (SHECAIRA, 2011, p. 9-10). A Casa de Correção, na análise de Manoel Barros da Mota, era, ao mesmo tempo, o espelho invertido da sociedade nova, fundada na igualdade jurídica e na liberdade, e da sociedade antiga, escravista: de um lado, consagrava algumas instituições jurídicas liberais, e, de outro, na sua face escravista, consagrava o castigo físico, a violência sistemática dos senhores sobre o corpo dos escravos e encarrega o Estado de punir os escravos rebeldes a mando dos senhores (MOTTA, 2011, p. 175). Ilustrativamente, vale a pena trazer um relato emblemático: em 1869, o médico e Diretor da Casa de Correção, Almeida Valle, foi categórico ao afirmar que, considerando sua experiência como médico na clínica especial da penitenciária durante uma década, uma "pena maior de dez anos equivale, em regra, à sentença de morte", por serem "muito raros os (condenados) que cumprem este tempo e, se por acaso cumprem, não tem adquirido lesões graves que constituam valetudinário durante o tempo mais ou menos limitado de vida que lhes reste" (idem, p. 179).

A virada do Império para a República Velha, passada a abolição da escravatura, em nada modifica os traços essenciais do sistema, direcionado, sempre e

36. A consolidação do Império se dá sob certa inspiração iluminista, o que vem a se consagrar na nossa primeira Constituição e no Código Criminal de 1830; contudo, trata-se de um iluminismo extremamente conservador, que convive, sem qualquer estranhamento, com a prática da escravidão. Sobre isso, conferir NEDER, 2007; BATISTA, 2004c.

37. Sobre ela, conferir, por todos, ARAÚJO, 2009.

38. Cárcere construído para escravos detidos por punição disciplinar e/ou fugitivos.

39. Cárcere eclesiástico cedido pela Igreja à Coroa.

prioritariamente à exclusão e neutralização racista e classista[40]. O que muda, na verdade, é que a inferiorização jurídica passa a ser uma *inferiorização biológica, de base racial*, fundamentada na criminologia positivista racista de matriz italiana, sobretudo (BATISTA; ZAFFARONI, 2006, p. 442-443)[41].

Em suma, o cárcere brasileiro nunca foi visto ou edificado como espaço de (algum) direito. Na verdade, ele é comparável não a "prisões medievais", como muito se critica (até porque o medievo não concebeu a prisão com as características principais que conhecemos hoje), mas à senzala ou ao navio negreiro, que o Brasil conheceu como poucos países no mundo: destinos fatais inevitáveis do negro, espaços seletivos e segregados de não direito, de violência pura e simples, nos quais os escravos ficavam completamente à mercê dos seus senhores.

Passando agora a outra marca histórica de nosso sistema penal, levantam-se brevemente algumas notas a respeito do período de ditadura militar (1964-1984), cujas marcas autoritárias permanecem até os dias de hoje.

Como Taiguara Souza pontua, pelo menos duas ideologias são articuladas pelo regime de forma repressiva: a *ideologia da defesa social* (comum às escolas clássica e positivista da criminologia) e *a ideologia da segurança nacional*, desenvolvida nos anos de chumbo, auge da Guerra Fria, salvaguardando a manutenção do regime militar contra os "subversivos"; é a partir daqui que se forja a guerra entre inimigos internos e externos (2015, p. 132).

De acordo com Vera Malaguti, com a entrada do Brasil na guerra às drogas durante o regime, do inimigo militante "subversivo" passa-se ao estereótipo político-criminal do "traficante"; a guerra às drogas produz um deslocamento, do inimigo político interno ao criminoso comum, com auxílio da mídia, garantindo a permanência do aparato repressivo, aprofundando seu caráter autoritário e assegurando investimentos crescentes para o controle social e a segurança pública (BATISTA, 1998, p. 122; 2012a, p. 158). Nesse contexto nascente de "guerra contra o crime", o regime militar, com toda sua estrutura de aparatos repressivos e autoritários, deixa como ferida para a posteridade do sistema prisional

40. Interessante observar, também, que o sistema prisional brasileiro, ao contrário dos sistemas prisionais europeus, não representou uma virada dos suplícios à disciplina e controle do cárcere, nem mesmo na passagem para a República; na verdade, nossos espaços de reclusão prisionais sempre foram marcados pelo convívio de práticas de suplício, de inflição de dor corporal (chibatas, ferros, por exemplo) e clausura espacial. Sobre isso, BATISTA, 2004b, p. 110-111; ROIG, 2005, p. 28-99.

41. Sobre as fundações racistas da criminologia positivista, DUARTE, 2017, p. 25-83.

brasileiro a prática cotidiana, sistemática e subterrânea (mas muitas vezes explícita e aplaudida) da tortura (SOUZA, 2015, p. 132-133).

A passagem a um regime democrático, com a publicação da Constituição de 1988, prometia rupturas profundas com as heranças autoritárias em matéria penal e processual penal. Contudo, deve-se fazer uma análise mais detida para compreender nossos tempos atuais tão contraditórios.

Até 1988, apesar da prática policial e carcerária repressiva e violenta, do ponto de vista legislativo, o Brasil adotava modelo de *penal welfare*, sobretudo após a Reforma Penal de 1984, que trouxe a nova Parte Geral e unificou as regras penitenciárias na Lei de Execução Penal (CARVALHO, 2010, p. 32). A expectativa, com a nova Constituição, era de aprofundamento das conquistas e aberturas democráticas, inclusive no sistema penal. Porém, os fatos se sucederam de forma completamente diversa.

Começando pela própria Constituição, apesar de inaugurar e ser bastante pródiga em matéria de direitos fundamentais, ela, mais do que qualquer outra Carta anterior, é marcada por várias *normas programáticas criminalizantes*, que, ou trazem obrigações de criminalização ao legislador, ou incrementam punição sobre delitos já existentes[42]: isso foi, particularmente, sensível no que diz respeito aos chamados "crimes hediondos" e equiparados, entre os quais, o tráfico de drogas, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLII, CRFB). A "fertilidade punitiva" do texto constitucional abriu espaço para o incremento do punitivismo, que marcou a década de 90 e toda a atividade legislativa do período – sendo a mais representativa a Lei de Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 –, tendo como resultado final deste período uma dilatação do *input* e um estreitamento do *output* do sistema, passando a população carcerária brasileira a crescer ininterrupta e vertiginosamente desde então, como todas as estatísticas oficiais apontam (CARVALHO, 2010, p. 33).

Todo esse movimento punitivo associa-se, em maior ou menor medida, à adoção e ingresso do Brasil no contexto econômico neoliberal (BATISTA; ZAFFARONI, 2006, p. 484; SOUZA, 2015, p. 134-139; LEMOS; RIBEIRO JÚNIOR, 2016, p. 185-222)[43]. É claro que cada país experimenta o neoliberalismo de forma

42. Sobre os aspectos mais punitivos da constituição de 1988, conferir CARVALHO, 2005.

43. Ainda que discordemos em parte, vale mencionar a perspectiva de Luiz Guilherme Mendes de Paiva, que, em tese de fôlego, sustenta que o caso brasileiro não seria compreensível à luz da virada punitiva de declínio do Estado social-caritativo para o Estado penal, como nos EUA; o autor defende a permanência de fatores culturais e a ascensão de novas perspectivas punitivas a partir de 1988 – que inclusive se consolidaram

singular, considerando suas especificidades históricas e culturais. Contudo, se dos pontos de vista econômico, social e previdenciário, o Brasil, por um lado, realizou grandes mudanças administrativas e organizacionais de sua estrutura estatal, por outro, não havia desmantelado completamente, ao menos até os últimos anos, sua proteção social (de modo geral); o que ocorre é que o Estado social brasileiro, e suas políticas de Welfare nunca chegaram a ser plenamente implementadas[44], o que se comprova pelos índices sempre preocupantes de desigualdade social e econômica.

O que o Brasil assume do neoliberalismo (para além das problemáticas econômicas), e que marca sua política criminal contemporânea, é o reforço das práticas punitivas (com adesão, muitas vezes, explícita, dos atores do sistema de justiça criminal)[45], do controle social ostensivo sobre a miséria, as políticas de combate ao crime e de "tolerância zero", o populismo punitivo[46] e a consequente hipercriminalização, que se reflete em demandas cada vez maiores por mais criminalização e punição (BATISTA, 2004b, p. 112-116)[47-48].

---

na Constituição, como visto –, como fatores de compreensão do nosso punitivismo (PAIVA, 2014, p. 144-153).

44. Salo de Carvalho é ainda mais incisivo: "na margem, como é notório, as conquistas do Estado Social foram simulacros" (2010, p. 30).

45. No caso brasileiro, destaca-se de forma singular como Judiciário, MP e Polícia se comportam de forma punitivista, seja por ação – quando criminalizam ou punem –, seja por omissão – quando deixam de reconhecer a inconstitucionalidade de normas penais ou processuais penais; exemplo grave deste tipo de comportamento é a Lei de Crimes Hediondos, na qual apenas 16 anos depois de entrar em vigor o STF reconheceu a inconstitucionalidade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado. Sobre o Judiciário e o MP, conferir CARVALHO, 2010; 2015; no que diz respeito à polícia, bem como ao arquivamento de ações penais em face de casos envolvendo violência policial, conferir ZACCONE, 2015.

46. Sobre o populismo penal nos trabalhos da Constituinte, e seus reflexos para a compreensão do punitivismo brasileiro contemporâneo, PAIVA, 2014.

47. Trabalhando a expansão punitivista sobre a execução penal, e os reflexos destas leis no sistema prisional, FERREIRA, 2016.

48. É, aliás, digno de nota que mesmo durante governos autoproclamados de "esquerda" (no caso, governos Lula e Dilma – 2003-2014), que sustentavam bandeiras pró-direitos humanos, o sistema penal brasileiro continuou sua expansão e reprodução de violências interpessoais e sistêmicas, sem grandes diferenças em relação ao período anterior. Esse período é compreendido pela criminologia crítica latino-americana como "pós-neoliberalismo", que diz respeito à ascensão de governos de esquerda pelo continente e que, não obstante conquistas sociais fundamentais, pouco conseguiu no que se refere

O Grande Encarceramento brasileiro é, hoje, o primeiro responsável quantitativa e qualitativamente pelas maiores violações de direitos humanos em curso no país[49]; mas não só; é, também, um dos maiores obstáculos à efetivação da cidadania e da democracia no Brasil contemporâneo.

5. A operacionalidade do estado penal brasileiro: hipóteses de (sobre) exclusão e neutralização da cidadania via encarceramento em massa

O presente tópico pretende apontar algumas possíveis respostas à pergunta introdutória ao trabalho. Nesse sentido, serão aqui levantadas algumas formas e maneiras pelas quais o Estado penal brasileiro suprime ou afeta a cidadania e, por conseguinte, a construção da democracia. Considerando o roteiro traçado até aqui, pretende-se apenas enunciar possíveis efeitos de nosso sistema penal sobre as condições de cidadania da qual depende a própria existência de uma sociedade que se queira democrática, e, a partir daí, contribuir para a elaboração de uma crítica política ao Estado penal.

Primeiro, observa-se a atuação da polícia, do MP e do Judiciário quando da criminalização secundária, da sua ação ou omissão enquanto agências do sistema penal e seu impacto sobre a cidadania. Não apenas sua letalidade – os números de violência policial, "autos de resistência" ou mortes decorrentes de intervenção policial que o digam –, mas sua violência estrutural seletiva, em termos de classe e raça, reforça processos de exclusão político-social prévios sobre largas parcelas da população, podendo-se cogitar aqui uma "sobre-exclusão" ou "sobreneutralização", via encarceramento. Isso é perceptível a partir, de um lado,

aos direitos humanos nos sistemas de justiça criminal. Sobre isso, FERNANDES, 2015, p. 121-122; SOZZO, 2017; AZEVEDO; CIFALI, 2016.

49. O que já foi reconhecido pelo STF na já mencionada ADPF 347, "estado de coisas inconstitucional" (por uma análise detida do ponto de vista penal e criminológico, SANTOS; ÁVILA, 2017); e está para ser julgado em definitivo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no chamado "supercaso", assim apelidado por reunir para julgamento quatro casos de violações de direitos humanos no sistema penal brasileiro: (i) complexo penitenciário de Curado, Pernambuco; (ii) Pedrinhas, Maranhão; (iii)Instituto Plácido de Sá Carvalho, Rio de Janeiro; (iv) Unidade de Internação Socioeducativa, Espírito Santo, este último para adolescentes (Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html]). Sustentando ser este um caso de "estado de coisas inconvencional" (por afrontar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), (LEGALE; ARAÚJO, 2016).

da análise da população carcerária brasileira, composta em sua ampla maioria, como se analisou anteriormente, pela juventude pobre, negra e de baixa escolaridade, e, de outro, como a oferta de educação, cursos, trabalho e emprego no sistema prisional enfrenta déficits consideráveis, que vão desde o baixo orçamento destinado a programas de reinserção até sua (falta de) implementação concreta na realidade prisional.

O caráter seletivo e desigual da intervenção punitiva brasileira já vem marcado no próprio processo de identificação criminal dos inicialmente suspeitos e mais tarde condenados e egressos de nosso sistema prisional. De acordo com números da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, por exemplo, cerca de 10% dos presos fluminenses ao final de 2014 não possuíam documento de identificação civil (certidão de nascimento ou carteira de identidade), estando identificados apenas para fins de controle penal por meio do que se costuma denominar de "comando criminal"(ESCÓSSIA, 2014). A própria necessidade de regulamentação na Lei 12.037/2009 da garantia constitucional prevista no art. 5º, LVIII, da CF/88, aliás, já indica a persistência do ciclo vicioso existente entre baixa cidadania e encarceramento no Brasil, tendo em vista as altíssimas taxas de pessoas sem qualquer registro civil que insistem em ocupar espaço nas nossas prisões. Trata-se, é verdade, de fenômeno antigo, conforme lembra Carrara (1984), o qual remonta à data da criação dos primeiros institutos de identificação no país, tradicionalmente subordinados aos órgãos policiais e de segurança pública. Passado quase um século desde o Primeiro Congresso Brasileiro de Identificação, realizado no ano de 1934 no Rio de Janeiro e em São Paulo, "sob os 'auspícios' de Felinto Müller, então chefe de polícia do Distrito Federal" (CARRARA, 1984, p. 11), parte considerável da população brasileira, especialmente aqueles que formam a clientela preferencial do sistema de justiça criminal, continua identificada apenas para fins de controle penal, entrando e saindo das nossas prisões, numa rotatividade cada dia maior, sem sequer ser civilmente registrada e, assim, alcançar os requisitos formais mínimos para participar da construção política e cidadã de uma sociedade democrática.

As condições estruturais, carências e supressões de direitos mais elementares – cuja notoriedade dispensa maiores considerações – naturalmente também podem atingir a formação da cidadania no que concerne a grupos criminalizados e encarcerados, sendo a privação do voto,[50] talvez, o menor dos problemas, con-

50. Que só atingiria o preso condenado definitivo, e não o preso provisório (aquele sem condenação definitiva); contudo, o respeito aos direitos eleitorais do preso provisório estão, ainda, distantes de sua plena realização.

siderando como o trauma proveniente da violência prisional, a internalização da identidade criminosa e o ingresso em organizações criminosas simplesmente aniquilam qualquer possibilidade de permitir ao indivíduo que reconstrua sua própria vida, sua própria história, e, assim, sua cidadania.

Finalmente, como resultado trágico da engrenagem punitiva brasileira, aqueles que saem da prisão terminam, na expressiva maioria dos casos[51], em situação pior do que se encontravam antes de nela ingressar, sofrendo discriminação e preconceito oriundos do estigma prisional, com dificuldades de se inserir no mercado de trabalho, estudar, com suas relações sociais e familiares profundamente abaladas pelo período de cárcere.

Tudo isso considerado, é bastante claro que a clientela do sistema penal brasileiro – seja encarcerada, ou submetida ao controle penal socioespacial em favelas, comunidades e periferias –, pode sofrer, mais do que impactos econômicos, familiares, sociais e jurídicos provenientes da violência do sistema, mas, um verdadeiro impacto político brutal em sua cidadania: do ponto de vista da perspectiva de participação política, do reconhecimento de seus direitos fundamentais e de sua condição igual de cidadão, tudo isso pode ser violentamente afetado ou mesmo subtraído pelo sistema penal. E em um contexto de encarceramento em massa, todos os processos meramente enunciados acima tendem a ser aprofundados e expandidos.

Assim, não há cidadania plena em um Estado que encarcera em massa; sem cidadania, por sua vez, tampouco há democracia plena, ou quaisquer condições para que ela seja efetiva. O Estado penal é, portanto, profundamente contraditório à democracia; ou, dito de outra maneira: é a antítese de um regime que pretenda ser digno de tal rótulo.

Trata-se, ademais, de uma via de mão dupla. Ou, na imagem difundida por Loïc Wacquant (2013), o Estado Penal é a contraface do Estado neoliberal: um não existe sem o outro. No caso específico do Brasil, essa dupla implicação já podia ser evidenciada de forma bastante clara ao menos desde o início da década de 1990, ou seja, logo após a promulgação da Constituição de 1988. A edição da Lei 8.072/90, que definiu o rol dos crimes hediondos, como um dos primeiros atos legislativos de regulamentação infraconstitucional da nova ordem jurídica

51. Apenas muito excepcionalmente, como se sabe, egressos do sistema conseguem refazer suas vidas, estudar e trabalhar dignamente; normalmente são aqueles que eventualmente conseguiram trabalhar e estudar, também, no cárcere, direitos que, na verdade, diante da negligência do Estado brasileiro em investir seriamente em programas de reinserção e prevenção de reincidência, tornam-se privilégios para poucos detentos.

instituída é bastante sintomática dos conflitos já existentes àquela época entre Estado social, de um lado, e Estado penal, de outro. É, no entanto, com a edição da Emenda Constitucional 95, em 15 de dezembro de 2016, que o casamento entre o modelo econômico neoliberal e o modelo penal de controle social é assumido de maneira escancarada no país, já sem qualquer preocupação com a limitação, inclusive orçamentária, do poder punitivo, enquanto que os gatos com políticas públicas de caráter social e as relacionadas com os direitos da cidadania em geral passam a ficar literalmente congelados pelos próximos 20 anos.

É que, conforme previsto na nova redação do art. 107, § 6º, I, do ADCT, não se incluem no teto de gastos imposto pela EC 95 as transferências constitucionais estabelecidas no art. 21, *caput*, XIV, da CF, relativas à organização e manutenção dos órgãos de segurança pública do Distrito Federal. A limitação da excepcionalidade aos órgãos de segurança pública do Distrito Federal explica-se em razão da EC 95 circunscrever-se aos orçamentos fiscal e da seguridade social da União, não regulando diretamente as finanças estaduais. Para estender sua aplicação, também, ao âmbito estadual, é necessária a edição de atos semelhantes em âmbito local, o que, vale observar, já vem sendo estimulado ou barganhado pelo governo federal na forma de condicionantes para a concessão de auxílios financeiros às unidades federativas. Assim, caso haja replicação, nos Estados, do modelo de austeridade econômica que se autoimpôs à União, o resultado concreto seria o de congelar os gatos sociais pelos próximos 20 anos em todas as unidades federativas do país e liberar o aumento dos gastos somente em relação à atividade de policiamento[52].

Tal estratégia, que promete ganhar *status* de política nacional a partir da edição da EC 95, já foi experimentada em âmbito local em alguns dos Estados Federados brasileiros, em especial, os da região sudeste, como os de Minas Gerais, Espírito Santo, São Paulo e Rio de Janeiro. A análise da execução orçamentária desses estados durante os anos em que neles se aplicou a cartilha econômica neoliberal revela que o crescimento do investimento em segurança pública foi inversamente proporcional ao investimento em políticas sociais[53] que poderiam

52. Evitou-se, aqui, falar em política de segurança pública, já que, como é cediço, o conceito de segurança pública, desde a queda do muro de Berlim e o desenvolvimento da noção de segurança cidadã, já não se circunscreve às atividades típicas de policiamento, mas sim a toda uma combinação de políticas públicas que podem impactar em maior ou menor medida a ocorrência de crimes, especialmente por meio de estratégias de prevenção. Sobre isso, confira-se, PAVARINI, 2012, p. 494.

53. A respeito, confira-se, respectivamente as pesquisas temáticas baseadas nos números de Uberlândia (PASTANA; DAVI, 2014), Espírito Santo (RIBEIRO JÚNIOR, 2011), São Paulo (SINHORETTO et al, 2013) e Rio de Janeiro (JOFFILY; BRAGA, 2018).

contribuir mais efetivamente para o fortalecimento das condições necessárias a uma maior inserção social e, consequentemente, política e cidadã. No caso específico do Rio de Janeiro, análises do Tribunal de Contas estadual dão conta de que o investimento em saúde e educação ficou praticamente estagnado entre os anos de 2012 e 2016, enquanto que os gastos com segurança, especialmente com o policiamento ostensivo, praticamente duplicaram no mesmo período. A consequência disso foi um incremento de aproximadamente 60% na população prisional local, sem qualquer vantagem em termos de redução da criminalidade[54] e, muito menos, de ampliação da participação cidadã dos mais vulneráveis na construção política de uma sociedade democrática.

Assim, o que se vem vendo cada dia mais é a progressiva institucionalização do Estado policial, em oposição ao modelo de Estado social originalmente acolhido pela Constituição de 1988. E a situação é ainda mais preocupante se considerado o movimento insidioso de deslocamento das forças armadas das atividades próprias previstas no art. 142 da CF, para atividades típicas das forças de segurança pública, arroladas no art. 144. O movimento preocupa, não só em razão do desvio de finalidade das forças armadas, que não têm o perfil, o treinamento e nem a missão de atuar em atividades próprias de policiamento ostensivo e/ou investigativo, mas por que o financiamento de ações das forças armadas, em situações que, em tese, justificariam sua intervenção legítima, como aquelas previstas no art. 167, § 3º, da CF, é outra das exceções ao teto de gastos previstas constitucionalmente, de modo que o modelo do Estado policial, em oposição ao Estado de direito, pode fortalecer-se, também, por aí, agora na forma de um Estado policial militar, tal como já vem ocorrendo de forma sistemática e permanente no estado do Rio de Janeiro, seja pelas reiteradas operações de garantia da lei e da ordem, fora das hipóteses excepcionalmente admitidas pelo art. 142, *caput*, da CF, e pelo art. 15, § 4º, da Lei complementar 97/99, seja pela oficial e inédita decretação de intervenção federal militarizada na área da segurança pública, por meio do Decreto presidencial de 28 de julho de 2017.

Os efeitos disso são conhecidos e já vêm sendo colhidos não é de hoje: aumento da atividade de policiamento ostensivo sobre as camadas mais vulneráveis da população, em especial aqueles vinculados ao mercado varejista das drogas, com o consequente incremento do número de prisões em flagrante e do número de pessoas mortas em decorrência de intervenção policial[55]. Afinal, as políticas de exter-

54. JOFFILY; BRAGA, 2017a.

55. De acordo com o Atlas da Violência 2017, houve o Brasil, somente em 2015, 59.080 mortes violentas intencionais, das quais pelo menos 3.320 seriam decorrentes de intervenção

mínio e de encarceramento em massa operam de forma sincrônica e complementar no Brasil[56], tendo como público alvo aqueles mesmos jovens, pobres, negros e com baixa escolaridade[57].

Considerações finais

"Terra arrasada". Talvez essa seja a imagem que melhor descreve o contexto social, político, jurídico e econômico brasileiro contemporâneo, que dispensa maiores considerações. Por essa razão, o leitor poderia se perguntar se ainda faz sentido buscar estudar as relações entre encarceramento em massa e democracia, e se vale a pena depositar nossas esperanças na "aposta democrática" de que tanto falou Guillermo O'Donnell.

Poucas questões oferecem tanta tensão e desafios para se refletir sobre a democracia do que a questão criminal, e a forma com que a sociedade e o Estado

policial (CERQUEIRA et al, 2017, p. 7 e 23). Os dados relacionados ao registro das mortes violentas intencionais, no entanto, são problemáticos no Brasil, conforme ressalva o próprio Atlas da Violência (ibidem, p. 48-50). A situação do estado do Rio de Janeiro pode ser considerada privilegiada em relação à confiabilidade dos dados (mas não quanto à letalidade violenta em si), tendo em vista o trabalho já consolidado do Instituto de Segurança Pública (ISP). Considerando os dados oficiais do ISP, a Anistia Internacional verificou recentemente que o ano de 2017 foi o que apresentou maior número de homicídios decorrentes de intervenção policial em proporção ao número total de mortes violentas intencionais ocorridas no estado do Rio de Janeiro, ao menos desde o ano 2000. Se considerado o estado como um todo, foram registradas 5.607 mortes violentas intencionais em 2017, das quais 1124 foram classificadas pelo ISP como homicídios decorrentes de intervenção policial, ou seja, 16,7% do total. Já se considerada apenas a capital fluminense, a proporção das mortes provocadas pelas polícias sobe para 25% do total aferido no município do Rio de Janeiro (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018).

56. JOFFILY; BRAGA, 2017b.

57. O caráter seletivo dos homicídios ocorridos no Brasil e, em especial, no Rio de Janeiro, da mesma forma que ocorre com o encarceramento, foi demonstrado por Cerqueira e Coelho a partir de análises econométricas feitas nos microdados do Censo Demográfico do IBGE e do SIM/MS. De acordo com o estudo, um jovem, entre 18 e 29 anos, possui 3,7 vezes mais chances de sofrer homicídio do que alguém com mais de 40 anos no Rio de Janeiro; um indivíduo negro tem 23,5% a mais de chances de sofre um homicídio no Rio de Janeiro do que um indivíduo não negro; a chance de um indivíduo com até sete anos de estudo sofrer homicídio no Rio de Janeiro é 70,2% maior do que alguém com 8 à 11 anos de estudo; e um residente do bairro de Madureira, na Zona Norte, tem uma probabilidade 3,8 vezes maior de ser vítima de homicídio do que um residente da Zona Sul (CERQUEIRA; COELHO, 2017, p. 22).

escolhem lidar com ela. As escolhas políticas relativas ao que se considera intolerável, as maneiras selecionadas de se administrar conflitos, e o resultado final desse arranjo retratam o quanto, exatamente, um determinado projeto político-constitucional, que se intitule "democrático" tem de verdadeiro e real, ou falso e hipócrita.

No que diz respeito ao encarceramento em massa, a questão, no fundo, está no olhar, na interpretação política que se tenha sobre o fenômeno. É aceitável ou minimamente compatível com a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I, da Constituição) um encarceramento sistemático, seletivo, violento e cada vez mais expansivo? A supressão de projetos inteiros de vida, as chagas e cicatrizes com que o cárcere marca as parcelas mais excluídas e marginalizadas da população (e suas famílias e grupos sociais), muitas vezes, incuráveis, toda essa tragédia social que o encarceramento em massa reproduz, não indica, da forma mais grosseira e evidente, que a efetivação do chamado "Estado Democrático de Direito" não passou e não passa, até o momento, na melhor das hipóteses, de uma promessa, mais ou menos bem intencionada?

Se é possível extrair uma singela, mas potente conclusão a partir do presente trabalho, é que o encarceramento em massa pode inviabilizar a construção da cidadania a larguíssimos contingentes populacionais (tratados e rotulados como não cidadãos), e, assim, comprometer a própria efetividade da democracia enquanto regime político. Lutar contra o encarceramento em massa e o avanço do Estado penal – principalmente no Brasil – passa a compor, portanto, uma luta em favor da própria democracia, para que esta seja menos violenta, mais inclusiva, generosa e solidária. E verdadeira.

Referências bibliográficas

ANISTIA INTERNACIONAL. 25% dos assassinatos no município do Rio de Janeiro em 2017 foram cometidos pela polícia. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://anistia.org.br/noticias/25-dos-assassinatos-rio-de-janeiro-em-2017-foram-cometidos-pela-policia/]. Acesso em: 14.05.2018.

ANITUA Gabriel Ignacio. A América Latina como instituição de sequestro. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANITUA Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. *Cárceres imperiais*: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 212-241, jan.-jun. 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Claudia. Seguridad pública, política criminal y penalidad en Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y continuidades. In: SOZZO, Máximo (Comp.). *Post-neoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016.

BAERT, Stijn; VERHOFSTADT, Elsy. Labour Market discrimination against former juvenile delinquentes: evidence from a field experimente. *Applied Economics*, v. 47, n. 11, p. 1061-1072, 2015.

BARAK, Gregg; LEIGHTON, Paul; FLAVIN, Jeanne. *Class, race, gender & crime*: the social realities of Justice in America. 3. ed. New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2010.

BATISTA, Nilo. A privatização da cidadania. In: *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. BATISTA, Nilo (Org.). *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004a.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

BATISTA, Nilo. No quarto de despejo do penalismo ilustrado. In: BATISTA, Nilo (Org.). *Novas tendências do direito penal*: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004c.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: BATISTA, Nilo (org.). *Novas tendências do direito penal:* artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004b.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012b.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. História sem fim. In: PASSETI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012a.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

BLOMBERG, Thomas G.; LUCKEN, Karol. *American penology*: a history of control. Nova Iorque: Aldine de Gruyter, 2000.

BRANCO, Thayara Castelo. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CARRARA, S. A. Sciência e doutrina da identificação no Brasil" ou do controle do eu no templo da técnica. *Boletim do Museu Nacional*, v. 50, p. 01-28, 1984.

CARVALHO, Salo de. A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia. (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças do estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652. jul.-dez. 2015.

CARVALHO, Salo de. O "gerencialismo gauche" e a crítica criminológica que não teme dizer seu nome. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 15, n. 1, p. 125-155. jan.-jun. 2014.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida*. Texto para discussão. Brasília/Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da violência*. Rio de Janeiro: IPEA/FBSP, 2017. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017]. Acesso em: 14.05.2018.

CLASTRES, Pierre. *Sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

CLEAR, Todd R. *Imprisoning communities*: how mass incarceration makes disadvantaged neighbourhoods worse. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

COMFORT, Megan. *Doing time together*: love and Family in the shadow of the prison. Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF – Brasília/DF, junho de 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 04.12.2017.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Estudos Feministas*. Florianópolis, 23(3): 406, p. 761-778. set.-dez. 2015.

CHRISTIE, Nils. *La indústria del control del delito*. ¿La nueva forma del holocausto? Trad. de Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* Nova York: Seven Stories Press, 2003.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. *Cinco teses sobre o encarceramento em massa*. Trad. de Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DEMLEITNER, Nora V. Preventing internal exile: the need for restrictions on collateral sentencing consequences. *11 Stan L. & Pol'y Rev*, p. 153-171, 1999.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, junho de 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 04.12.2017.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 11.05.2018.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres*. 2. ed., 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf]. Acesso em: 11.05.2018.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história; Prefácio Nilo Batista; Posfácio Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DIETER, Maurício Stegemann. Sistema econômico e tutela penal do escravo no Brasil Imperial. *Revista Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 17, n. 19/20, p. 613-647, 1º e 2º semestres de 2012.

DUARTE, Evandro Piza. Criminologia e racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil. In: DUARTE, Evandro Piza; CARVALHO, Salo de. *Criminologia do preconceito*: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

ENNS, Peter K. The public's increasing punitiveness and its influence on mass incarceration in the United States. *American Journal of Political Science*, v. 58, n. 4, p. 857-872. out. 2014.

ESCÓSSIA, Fernanda da. Nos presídios do Estado do Rio, 10% da população carcerária não possuem documentos. *O Globo*, 09.12.2014. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/rio/nos-presidios-do-estado-do-rio-10-da-populacao-carceraria-nao-possuem-documentos-14775447]. Acesso em: 11.11.2018.

FERNANDES, Daniel Fonseca. O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI. *Revista do CEPEJ*, n. 8, p. 101-153, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*: teoría del derecho y de la democracia. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2011.

FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GARLAND, David. Introduction: the meaning of mass incarceration. In: GARLAND, David (Org.). *Mass imprisonment*: social causes and consequences. Londres: Thousand Oaks; Nova Déli: Sage Publications, 2001.

GARLAND, David. *La cultura del control*: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad. de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, S.A, 2005.

GARLAND, David. *Punishment and welfare*: a history of penal strategies. Aldershot: Ashgate Publishing Company Limited, 1985.

HARCOURT, Bernard E. The invisibility of the prison in democratic theory: a problem of "virtual democracy". *The Good Society*, v. 23, n. 1, , p. 6-16, 2014.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*: the limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford Press, 2008.

INIMAI, Chettiar e WALDMAN, Michael. *Solutions*: american leaders speak out on criminal justice. 2. ed. Nova York: Brenann Center for Justice, 2015.

ISHIY, Karla Tayumi. *A desconstrução da criminalidade feminina*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

JOFFILY, Tiago; BRAGA, Airton Gomes. *Alerta aos punitivistas de boa-fé*: não se reduz a criminalidade com mais prisão. Empório do Direito, 2017a. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/leitura/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz-a-criminalidade-com-mais-prisao]. Acesso em: 14.05.2018.

JOFFILY, Tiago; BRAGA, Airton Gomes. *A segurança do rio sob inversão federal*. Empório do Direito, 2018. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/leitura/a-seguranca-do-rio-sob-inversao-federal]. Acesso em: 14.05.2018.

JOFFILY, Tiago; BRAGA, Airton Gomes. *Ainda a política criminal com derramamento de sangue*. Empório do Direito, 2017b. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/leitura/ainda-a-politica-criminal-com-derramamento-de-sangue-1508246089]. Acesso em: 14.05.2018.

KILGORE, James. *Understanding mass incarceration*: a people's guide to the key civil rights struggle of our time. Nova Iorque: The New Press, 2015.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Causes of prison overcrowding*, 2010. Disponível em: [www.unafei.or.jp/english/pdf/Congress_2010/12Tapio_Lappi-Seppala.pdf]. Acesso em: 11.05.2018.

LARRAURI, Elena; JACOBS, James B. Are criminal convictions a public matter? The USA and Spain. *Punishment & Society*, p. 1-26, 2011.

LARRAURI, Elena; JACOBS, James B. European criminal records & ex-offender employment. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 532, p. 1-31, 2015.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de coisas inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, n. 3, p. 67-82, 2016.

LOADER, Ian. The anti-politics of crime. *Theoretical Criminology*, v. 12 (3), p. 399-410.

MANZA, Jeff; UGGEN, Christopher. *Locked out*: felon disenfranchisement and American Democracy. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

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

MENDES, Soraia. *(Re)pensando a criminologia*: reflexões sobre um novo paradigma a desde a epistemologia feminista. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito, 2012.

MENDES, Alexandre; CAVA, Bruno. *A constituição do comum*: antagonismo, produção de subjetividade e crise no capitalismo. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva*: nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro*: obediência e submissão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

OBAMA, Barack. The President's role in advancing Criminal Justice reform. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 3, p. 811-866, jan. 2017.

O'DONNELL, Guillhermo. *Democracia, agencia y Estado*: teoría con intención comparativa. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBonOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf]. Acesso em: 07.05.2018.

PAGER, Devah. *Marked*: race, crime and finding work in an era of mass incarceration. Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 2007.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo penal no Brasil*: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

PASTANA, Debora Regina; DAVI, Leonardo Mendonça. Encarceramento em massa no Brasil: um estudo de caso na cidade mineira de Uberlândia. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, p. 135-162. jun. 2014.

PAVARINI, Massimo. Do front italiano: a metáfora da guerra e a democracia da segurança. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba: LedZe, 2012.

PRATT, John. *Penal populism*. Londres: Routledge, 2007.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2015.

RAMSAY, Peter. A democratic theory of imprisonment. In: DZUR, Albert W.; LOADER, Ian; SPARKS, Richard. *Democratic Theory and Mass Incarceration*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016.

RIBEIRO JÚNIOR, Humberto. As políticas penitenciárias e de segurança pública do Espírito Santo no governo Hartung (2003-2010). *XV Congresso Brasileiro de Sociologia*, 2011, Curitiba. Anais. Disponível em: [http://sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2368&Itemid=170]. Acesso em: 11.11.2018.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A justiça juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente*: rupturas, permanências e possibilidades. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

ROEDER, Oliver et al. *What caused the crime decline*? Nova York: Brennan Center for Justice, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHIMER. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SAKALA, Leah. *Breaking Down Mass Incarceration in the 2010 Census*: State-by-State Incarceration Rates by Race/Ethnicity, 2014. Disponível em: [www.prisonpolicy.org/reports/rates.html]. Acesso em: 07.05.2018.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 25, v. 136, p. 267-291. out. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Exclusão moderna e prisão antiga. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). *Criminologia no Brasil*: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Nova York: Oxford University Press, 2007.

SINHORETTO, Jacqueline et al. O encarceramento em massa em São Paulo. *Tempo soc.* [online], v. 25, n.1, p.83-106, 2013.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um

estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 25, v. 129, p. 257-284. mar. 2017.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento*: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

SOZZO, Máximo. ¿Más allá de la 'tesis de la penalidad neoliberal'? Giro punitivo y cambio político en América del Sur. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 25, v. 129, p. 321-348. mar. 2017.

TONRY, Michael. *Why crime rate fall and why they don´t*. Chicago: University of Chicago Press, 2014.

TRAVIS, Jeremy; CRAYTON, Anna. Offender Reentry. In: MILLER, J. Mitchell (Org.). *21st Century Criminology*: a reference handbook. Londres: Sage Publications Ltd., 2009.

UGGEN, Christopher; WAKEFIELD, Sara; WESTERN, Bruce. Work and Family perspectives on reentry. In: TRAVIS, Jeremy; VISHER, Christy. *Prisoner reentry and crime in America*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

WACQUANT, Loïc. Class, race and hyperincarceration in revanchist America. In: *Daedalus Summer*, v. 139, n. 3, p. 74-90, 2010.

WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Trad. de Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2004.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Trad. de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: 2013.

WEAVER, Vesla M.; LERMAN, Amy E. Political consequences of the carceral state. *American Political Science Review*, p. 1-17, nov. 2010.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Entre silêncios e invisibilidades*: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional, 2015.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180 (DTR\2017\380);
- Proposta para prevenir a superlotação de presídios, de José Roberto Antonini – *RT* 804/483-488 (DTR\2002\498); e
- Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 151/291-315 (DTR\2018\22758).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 952/377: JRP\2014\5164.

Transições na história da criminologia no Brasil: redes acadêmicas, circulação de ideias e problemas públicos entre 1947-1980

Transitions in the history of criminology in Brazil: academic networks, movement of ideas and public problems (1947-1980)

Francisco Thiago Rocha Vasconcelos

Pós-Doutor em Sociologia – Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), em 2016.
Doutorado em Sociologia – Universidade de São Paulo (USP), em 2014, com estágio sanduíche no Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales (CESDIP), França, em 2013.
Mestrado em Sociologia – Universidade Federal do Ceará (UFC), em 2009.
Graduação em Ciências Sociais (UFC), 2007. Professor Adjunto A da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB), no Ceará.
fvasconcelos@unilab.edu.br

Recebido em: 14.06.2018
Aprovado em: 29.10.2018
Última versão do (a) autor (a): 13.11.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar um período específico da história da Criminologia no Brasil (1947-1980). Esse período é marcado internacionalmente por transições de paradigmas teóricos e concepções sobre a área de conhecimento formação de redes acadêmicas. Pretende-se demonstrar as transições ocorridas no Brasil e suas relações com a construção dos problemas públicos ligados à violência urbana e à reforma da justiça criminal. Como fonte de análise, além das referências bibliográficas nacionais, utilizou-se da *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique (RICPT)* e dos Relatórios das Comissões de Juristas e Cientistas Sociais convocadas pelo Estado brasileiro, nos anos 1970 e 1980, como maneira de compreender as

Abstract: This work aims to analyze a specific period in the history of Criminology in Brazil (1947--1980). This period is marked internationally for transitions of theoretical paradigms and conceptions of the knowledge area, with the formation of new academic networks. It is intended to demonstrate the transitions that have taken place in Brazil and its relations with the construction of the public problems linked to urban violence and criminal justice reform. As a source of analysis, in addition to the national bibliographic references, we use the Revue Internationale de Criminologie et Téchnique Police (RICPT) and the reports of the committees of jurists and social scientists convened by the Brazilian State in the years 1970 and 1980 as a way of understanding

mudanças de concepção sobre o problema do crime e sobre a Criminologia no Brasil.

Palavras-chave: Criminologia no Brasil – História – Transições – Sociologia do conhecimento – Violência urbana – Sistema penal.

the changes of conceptions about the problem of crime and about the Criminology in Brazil.

Keywords: Criminology in Brazil – History – Transitions – Sociology of knowledge – Urban violence – Criminal system.

Sumário: 1. Introdução. 2. O surgimento da criminologia na América Latina: circulação internacional de ideias e "tropicalização" dos modelos penais. 3. O Brasil na *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique* (RICPT). 4. A crise da Criminologia no plano internacional e suas repercussões no Brasil. 5. O problema penitenciário e a violência urbana como problema nacional. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo busca contribuir para o conhecimento sobre a história da criminologia no Brasil através de um ponto de vista sociológico, problematizando as relações entre circulação de ideias, a construção de *problemas públicos* (COBB & ELDER, 1971; GUSFIELD, 1981; LENOIR, 1996; BOURDIEU, 1998; FUKS, 2000) e a organização de redes de intelectuais que reivindicam saberes e *expertises* sobre a questão criminal[1]. Não se trata, portanto, de um estudo concentrado apenas no conteúdo das produções intelectuais, mas das relações entre estas, organizações institucionais e processos políticos. A criminologia, como "o curso dos discursos sobre a questão criminal" (ZAFFARONI, 1998), é marcada pelo jogo de forças dos projetos de mudança e conservação da sociedade, como formações discursivas que reforçam ou realinham dispositivos estratégicos de poder (FOUCAULT, 1977; 2014; GARLAND, 1992), ligados ao controle social das populações associadas a comportamentos considerados desviantes, anormais e ilegais e, portanto, passíveis de exame e de correção.

Ao se falar em *problema público* se trata de entender como, em determinadas conjunturas, grupos sociais se organizam no espaço público no sentido de chamar atenção para o que consideram "problema", entrando em conflito, negociação e/ou colaboração para definir os seus contornos e os atores autorizados e

1. Utilizo da expressão "questão criminal" para delimitar um espectro de estudos que analisa desde o comportamento considerado violento, desviante e passível de criminalização, passando pelo funcionamento das instituições de controle social e manutenção da ordem pública, às decisões sobre as leis penais, conectado à problemática da construção da cidadania e da democracia no país.

responsáveis pela adoção de medidas para sua solução. Em geral, em uma proposta de síntese da literatura que trabalha esse tema (COBB & ELDER, 1971; GUSFIELD, 1981; LENOIR, 1996; BOURDIEU, 1998; FUKS, 2000), é possível entender a emergência de um problema público processo sincrônico envolvendo: 1) *reconhecimento pela sociedade* ou identificação do problema e ordenação da *agenda pública*, através da mobilização de grupos socialmente interessados em promover o reconhecimento público de uma questão, por meio de reuniões, comissões, requerimentos, programas, projetos e pesquisas de opinião; 2) *a legitimação pela ciência*, por meio da criação de disciplinas mais próximas das demandas sociais e administrativas, que auxiliam na definição do consenso sobre as demandas e da "terapêutica" adotada; 3) *a institucionalização pelo Estado,* com a formulação de uma política na *agenda governamental;* 4) a sua formalização e implementação, sob a forma de regulamentações gerais, direitos, equipamentos e transferências econômicas e 5) sua avaliação, pelo próprio Estado ou grupos organizados.

Essa é uma sequência concebida em termos ideais. A definição de uma *agenda pública* não significa a necessária incorporação na *agenda governamental* e, no mesmo sentido, esta não significa nem sua *implementação* ou muito menos sua *avaliação*. Todo esse encadeamento de ações depende da pressão política organizada de médio/longo prazo por parte dos atores interessados. Há possibilidade inclusive da agenda pública não convergir com a agenda política, o que possibilitaria a ocasião para aumento dos conflitos no sistema político, com o sufocamento de demandas sociais antes que elas consigam visibilidade. Ou seja, apesar de inter-relacionadas, as agendas são resultantes de disputa entre grupos com capacidades de mobilização e estratégia, não sendo possível ler os processos de construção de agenda pública apenas como consenso produzido na tomada de decisões, mas, também, como conflito e situações de violência. A depender do regime ou conjuntura, portanto, há maior ou menor abertura para a condução negociada de com conflitos sobre que tipos de problemas devem constar na agenda governamental.

Em outras palavras, os intelectuais são aqui considerados como atores voltados à conversão de contextos de politização em processos de *disciplinarização* (MUCCHIELLI, 1998; GARLAND, 2009) e de *estatização* (KALUSZYNSKI; WAHNICH (Org.), 1998): construtores de padrões organizacionais de autonomia científica e como reformadores se esforçando por transformar seus saberes em práticas de governo, através da profissionalização dos agentes a serviço do Estado e da formalização dos saberes a partir dos quais a administração se legitima. Trata-se, em suma, de analisar a mobilização de intelectuais para se legitimarem como agentes reconhecidos na disputa pela imposição de uma visão legítima do

fenômeno da violência que sirva de base para o desenvolvimento de práticas técnico-políticas de gestão do social por parte do Estado.

O estudo também tem a intenção de contribuir através da consideração de um período pouco investigado. As reflexões sobre o período enfatizam a incapacidade da reforma da Lei de Execuções Penais em transformar a crítica à prisão em mudanças legislativas realmente inovadoras (FRY & CARRARA, 1986; RAUPP, 2015), mas não se aprofundam no conteúdo, influências e propósitos mais amplos.

Nesse sentido, utiliza-se de fontes também pouco exploradas, como a *Revista de Direito Penal/Revista Brasileira de Criminologia*, a *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique* e os Relatórios das Comissões de Juristas e de Cientistas Sociais convocados pelo Ministério da Justiça em 1979, para sistematizar diagnósticos e soluções para o problema do sistema penitenciário e da violência urbana (Ministério da Justiça, 1980a; 1980b). Vale fazer referência ao menos a dois aspectos no material analisado: a convivência de problemáticas caras à ideologia da Segurança Nacional, a exemplo da vinculação entre transformações urbanas, pobreza e aumento da criminalidade e da violência como ameaça de revolta e desordem pública, com a crítica de boa parte de seu aparato legislativo, institucional e conceitual, a exemplo das leis de exceção; e a constituição de criminologias de sentido diversos.

Em suma, será por meio da análise da relação entre o âmbito interno aos debates teóricos e a sua utilização em processos políticos que se buscará localizar e investigar a consolidação de paradigmas explicativos sobre o problema do crime e propostas de solução, assim como fricções e mudanças entre paradigmas no período. Como referência, há que se considerar a crise do consenso supranacional em torno da "Criminologia tradicional", nos anos 1960 e 1970 (Pires, 1979) e suas repercussões para as tradições vinculadas a essa criminologia no Brasil. Um processo não linear de convivência de diferentes matrizes de pensamento, que corresponderia ao capítulo brasileiro no interior da "miséria da criminologia positivista/defensivista na América Latina" (Sozzo, 2014).

Para tanto, o artigo partirá de uma visão histórica sobre o surgimento da criminologia e sua adaptação à América Latina, para então situar a discussão específica do caso brasileiro.

2. O surgimento da criminologia na América Latina: circulação internacional de ideias e "tropicalização" dos modelos penais

O surgimento da Criminologia está associado ao desenvolvimento dos saberes jurídicos legitimadores do direito de punir moderno ocidental e à sua

confluência com os saberes médicos que pretenderam exercer sua influência na fundação das ciências humanas no século XIX (FOUCAULT, 1977; 2014; GARLAND, 1992; SCHWARCZ, 1993; MUCCHIELLI, 1994; KALUSZYNSKI, 2002). Se o Direito Penal funda-se na herança da Escola Clássica, cuja filosofia da repressão, baseada no livre-arbítrio e na proporcionalidade da retribuição punitiva diante da infração das leis, é já considerada por alguns como uma "primeira criminologia" (TAYLOR, WALTON e YOUNG, 1973; CASTRO, 2005), outros fundamentos do direito de punir se desenvolvem a partir de saberes com pretensão científica, à exemplo da "estatística moral" do matemático Adolphe Quetelet, da "frenologia" de François-Joseph Gall, da "escola francesa de criminologia", de Alexandre Lacassagne, e, sobretudo, da "escola italiana de criminologia" ou "antropologia criminal", de Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri. Assim, à punição e ao controle do crime se acrescentam o interesse na descoberta das causas da criminalidade, localizadas especialmente na natureza biológica do indivíduo criminoso, cujas novas expertises científicas atreladas às instituições do campo penal viriam a fornecer as técnicas necessárias à reforma moral.

Configuram-se, nesse encontro de propósitos, as principais linhas de força e lideranças do debate e da institucionalização da Criminologia na virada dos séculos XIX e XX. No contexto europeu, Mucchielli (1994) e Kaluszynski (2002) forneceram importantes elementos para a reconstituição dessa história. Kaluszynski sobretudo por sua ênfase no ativismo das sociedades jurídicas, como a *União Internacional de Direito Penal*, as exposições e congressos internacionais, a *Sociedade de Legislação Comparada*, o *Conselho Superior de Prisões* e, sobretudo, a *Sociedade Geral das Prisões*, envolvidos nas disputas pela legitimação da criminologia e de institucionalização de seu ensino. Uma arquitetura de redes de atores plurais distanciados da política profissional e engajados em projetos filantrópicos e de reforma em torno da elaboração de leis e da construção de novas expertises sociogovernamentais em nome de valores do liberalismo e da ciência.

Apesar das críticas sucessivas que favoreceram a interrupção desse processo, provenientes de posições mais ou menos incompatíveis com a visão hegemônica, de caráter biológico-determinista, a influência desta "Criminologia positivista" se expandiu para além das fronteiras europeias. A América Latina ocupará uma posição *sui generis* de laboratório de ideias para reforma penal provenientes de uma disciplina já em descrédito no seu meio de origem (OLMO, 1984; ALVAREZ, 2003; CASTRO, 2005). A transnacionalização do saber criminológico (e do controle social nele baseado) para essa região se realiza de acordo com os modelos impostos pelos centros de poder dos países centrais, dos quais as sociedades internacionais seriam instrumentos de penetração.

A assimilação da Criminologia por parte da intelectualidade latino-americana e seu papel na implementação de políticas criminais nos direciona a pensar com mais profundidade a questão da importação de modelos penais, sua adaptação e mudanças ao longo da história (CAPELLER, 1995; ANDRADE, 2012; 2013). Poucos são, entretanto, os estudos sistemáticos feitos sobre a realidade brasileira na direção da internacionalização de intelectuais/exportação e importação de modelos penais, o que seria central para entender as transições e continuidades em relação a outros cenários. Esse é um espaço de pesquisa que carece de investimento. Sem pretensão sistemática, ensaiaremos alguns passos nessa direção.

No que se refere à América Latina, a participação de intelectuais latino-americanos nos *Congressos Penitenciários* e de *Antropologia Criminal* e da *União Internacional de Direito Penal*, teriam contribuído para o nascimento de uma "consciência universal" do problema da delinquência e da prisão na virada do século XIX para o XX. Contudo, os efeitos dessas discussões nos países periféricos seriam em geral desorganizados e desequilibrados, reflexo da desigualdade na participação que, embora constante, não atinge as posições centrais de decisão: "uma participação nominal, uma presença sem voz, uma situação marginal" (CAPELLER, 1995, p. 24).

Sobre o Brasil, entre a pluralidade de contribuições, torna-se difícil indicar o pioneiro nos estudos da criminologia no Brasil, sendo a disputa por pioneirismo e por reconhecimento internacional importantes elementos de distinção e legitimação entre os pensadores. Mas sem dúvida um expoente da adaptação da Criminologia foram as reflexões do médico psiquiatra Nina Rodrigues (1894) acerca da responsabilidade penal das populações indígena, negra e mestiça. Opondo-se à defesa do livre-arbítrio como fundamento da pena, para Rodrigues a igualdade das diversas raças brasileiras no Código Penal seria absolutamente contraditória e inconsequente. As "raças inferiores" não poderiam receber o mesmo tratamento penal que os brancos, uma vez que, presas do determinismo biológico e social, elas não portariam a mesma consciência do dever e do direito e, portanto, do valor jurídico dos seus atos, sendo a eles destinados medidas de outro teor, como o disciplinamento e a reeducação.

Já no campo do Direito, a Criminologia é incorporada sobretudo nas Faculdade de Recife e de São Paulo, e, também, círculos intelectuais reunidos em torno da vida política no Rio de Janeiro. Na origem de cursos, da produção de dissertações e monografias, e da criação de revistas se encontram nomes como os de João Vieira de Araújo, Tobias Barreto, Clóvis Bevilaqua, Paulo Egídio, Viveiros de Castro, Cândido Mota, Evaristo de Moraes, entre outros. Esses autores se dividiriam principalmente pelo acento dado aos fatores biológicos ou socioculturais

na etiologia do crime, porém, como referências incorporadas de maneira eclética, há consenso sobre necessidade das duas abordagens para a compreensão adequada do crime e do criminoso.

Os trabalhos de Marcos Alvarez abrem uma vereda importante, tanto em termos de relação entre os planos nacional e internacional (2003). Para o autor, as novas ideias tornaram-se temas obrigatórios no direito penal, legitimadas como o que havia de mais avançado em termos de doutrina sendo conectadas à modelos de análise e intervenção na sociedade, como maneira de responder às urgências da realidade nacional (ALVAREZ, 2003). No intuito de demonstrar essas conexões, Alvarez destaca três intelectuais como responsáveis pela divulgação das ideias criminológicas no Rio de Janeiro e em São Paulo: Viveiros de Castro, formado na Faculdade de Recife, autor de *A nova escola penal* (1894), livro que obteve a maior repercussão entre a intelectualidade da época; Paulo Egídio, formado na Faculdade de São Paulo, jurista sociólogo que se destacara na defesa e fundamentação de ambicioso projeto de reforma do sistema penitenciário de São Paulo; e Cândido Mota, também formado bacharel na faculdade paulista, responsável pela penetração institucional da criminologia na Faculdade de Direito de São Paulo e pelo projeto do Instituto Disciplinar, segundo o novo ideário penal (ALVAREZ, 2003).

Da análise do pensamento e do perfil de atuação dos intelectuais elencados, o autor afirma que a incorporação da criminologia expressa, além de um interesse no social como objeto de conhecimento, também um movimento político em torno da modernização das instituições penais como estratégia de reforma da sociedade em período de transição de uma economia escravocrata para o mercado de "trabalho livre" e desenvolvimento de uma sociedade urbana-industrial. A sua recepção se enreda em uma teia de relações de poder, de saber e de sujeição no interior da Primeira República, na qual se desenvolvem estratégias de disciplinamento de trabalhadores industriais e de controle de categorias específicas, como mulheres, menores e loucos. A ordenação penal das relações capital-trabalho e a legislação da menoridade seriam exemplares da concepção de Estado e ordem social dos atores envolvidos:

> em praticamente todos os autores da nova escola, o conceito de defesa social é central, sendo ele que impõe ao Estado novas atribuições na manutenção da ordem social, atribuições estas que vão além de uma concepção puramente liberal do Estado (ALVAREZ, 2003, p. 110).

Nesse contexto, a criminologia representaria "a emergência de um discurso da desigualdade no campo da lei", um discurso que propôs, "a partir da articulação

dos campos da lei e da norma, um tratamento jurídico-penal diferenciado para determinados setores da população" e "critérios diferenciados de cidadania" (ALVAREZ, 2003, p. 32-33).

No mesmo sentido, Wanda Capeller (1995) analisa a transferência de ideias criminológicas e a sucessão de políticas criminais na história brasileira. Como pressuposto da análise está a sobreposição de modelos de Estado e a implementação de políticas criminais paralelas (DELMAS-MARTY, 1983), que seguem lógica e arquitetura institucional própria, não necessariamente fundadas na razão jurídica e seus códigos oficiais, mas na razão de Estado. Assim, o modelo liberal do Código Penal convive ao mesmo tempo com iniciativas de conciliação com paradigmas positivistas (lógica da culpabilidade e lógica da periculosidade) e derivas autoritárias, apoiadas no posicionamento de reforma "pelo alto" de intelectuais preocupados com a suposta inadequação da população brasileira aos padrões liberais de civilização. Uma dinâmica de ajustamento externo às políticas criminais propostas pelos países mais desenvolvidos e de ajustamento interno às demandas do campo penal brasileiro. Constata-se a sobreposição entre um modelo de Estado liberal e outro, tutelar (CAPELLER, 1995), expressão da adaptação do liberalismo à realidade brasileira e sua cisão com a democracia, perceptível na formação de intelectuais com vocação dirigente, portadores de uma visão autoritária do social (ADORNO, 1988).

A autora aponta, então, para um processo de "tropicalização dos modelos penais", adaptação que teria como uma das principais características as frágeis fronteiras entre a questão racial e a questão criminal na configuração de uma política criminal de exclusão – de negros, estrangeiros e classes sociais marginais fundada em visão médica ou biológica do fenômeno criminal –, cimento da construção do campo penal em favor das elites e da "defesa do continente". Um processo que parte das preocupações com a regulação social após o fim da escravatura e a política de imigrações e atravessa as relações de trabalho na construção de uma sociedade urbana industrial. Veríamos a aparição de uma política criminal da *dangerosité sociale*, na qual a problemática racial pouco a pouco perde ênfase para um discurso concentrado na periculosidade do indivíduo pobre e marginalizado (CAPELLER, 1995). Anos mais tarde, a instauração de políticas criminais fundadas no modelo autoritário brasileiro resultaria em um deslizamento da periculosidade individual à periculosidade do inimigo externo e, posteriormente, do inimigo interno. Assim, as respostas estatais gravitariam não somente em torno das infrações penais ou do desvio moral, mas, também, da dissidência política, como expressa a Ideologia da Segurança Nacional no período da ditadura militar.

Contudo, são poucos os estudos no Brasil que avançam no estudo da Criminologia para além dos anos 1940, principalmente sob uma perspectiva nacional e não apenas local. Nos estudos histórico-sociológicos mais conhecidos sobre o tema (SCHWARCZ, 1993; Corrêa, 1998; ALVAREZ, 2003), a incorporação da Criminologia é analisada a partir da atuação de juristas e médicos, da crítica do Código Penal de 1890 até a instauração do Código de 1940, do contexto da Primeira República à Ditadura Vargas, sendo percebida: 1) em revistas, disciplinas e sociedades acadêmicas; 2) na reconstrução de trajetórias de intelectuais; e 3) em políticas, leis, instituições e expertises no campo penal, com destaque para o Código dos Menores, para os manicômios judiciários e para as medidas de segurança como "solução de compromisso" entre concepções clássicas e positivistas da pena.

Sobre a continuidade desse processo nos anos seguintes aponta-se seja para seu relativo "confinamento" como saber prático na área da medicina legal e na criminalística policial ou para sua "abertura" para lidar com a relação capital/trabalho. Resta, ainda, largo espaço para um investimento em pesquisa de maior fôlego, que indague sobre o sentido do desenvolvimento de novos paradigmas científicos e de política criminal, incrementados pelas novas articulações entre sociedades internacionais de criminologia entre os anos 1945-1970. Após esse período, as interpretações fazem, em geral, *tábula rasa* do período anterior: ora se ressalta um processo de imposição de ideias e práticas onde não haveria espaço para o desenvolvimento de uma matriz de pensamento autônoma (OLMO, 1984); ora se aponta para o início da elaboração de um pensamento crítico sobre a criminologia tradicional (CASTRO, 2005). Para nos situarmos, destaca-se a importância de analisar com mais profundidade as transformações do espaço internacional decorrentes do pós-guerra, o modo como interferiram na recomposição das associações em Criminologia como veículos da construção de novos instrumentos e regulamentos de políticas penais e de direitos humanos e, posteriormente, como se deu o surgimento de novos ideários críticos e alternativos a partir dos anos 1970.

Nossa proposta, portanto, é avançarmos em um período pouco investigado, já sinalizado como fronteira de pesquisa (SOUZA, 2005), e rico em implicações, investigando a continuidade da mobilização de juristas e médicos ligados à criminologia. Para tanto, propomos articular três maneiras distintas de abordar as relações entre discursos científicos e práticas penais no Brasil: a primeira, que enfatiza o processo de internacionalização do discurso médico-científico do século XIX, acompanhando o processo de universalização do capitalismo; a segunda, baseada na ideia de que as políticas criminais são formadas a partir da construção

simbólica e da apropriação do medo e da insegurança por parte de elites políticas e econômicas; e a terceira, que aborda a história da criminologia e das instituições criminais a partir de uma crítica interna aos discursos e às práticas, assinalando as ambiguidades presentes na assimilação das teorias europeias no contexto local (SOUZA, 2005).

O ponto de partida é o argumento de Corrêa (1998) e Ferla (2009) sobre o fim da República Velha como espécie de barreira de contenção das teorias do racismo científico no Brasil, com o deslocamento progressivo dos conceitos de raça para os de cultura, mas com a permanência da tradição intelectual racista e biodeterminista do lado de dentro das fronteiras da ciência, pelo menos até as novas reacomodações possibilitadas pelo desfecho da Segunda Guerra Mundial (FERLA, 2009: 189-90). Nessa situação de competição entre paradigmas, a ênfase nesse momento volta-se principalmente aos juristas, posto que, aparentemente, mesmo com a continuidade da convivência de paradigmas, dá-se início a uma supremacia da orientação técnico-jurídica do direito penal sobre as teses biológico-deterministas do período anterior.

Esse é o argumento de Carlos H. Aguiar Serra em sua análise das revistas das Faculdades de Direito de São Paulo, Rio de Janeiro e Recife e, também, periódicos ligados à polícia, no período 1937-1964 (SERRA, 2008). Ele aponta para uma característica geral da produção jurídico-penal dessas revistas: o tecnicismo, ou seja, o descolamento da reflexão acerca da realidade social e a concentração em temas de dogmática jurídica, como a reflexão acerca dos textos legais, códigos e constituições. Assim, a sua pesquisa teve como marco as discussões sobre crime e punição presentes nos artigos que se voltaram à análise da Constituição de 1937, do Código Penal de 1940 e da Constituição de 1946. Entre os nomes já conhecidos do "período anterior", Cândido Mota Filho, Evaristo Moraes Filho, Noé Azevedo, sobressaem os de Alcântara Machado, Francisco Campos, Nelson Hungria e Roberto Lyra. Isso denotaria a importância do processo de elaboração da legislação criminal do Estado Novo, que originaria um código bem recebido pela crítica ao propor uma solução de compromisso entre teses clássicas e positivistas. Para Hungria, o país seguia uma trajetória própria e o ecletismo do código jurídico-penal resultaria da cultura jurídica brasileira, que não abria mão dos postulados do classicismo penal, mas incorporava vários fundamentos trazidos pelo positivismo penal e pela criminologia. Um ecletismo também próprio do propósito da defesa social em um Estado corporativo (ROLIM, 2010).

Porém, mesmo com essa recepção, a passagem dos anos demonstraria ainda o prolongamento da "militância" da Escola Positiva por mudanças como a inclusão da pena de morte e a indistinção entre pena e medida de segurança. Essa é

reivindicação de Mario Garneiro, em 1948, que pretende a reforma da legislação criminal diante do que considera um outro contexto, de aumento da criminalidade, diante do qual se faria necessário sublinhar a diferença entre o jurisperito – "tradicionalista, no geral rotineiro, grandemente pernicioso e, portanto, maléfico, em se tratando de reformas penais" – e o criminólogo – "em regra, é um inovador, um experimentalista, um missionário, um progressista que visa – de verdade – combater o crime e a criminalidade com as armas do século" (GAMEIRO, 1948 *apud* SERRA, 2008: 223). Isso parece apontar para rivalidades entre juristas e médicos, sua tradução em diferenças de estilo (abstração filosófica x empirismo imediato) e talvez sinalize para uma certa resistência à incorporação da integridade das propostas da Escola Positiva no Código de 1940. Ao mesmo tempo, embora se perceba uma pluralidade entre posições que ensaiam tornar compatíveis tecnicismo e culturalismo, a autonomia da instância jurídica daria o tom de um esforço pragmático-autoritário que se intensificaria ao longo das décadas seguintes (FERLA, 2009).

No sentido da continuidade desse processo, o estudo de espaços de interlocução, como a *Sociedade de Medicina Legal e Criminologia* de São Paulo[2] ou de intelectuais como Leonídio Ribeiro[3] são promissores para a compreensão das concepções que informaram as políticas criminais e de segurança pública no período[4]. Outro importante espaço foi a Sociedade Brasileira de Criminologia (SBC),

2. Criada em 1921, congregava médicos e juristas tais como Flamínio Fávero, Franco da Rocha, Alcântara Machado, e constituiu importante espaço de debate das questões jurídico-penais até 1945 (FERLA, 2005).

3. Formado pela Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, em 1916, ao longo de mais de 40 anos Ribeiro realizou uma carreira paradigmática como professor de Medicina Legal e de Criminologia no Rio de Janeiro, mas com conexões, também, em São Paulo, tendo recebido o prêmio Lombroso, em 1933, e sendo ainda vice-presidente da Sociedade Internacional de Criminologia. Suas pesquisas giravam em torno dos menores delinquentes e abandonados e da aplicação de técnicas antropométricas em presos buscando comprovar a relação entre desequilíbrio hormonal e homossexualidade (ALVAREZ, 2012).

4. Nos anos 50, à propósito da defesa do continente, Leonídio Ribeiro afirmava "que devemos criar em todos os países [do continente] uma organização idêntica àquela do FBI [...]. Nossa legislação vai em direção à identificação obrigatória de todos os cidadãos brasileiros [...]. É preciso fechar as fronteiras aos indivíduos que chegam da Europa, contaminados por idéias perigosas. Se queremos interditar à indivíduos indesejáveis de atravessar as fronteiras, para vir perturbar nossa tranquilidade e ameaçar nossa segurança nacional, é necessário utilizar os instrumentos da ciência médico-legal [...]" (OLMO, 1984, p.144).

fundada em 1931 no Rio de Janeiro, que teve por fim declarado em sua fundação, o ensino de pós-graduação para criminólogos, a pesquisa científica e humanística, a divulgação cultural, a assistência técnica, o entendimento entre organizações públicas e privadas referentes à prevenção e repressão da criminalidade e a criação de um registro dos criminólogos brasileiros (LYRA, 1970). A SBC manteria uma revista como órgão de divulgação oficial, que assumiu nomeações variadas ao longo do tempo: 1) *Boletim da Sociedade Brasileira de Criminologia* (1931-1932); 2) *Revista de Direito Penal* (1933-1946); 3) *Revista Brasileira de Criminologia* (1947-1953); 4) *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (1953-1967); 5) *Revista Brasileira de Criminologia, Direito Penal e Medicina Legal* (1967-1970); 6) *Revista de Direito Penal* (1971-1981); e 7) *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (1981-1983)[5].

Em seu início (anos 1933-1936), ela representava e difundia o discurso político instituído a partir de 1930, com o Governo Provisório de Getúlio Vargas: a Nação, representativa de uma ideia de unidade associada à modernização enquanto reforma das instituições estatais de acordo com a realidade nacional, era o ponto de encontro entre a política de governo e a proposta editorial da Revista (MELLO PRANDO, 2012). Nesse período, a Revista de Direito Penal não parecia ter uma clara delimitação das fronteiras entre estudos jurídico-penais e criminológicos, estando dividida em uma aliança de compromisso entre o movimento técnico-jurídico no direito penal e a criminologia clássica da Escola Positiva. Figuravam dois grandes grupos predominantes: o primeiro, associado às figuras de Nelson Hungria e Evaristo de Morais, mais fechado à um diálogo com outras disciplinas que não ao Direito Penal; o segundo, mais aberto ao diálogo com outras disciplinas, onde existiriam

> três correntes de pensamento: a primeira, que se tornou mais forte e definida apenas na segunda metade da década de 1940, trabalhava com a ideia de igualdade entre os fatores biológico e sociológico como preponderantes na definição dos criminosos [...] O segundo grupo trabalhava com a ideia da preponderância dos fatores sociais. Este grupo é representado por Roberto Lyra,

5. A Revista surgiu com a proposta de publicações mensais de fascículos com artigos de doutrina, jurisprudência, transcrições de conferências e resenhas bibliográficas. Era formada por um Conselho Técnico e por Colaboradores de formações e atuações diversas: médicos, psiquiatras, autoridades policiais, mas especialmente juristas, que atuavam profissionalmente na advocacia, na docência e, também, em funções públicas, como era o caso de juízes, promotores, membros dos Conselhos Penitenciários, além daqueles que participavam, também, de Comissões legislativas, como a Comissão da Reforma da Justiça (MELLO PRANDO, 2012).

> Clóvis Bevilacqua, P. E. de O. Carvalho, e tem na Sociologia a tábua mestra para uma real compreensão do fenômeno criminal. E por último, o grupo [...] que acreditava na preponderância dos fatores biológicos na determinação da personalidade criminosa. Este grupo estava associado a pesquisas em presídios, laboratórios e clínicas, e por isto os autores fazem referência a eles como Criminologia Clínica. São profissionais da Psiquiatria, Endocrinologia, Medicina Legal, Neurologia e Antropologia Criminal. Estão associados a este grupo: Flamínio Fávero, Hilário Veiga de Carvalho, Heitor Carrilho, J. V. Araújo, Viveiro de Castro, C. Mota, A. M. S. de Aragão, Jefferson Lemos, Antônio Austragésilo, Alcântara Machado, Waldemar Berardinelli, Leonídio Ribeiro e João de Mendonça (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p.05).

Esse equilíbrio parece ter se modificado a partir de 1947, quando textos originais de biólogos, médicos ou psiquiatras não se fizeram mais presentes, salvo as exceções de raras e pequenas notas e a Revista toma um cunho mais claramente jurídico. É significativo notar que, a partir desse ano, é Roberto Lyra que acumula a presidência da Revista e da Sociedade, incentivando um diálogo subordinado da criminologia em relação ao direito penal (OLIVEIRA JÚNIOR, 2005).

Não é o caso de aprofundar esse ponto nesse momento. Vale apontar que a supremacia do ponto de vista liberal-tecnicista atravessaria o período de abertura democrática no país em 1945, mesmo com o reforço de princípios e instituições liberais, como o júri (FERLA, 2009). A resultante, portanto, parece ser a permanência do tecnicismo e o início do questionamento do programa da Escola Positiva. O liberal-tecnicismo não se contrapõe a tendências autoritárias, mais das vezes compondo com estas, como se confirmaria nas contribuições de Nelson Hungria e Roberto Lyra no período Vargas e posteriormente em revistas como a Lei e Polícia (1948-1964), reunindo juristas, policiais e chefes de polícia legitimadores da razão policial para fins de defesa social e repressão à ameaça vermelha (SERRA, 2008). Assim, mesmo com o interregno democrático (1945-1964), a democracia não é assumida como valor.

Esse cenário, por sua vez, corresponde ao alinhamento com o cenário internacional pós-guerra, de crítica aos regimes totalitários e contestação da "fé cega" na ciência. Contexto que corresponde, também, à "crise de paradigma" da criminologia etiológica no plano internacional, como crise da noção de estado perigoso pré-delinquencial no Congresso Internacional de Criminologia de 1950 (PIRES, 1979). Nesse sentido, caberia indicar a necessidade de articular, além do processo intelectual e político nacional de formulação e crítica dos códigos penais e de construção de instituições correcionais, a relação entre criminólogos brasileiros e a exportação de ideias e modelos penais para a América Latina por associações internacionais no pós-guerra.

Ganham destaque os projetos em torno das ligações entre Direito Penal, Criminologia e Política Criminal de Defesa Social em que se envolveram a *Sociedade Internacional de Defesa Social*, a *Associação Internacional de Direito Penal*, a *Sociedade Internacional de Criminologia* e o *Centro Internacional de Criminologia Comparada* (CICC). A coordenação entre essas associações é central para a compreensão da divisão de tarefas entre ciência e política na institucionalização dos órgãos e instrumentos da recém-criada *Organização das Nações Unidas* (ONU) nos setores de política criminal, reforma nas instituições de justiça criminal, de prevenção do delito e de tratamento do delinquente. Os propósitos inscritos na criação da *Sociedade Internacional de Defesa Social* são claros na intenção de um trabalho coordenado, a partir de uma atuação "essencialmente apolítica", através da organização de congressos e cursos, criação de bolsas e prêmios, ela favoreceria uma rede de pesquisa e pensamento que operaria a síntese entre as contribuições do direito penal e da criminologia. O funcionamento das três associações seria então trabalhado como um conjunto, no sentido de universalizar noções e estratégias de política criminal (RICPT, 1949).

Vale fazer referência aos Congressos Internacionais realizados pela ONU, como *I Congresso sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes*, em 1955, relacionado às *Regras Mínimas para Tratamento dos Presos* e à criação do *Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente* (ILANUD); e o *I Congresso Pan-Americano de Medicina Legal, Odontologia Legal e Criminologia*, em 1946. Entre os principais resultados e diretrizes desses Congressos, se incluem: as condições para o exercício da *expertise* psiquiátrica no processo penal (tratamento dos assim chamados semirresponsáveis); medidas para controle da imigração (identificação civil obrigatória); a proposta de criação de um centro internacional de estudos penais sediado no Rio de Janeiro; e um projeto de Código Penal unificado para todos os países da América Latina, cujo centro de concertação seria o *Instituto de Ciências Penais* de Santiago, no Chile (RICPT, 1948; 1964). O sentido geral da construção previa o equilíbrio entre direitos humanos e penalização do crime, com fins a adequar os códigos à realidade particular de cada país e prevenir princípios totalitários de extensão da punição a todo desvio considerado perigoso.

Para analisar esse contexto, um primeiro investimento seria considerar os antecedentes e as consequências da *1ª Conferência Pan-Americana de Criminologia* (1947) no Brasil (OLMO, 2004). Os conflitos para a organização do evento[6]

6. Que deveria ter sido o *III Congresso Pan-Americano de Ciências Penais*, marcado para 1944 no Chile (OLMO, 2004).

apontam para uma possível clivagem entre juristas-penalistas e médico-criminologistas na liderança do debate e das iniciativas, repercutindo inclusive em discussões a respeito do nome da disciplina (criminologia x ciências penais). Considerando esse evento como ponto de partida, o propósito é delinear os perfis de trajetória dos intelectuais envolvidos e analisar o conteúdo a partir da investigação de periódicos do período.

Com esse intuito, na seção seguinte abordamos como as questões brasileiras desse cenário são incluídas na *Revue Internationale de Criminologie et Police Scientifique*, órgão principal do *Centro Internacional de Criminologia Comparada*.

3. O Brasil na *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique* (RICPT)

A *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique* (RICPT)[7], órgão da *Sociedade Internacional de Criminologia*, será um dos veículos centrais de divulgação de ideias penais nesse contexto. Fundada em 1947, a RICPT congrega criminólogos, médicos legistas, juristas e policiais europeus herdeiros do pensamento criminológico do século XIX. As referências à Lombroso, Garofalo e Ferri, entre outros, é presente na forma de recuperações biográficas, de discussões teóricas sobre a pena e o crime e em pesquisas sobre, por exemplo, tatuagem e criminalidade ou genética e comportamento criminal. Trata-se de um processo de convivência e rivalidade entre a política criminal de defesa social, associada a técnicas criminológicas de exame clínico e de controle social, na qual Fillippo Gramatica e Jean Pinatel são expoentes, e da "nova defesa social", com visão mais humanista, com grande ênfase no ideal de ressocialização, através, principalmente, de Marc Ancel e Paul Amour. Em ligação com os trabalhos da *Comissão Internacional de Polícia Criminal* – associada à fundação da INTERPOL –, a Revista abrirá espaço, também, para conteúdo relativo à modernização dos procedimentos e das organizações policias.

A RICPT se divide geralmente em três grande seções, precedidas de um editorial reflexivo sobre questões de atualidade: a primeira seção trata de contribuições teóricas e da divulgação de pesquisas em direito penal e criminologia, sendo finalizada com um artigo sobre técnicas e procedimentos policiais; a segunda, mescla de *faits divers* e crônica literária, é dedicada à um *tour* sobre os acontecimentos criminais, policiais e judiciais pelo mundo; a terceira e última seção

7. Atualmente, *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique et Scientifique*.

refere-se à notícias sobre eventos, notas biográficas e bibliográficas. Essa última seção será a principal fonte para uma análise introdutória da projeção internacional de brasileiros, que também se fazem presentes em artigos publicados.

Corroborando a conclusão de Capeller sobre a desigualdade nas redes internacionais de criminologia e política criminal, a participação de brasileiros, como de latino-americanos em geral, não assume importância central na RICPT. Assim, entre 1947 até o ano de 1991, por exemplo, observa-se a publicação de apenas sete artigos de representantes brasileiros.[8]

No sentido da reivindicação do legado lombrosiano, destacam-se as contribuições de Theodolindo Castiglione, professor da Faculdade de Direito de São Paulo. A primeira, *Lombroso et l'hérédité criminelle* (RICPT, 1963) pretende rebater as críticas feitas a Lombroso, rejeitando a ênfase da crítica aos caracteres biológicos de suas reflexões, quando estas abordariam igualmente fatores sociais e psicológicos. Seu propósito é ressaltar o legado de Lombroso, apesar de eventuais incorreções, em uma perspectiva otimista sobre a consolidação da criminologia como disciplina científica. Com base nisso, Castiglione discute a questão do crime, como relativa às mudanças na vontade do legislador penal, ou como fenômeno constante ao longo do tempo, como fatos que afetam a normalidade social. Ele então se indaga: diante da variação de infrações penais na história, como conciliar tipos biológicos de criminosos e certos tipos penais definidos por juristas? Considerando diferentes posições da literatura, a sua resposta é que a sociedade recusaria ao legislador o direito de não considerar certos atos como criminosos. Seria possível definir crimes universais, como o homicídio, o roubo, o incêndio e o estupro, aos quais seria possível correlacionar com maior precisão, sem desprezar traços sociais e psicológicos colaboradores, traços biológicos

8. Pesquisa realizada nos arquivos do Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales (CESDIP), na França, em estágio doutorado-sanduíche, financiado pelo CNPq entre 2013 e 2014. A seguir, uma listagem dos textos mencionados: O Baldijao. Notes de police scientifique (*RICPT*, 1953); O E de Brito Alvarenga. L'identification de la voix humaine (*RICPT*, 1953) ; Réforme nécessaire de la législation sur les psychopathes criminels, Leonídio Ribeiro (*RICPT*, 1957) ; La balistique d'effets dans les blessures par armes à feu ,E. Lapagesse, (*RICPT*, 1959) ; Lombroso et l'hérédité criminelle – criminel-né, criminalité et génétique, Theodolindo Castiglione (*RICPT*, 1963) ; Le problème du liberé au Brésil, A Silveira (*RICPT*, 1963) ; Criminologie et Droit Pénal, R. Lyra, professor da Faculdade de Direito da Guanabara, (*RICPT*, 1966); Le droit pénal compare, Heleno Claudio Fragoso (*RICPT*, 1979); La problematique de la drogue en Amerique Latine. Présentation du projet alternatif du Rio. João Marcelo de Araujo Junior (*RICPT*, 1991).

fundamentais e inclusive hereditários, o que exigiria o recurso à expertise criminológica no exame dos reincidentes.

A sua segunda contribuição, *La criminalité des favelas* (RICPT, 1968), é baseada em interpretação sobre pesquisa precursora sobre as favelas no Brasil[9]. A singularidade do trabalho de Castiglione está na construção de hipóteses sobre a determinação do meio social e de predeterminações biológicas individuais na escolha pelo crime. Em um meio social favorecedor da criminalidade, sobretudo para crianças e adolescentes, o autor afirma a contrariedade entre a determinação do meio e os indivíduos criminosos, que seriam apenas uma pequena porcentagem entre os favelados, e nem sempre provenientes de famílias desestruturadas. Contudo, como conclusão, demonstrando estar preso à ambiguidade clássica das teses criminológicas (dividida entre a escola francesa do meio social e a escola italiana do criminoso nato), o autor aponta a necessidade de levar à sério as teses de determinação biológica individual.

Leonídio Ribeiro (RICPT, 1957), por sua vez, defende a necessidade do exame psiquiátrico no processo penal como expertise aperfeiçoadora do controle da reincidência, em favor de uma reforma da legislação e das instituições penais para que delinquentes psicopatas não sejam encarcerados em prisões nem em manicômios, mas submetidos a um regime especial em instituições adequadas. Na mesma edição, Ribeiro tem seus dois volumes de *Criminologia* (1957) resenhados pela revista, que ressalta a o valor de sua obra de síntese dos conhecimentos da área e como criador de um novo ramo do diagnóstico no domínio da datiloscopia, e de sua trajetória, consolidada em sua nomeação para a vice-presidente e representante da América Latina no conselho da *Société Internationale de Criminologie,* em 1957.

Nas notas referentes aos Congressos, Associações e Sociedades a presença também não se faz notar com grande relevo. Contudo, esse fato não torna as evidências encontradas menos instrutivas. Nota-se uma subdivisão implícita entre países produtores e receptores de ideias, e uma subdivisão de trabalho em termos de construção institucional. Nesse sentido, a elaboração de um padrão para as políticas criminais da América Latina parece ser a direção dos investimentos, a partir do qual ocorre abertura para o engajamento dos intelectuais do continente. Destaca-se a organização da *Ia Conferência Pan-americana de Criminologia*, no ano de 1947, com a liderança de Leonídio Ribeiro, Oswaldo Landet e

9. A pesquisa "Aspectos Humanos da Favela Carioca", coordenada pelo sociólogo José Arthur Rios e organizada pela Fundação Leão XIII e pela *Sociedade de Análises Gráficas e Mecanográficas* (SAGMACS) cf. Valladares, 2005.

participação de Benigno de Tullio, fundador da *Société Internationale de Criminologie* e dos brasileiros Aloysio de Carvalho, Mario Bulhões Pedreira, Nelson Hungria, Flamínio Favero e Noé de Azevedo, juristas e médicos-legistas associados ao *Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura* no Rio de Janeiro, ao *Instituto Oscar Freire* da Faculdade de Medicina de São Paulo e à *Sociedade de Medicina Legal e Criminologia* do mesmo estado (RICPT, 1947)[10].

Na criação da *Conferência Pan-americana* e no conteúdo das suas discussões (RICPT, 1948) percebe-se a complementaridade com o propósito de erigir um modelo penal unificado para a América Latina, com base na experiência desenvolvida nos países nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Islândia e Noruega) e, sobretudo, o projeto de código para a América do Norte. A partir desses dois exemplos, foram estabelecidas metas de concertação tendo como centro o *Instituto de Ciências Penais* de Santiago, no Chile. As propostas de suas reuniões iniciais, em 1962/63, continham uma divisão de tarefas entre comissões nacionais e regionais e os princípios orientadores do trabalho de unificação (RICPT, 1964). O sentido geral da construção previa o equilíbrio entre direitos humanos e penalização do crime, com fins a adequar os códigos à realidade particular de cada país e prevenir princípios totalitários de extensão da punição a todo desvio considerado perigoso. O projeto, no entanto, encontrou dificuldades de execução, advindas da implementação de regimes ditatoriais no continente (RICPT, 1979), que abre um período de rompimento com o processo de codificação.

As tensões no trabalho de concertação entre direito penal e criminologia com base na política criminal da nova defesa social ganharão expressão significativa nas crises de definição das disciplinas e fronteiras. Assim podemos entender o sentido da provocação lançada por Roberto Lyra a respeito das várias concepções de criminologia em disputa (RICPT, 1966). Para o jurista, trata-se de encontrar uma saída para o lugar da criminologia na classificação das ciências e esclarecer seu papel na divisão de tarefas junto ao direito penal. Sua preocupação é com a sua indefinição como disciplina ou sua elaboração como infinidade de subdisciplinas, o que impossibilitaria o desempenho de tarefas auxiliares e

10. Na realização dessa Conferência, pode-se, também, presumir a influência de *Afrânio Peixoto*, falecido em janeiro de 1947, cuja nota biográfica (RICPT, 1947) dá destaque à sua liderança no Instituto Médico Legal e a seu posto de diretor de Instrução Pública, ambos no Rio de Janeiro, e a seus estudos sobre medicina legal, criminologia e psiquiatria. Importa, também, ressaltar a relevância deste grupo na reforma do código penitenciário brasileiro, na institucionalização da Medicina Legal e na administração de instituições do campo penal.

intermediárias exigidas pelas trocas entre organizações de pesquisa. Contra a excessiva especialização de criminologias, Lyra apoia uma concepção da criminologia como ciência generalista, a receber ganhos fundamentais da sociologia[11] e parciais da biologia, capaz assim de erigir um "direito penal científico", fornecedor de sínteses ao "direito penal normativo".

Nesse sentido, podemos enxergar a contribuição de Lyra dentro do crescimento da afirmação do direito penal brasileiro como disciplina por uma corrente sociojurídica erigida em contraponto à influência do biodeterminismo criminológico, que já enfrentaria no Brasil o enfraquecimento de sua influência desde o pós-guerra.

4. A crise da Criminologia no plano internacional e suas repercussões no Brasil

Observamos que a Criminologia, enquanto bloco disciplinar e profissional unívoco, não existiu (OLIVEIRA JUNIOR, 2007). Seus profissionais (policiais, advogados, médicos, psicólogos, penitenciaristas etc.) se organizaram em grupos dinâmicos com intensa movimentação, para validar ou para questionar filosofias penais e empreender reformas institucionais. Quanto aos paradigmas de explicação, não conhecem uma sucessão linear, mas uma coexistência conflitual. Assim, se há uma visão hegemônica sobre o término da prevalência das teorias biodeterministas, encerrada a fase de implementação dos grandes projetos penitenciários (1920-1940), no Brasil (SALLA, 1997) e após a Segunda Guerra Mundial, vemos que essas teorias sofrem continuidades e adaptações em alguns campos de conhecimento e no interior das diferentes dinâmicas e temporalidades de importação e exportação de ideias penais.

A análise da *Revista de Direito Penal/Revista Brasileira de Criminologia* da *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique* serviram como demonstração desse fenômeno. Suas ligações com o desenvolvimento de sociedades e associações internacionais apontam para uma complexa divisão de trabalho político de construção de novas instituições no âmbito supranacional, de difusão de novas ideias penais dirigidas à humanização da pena (através de medidas de recuperação/ressocialização e dos princípios de direitos humanos) e à uma colaboração disciplinar entre Criminologia (sobretudo clínica) Direito Penal e Política Criminal.

11. "A criminologia ou não seria bem uma ciência ou seria, então, uma ciência social" (*RICPT*, 1966, p. 87).

Contudo, a criminologia etiológica e clínica, assim como a solução de equilíbrio buscada pela nova defesa social, perdem terreno. Acentua-se o movimento contrário à intromissão das ciências naturais no campo da disciplina penal, resultando daí relativo desprestígio da Criminologia nas Faculdades de Direito e seu confinamento nos cursos de Medicina Legal e na administração de manicômios e penitenciárias do país (PIMENTEL, 1980; AZEVEDO & AZEVEDO, 2008). Ao mesmo tempo, e tão importantes quanto, as limitações enfrentadas pelo próprio funcionamento do campo penal conduzem ao reconhecimento dos limites na aplicação das técnicas criminológicas, como atesta a contribuição de Alípio Silveira (RICPT, 1963) sobre o problema da liberdade do preso no Brasil. As condições básicas para o cumprimento da pena e recuperação do criminoso no país seria abortada em seu nascedouro por um meio prisional favorecedor da continuidade de práticas antissociais e criminais e pela corrupção policial que, na forma de chantagens, extorsões e perseguição, criaria problemas para o preso posto em liberdade, favorecendo a reincidência.

Esse contexto sinalizaria para a crise da criminologia no plano internacional, datada por Pires (1979) na falta de consenso do Congresso Internacional de 1950. Uma primeira mudança significativa seria a gradativa substituição das explicações de patologia médica, pelas de patologia social (MISSE, 2006), inspiradas em leituras de Enrico Ferri, Rafaelle Garófalo, Émile Durkheim e, posteriormente, Jean Pinatel, Denis Szabó e Robert K. Merton. Posteriormente, em um momento de politização e contestação do campo penal nos Estados Unidos e na Europa, novas correntes associadas à sociologia do desvio e do controle social e à criminologia crítica[12] pretendem desnudar o processo de relatividade na seleção política do que é considerado crime e as disfunções na operação do sistema de justiça criminal, a crítica da prisão e suas finalidades. Essas perspectivas não enfatizam nem o indivíduo criminoso nem o raciocínio sobre causas do crime, mas a "reação social" responsável pela "rotulação" de um determinado comportamento ou tipo social de indivíduo como criminoso[13]. Não mais ancorada na biologia ou no comportamentalismo psicológico, a Criminologia abre-se, então,

12. Na América Latina a expressão desse movimento é o trabalho coletivo de elaboração de um pensamento crítico sobre a criminologia e o controle social, levado a cabo pelo *Grupo Latino-Americano de Criminologia Comparada,* a partir dos anos 1970 (CASTRO, 2005).

13. Mas isso não significará o fim dos congressos ou dos esforços de criminólogos tradicionais, como sinalizará a renovação da RICPT, e sempre na zona de influência de Jean Pinatel, em torno da liderança de Denis Szabo e sua pretensão de erigir a criminologia de Montreal como modelo de um ensino de criminologia integrada e profissionalizada.

para uma renovação dos seus pressupostos, e mesmo para a sua dissolução enquanto campo interdisciplinar autônomo.

No entanto, o processo de conversão de grupos de juristas, criminólogos e criminologistas da construção normativa e institucional à crítica e reforma do sistema jurídico-político brasileiro a partir do regime militar é complexo. Com o golpe de 1964, a razão de estado policial e militar ganha então outro fôlego. É um outro período, que provoca novas dinâmicas de aliança e resistência entre juristas, médicos e Estado, a exemplo das comissões de reforma do código penal e a tentativa de criação de um novo código penal que, contudo, não é levado a termo. Com a paulatina politização do meio jurídico, o tema da democracia é colocado em pauta, com focos localizados de resistência do paradigma determinista, mas entrada de novas escolas críticas.

Nesse período, ocorre, também, a dissolução da SBC e a ligação de sua Revista ao *Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara* a partir de 1963. Durante esse período, ela se mantém dentro de uma proposta integrativa, na perspectiva herdada da SBC, o que é possível deduzir por sua nomenclatura no período (1967-1970): *Revista Brasileira de Criminologia, Direito Penal e Medicina Legal*. Entretanto, esse interregno não parece interromper o processo no qual a criminologia positivista/naturalista perde terreno para uma criminologia aberta à sociologia e subordinada ao Direito penal. Nesse sentido, a partir do ano de 1971, a Revista torna-se órgão oficial do *Instituto de Ciências Penais da Faculdade Cândido Mendes*, e passa a utilizar novamente o título de *Revista de Direito Penal*.

Para a compreensão dessas mudanças, um processo parece capital: a elaboração do anteprojeto de Código Penal, iniciada no governo Jânio Quadros, e liderada por Nelson Hungria, então Ministro do Supremo Tribunal Federal. O projeto, sua construção e avaliações seriam publicadas na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (de 1963 a 1967), então sob a direção de Heleno Fragoso, integrante da comissão encarregada da elaboração do anteprojeto e, também, do Código Penal modelo para a América Latina. Com a usurpação do poder pelos militares, pretendeu-se ainda prosseguir com os trabalhos de revisão. Contudo, Roberto Lyra a isso se opôs, negando-se a permanecer nas comissões revisoras de Código penal (como presidente) e de Código de Processo Penal (como membro) (LYRA, 1971). Em 9 de fevereiro de 1965, foi constituída nova Comissão Revisora, sob a presidência de Anibal Bruno, da qual participariam Nelson Hungria, Hélio Tornaghi e Heleno Cláudio Fragoso.

Esse posicionamento parece espelhar, também, o papel de Roberto Lyra como uma das lideranças de um processo de transição para uma criminologia aberta à sociologia, que alguns dos seus herdeiros nomeiam "criminologia socialista"

(LYRA FILHO, 1972; GALVÃO, 2007), e que fará eco às rupturas com o processo autoritário do regime militar brasileiro. Roberto Lyra Filho será continuador dessa abertura, sobretudo para o marxismo, cuja "Criminologia Dialética", baseada na possibilidade de síntese a partir da Filosofia, representaria "um subgrupo da extensa gama de modelos da Criminologia Crítica" (LYRA FILHO, 1982), ao qual se deve ainda acrescentar a "Criminologia Radical", de Juarez Cirino dos Santos (1981).

Paulatinamente, com o fechamento do regime, a crítica política envolverá um conjunto de juristas e advogados. Dá-se início, então, à uma época de ativismo jurídico, no qual se destacará o próprio Hélio Fragoso, que será presença notória nas Auditorias Militares, no Superior Tribunal Militar e no Supremo Tribunal Federal em defesa dos perseguidos políticos[14], assim como nas discussões internacionais sobre Direitos Humanos e na reformulação das leis penais nos anos 1980[15]. Em *Le droit pénal compare en Amérique Latine* (RICPT, 1979), Fragoso critica soluções legislativas para a América Latina baseadas na cópia de modelos internacionais e considera as particularidades do subcontinente, denunciando o aumento da criminalidade condicionada por um processo de marginalização social associado a um mecanismo policial-judiciário, que se apresenta como sistema opressivo e ilegal.

O argentino Eugenio Raúl Zaffaroni também desempenhará um papel importante na liderança de um grande continente de especialistas em ciências penais e criminológicas, incluindo Nilo Batista, voltados à finalidade de colher material para revisar as estruturas da justiça criminal na América Latina. O núcleo central desse projeto, que parte da crítica do tecnicismo do projeto do Código Penal Tipo e da denúncia do universo da marginalidade social e da violência dos sistemas legais para a construção de novos princípios políticos, será expresso em sua *Política criminal latino-americana* (DOTTI, s/d).

Esse movimento, contudo, não é linear. Nesse momento de crítica política ao regime e crítica epistemológica ao tecnicismo jurídico, também se inicia uma reação favorável à reabilitação das ciências e pesquisas criminológicas nas Fa-

14. Dessa experiência resultaram os livros *Direito penal e direitos humanos* (1977) e *Lei de Segurança Nacional*: uma experiência antidemocrática (1980).

15. Em 27 de novembro de 1980, o Ministro da Justiça instituiu Comissão para elaborar um Anteprojeto de Código Penal, sob a coordenação de Francisco de Assis Toledo e as participações de Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Fonseca. Desses trabalhos, resultou o Projeto de Lei 1.657, de 1º de julho de 1983, e a Lei 7.210, de 11 de julho de1984 (DOTTI, s/d).

culdades de Direito brasileiras. Para isso, argumenta-se o crescimento da criminalidade violenta, o aparecimento de novas modalidades de ofensas, como "o crime do colarinho branco" e o uso de drogas, "gerando uma crise no sistema penitenciário e intranquilizando as cidades mais populosas". Isso teria gerado "a necessidade de estudos, de pesquisas, de natureza criminológica na área do Direito penal", cogitando-se, inclusive, regulamentar a profissão de criminólogo (PIMENTEL, 1980). Há uma série de seminários entre os anos 1970 e 1980, que sinalizam para a construção da violência urbana como problema nacional (cf. BENEVIDES, 1983; CARVALHO, 1999; ZALUAR, 1999; MISSE, 2006).

5. O problema penitenciário e a violência urbana como problema nacional

Chama a atenção a convocação de comissões de juristas e cientistas sociais pelo *Ministério da Justiça*, em 1979, para discutir o tema criminalidade e violência, relacionada a reformulações legislativas, como o anteprojeto de código penal (1961), e iniciativas de diagnósticos em Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) do Menor Abandonado (1975), do Sistema Penitenciário (1976) e da Violência Urbana (1980). Essas mobilizações resultaram em dois projetos: a organização de uma Comissão de reforma da legislação penal brasileira (FRY & CARRARA, 1986; RAUPP, 2015) e de um Plano Nacional de Defesa Social, conjunto ambicioso de reformas na legislação e nas instituições responsáveis pela prevenção e repressão do delito e tratamento do delinquente, abrangendo desde o "menor abandonado" até o egresso (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1980).

É possível discernir um sentido geral das mudanças propostas: introduzir diretrizes compatíveis com as que estariam em vigor nas sociedades de "primeiro mundo", voltadas a atenuar os efeitos de uma política penal centrada excessivamente em torno da privação da liberdade – pena que seria reservada aos delinquentes reincidentes ou que cometessem crimes violentos (ADORNO, 1996; RAUPP, 2015). Essa meta legislativa se associa à construção de uma nova engenharia institucional, condizente com aqueles que seriam considerados problemas originados ou agravados nos processos de transformação social após 1930, e que foi discutida a partir de CPIs.

A "CPI do Menor", em 1975, expressou uma agenda de preocupações que ganhou dimensão nacional após o golpe de Estado de 1964, com o poder público adotando políticas sociais centralizadas e baseadas em novos moldes (BOEIRA, 2014). O incremento de medidas assistencialistas e repressivas, junto ao crescimento demográfico desse segmento – "crianças e adolescentes" – e o

enquadramento dos meios de comunicação, fez a questão do "menor" ser tratada como um dos sintomas mais sensíveis de um problema que ligaria criminalidade violenta e pobreza. A CPI investigou as mazelas que a sociedade e os órgãos repressores impunham aos menores e, principalmente, formas de como "salvar" as crianças e os jovens pobres do país do ócio, do vício e da miséria. A questão do "menor" é vista como um problema da modernidade e, principalmente, da urbanização em países subdesenvolvidos. O "menor", vítima da disfunção social, por não dispor de renda suficiente, teria insatisfatória participação no consumo de bens materiais, culturais e de serviços públicos. Esse seria um processo de "marginalização do menor", que inicia com o menor em via de marginalização social – "menor carenciado", "abandonado", "desassistido" ou "marginalizado" – e culmina com o "menor infrator", considerando a criminalidade o grau máximo de marginalização social. A prevenção referente à "questão" ou ao problema do "menor" era feita na forma de medidas que legitimavam o perfil institucionalizado daqueles indivíduos.

A organização de uma CPI do Sistema Penitenciário, em 1976, por sua vez, ocupou o espaço de uma primeira base para o diagnóstico da situação na área e a proposição de novas medidas que harmonizem o Código e a Execução Penal brasileiros com os padrões estabelecidos pelas correntes de ideias internacionais expressas, por exemplo, nas "Regras Mínimas para Tratamento dos Presos" adotadas pela ONU por ocasião do I Congresso sobre "Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes" (GENEBRA, 1955). Através de depoimentos de operadores do sistema penitenciário, com destaque para juristas envolvidos no ensino de Direito Penal e na administração pública, e da inspeção de prédios e instalações, regime prisional, garantias e direitos do prisioneiro, a CPI se voltou ao diagnóstico dos efeitos da prisão sobre a personalidade do recluso. O objetivo principal era pôr esses efeitos em confronto com o objetivo da pena privativa de liberdade, destinada a exercer uma individualização da pena sobre a personalidade do apenado no sentido de sua recuperação social e tido como requisito central da eficiência do tratamento penal. O diagnóstico incide sobre os obstáculos originados pela superlotação carcerária, que impediria a classificação dos prisioneiros em grupos e sua distribuição por tipos diferentes de estabelecimento e tratamento. A CPI, nesse sentido, lança as bases para a criação de uma Política Penitenciária Nacional.

A CPI da Violência Urbana, em 1980, por fim, consistiu em um conjunto de audiências com autoridades dos mais diversos níveis (prefeitos, deputados, ministros, secretários), representantes de meios de comunicação e especialistas das ciências sociais, do direito e da psicologia. Uma análise mais sistemática ainda necessita ser feita, uma vez que as falas expressam pontos de vista recorrentes a

respeito das causas e consequências da violência urbana, assim como de seus "remédios". Embora nem todas as opiniões sejam passíveis de conciliação, é legítimo indicar que a grande maioria das perspectivas situam o problema da violência em um conjunto vasto de causas estruturais – megalópoles, industrialização, êxodo rural; culturais e morais – formação de subculturas do crime, agravando o problema do "menor abandonado"; a exposição da violência nos meios de comunicação; a perda de referenciais de família e religião em uma sociedade vista como "materialista" e "hedonista consumista", afetando tanto famílias abastadas como pobres; a contradição entre desejo de consumo e desigualdade de acesso a recursos; e político-institucionais: reforma do complexo Polícia-Ministério Público-Justiça, fim da dualidade Polícia Civil e Polícia Militar, aumento de remuneração, mudança nos padrões de seleção, mudança na legislação processual, racionalização das penitenciárias, com medidas de descentralização, de ressocialização e de eliminação de superpopulação e de violências físicas e morais. Em menor medida enfatizam-se temas como a violência no campo, a criminalidade dos ricos e poderosos e as manifestações de lutas sociais como terrorismo. Transparecem, também, tomadas de posição tidas como progressistas em alguma medida, como a recusa da redução da maioridade penal. Contudo, as propostas de ação, como a espelhar o vasto conjunto de questões, são marcadas por um viés de extrema amplitude: reduzir analfabetismo, déficit de moradia, deter o êxodo rural com políticas rurais de fixação do homem no campo, medidas para o tratamento específico do "menor" e só então reformas institucionais e políticas organizacionais no setor da segurança pública e justiça criminal.

Marco fundamental na articulação entre essas CPIs foi a convocação, em 1979, de dois Grupos de Trabalho para o estudo da Violência e da Criminalidade, o primeiro formado por Juristas e o segundo por Cientistas Sociais (Ministério da Justiça, 1980a; 1980b) Os Relatórios contêm uma diversidade de proposições. Mas é possível discernir um sentido geral: o aumento do controle sobre os fatores que conduzem ao crime, no sentido da prevenção, base de um plano de defesa social. As críticas quanto ao desuso e inocuidade da lei de contravenções é exemplar. Como "antessala do crime", a contravenção seria "a escala mais inferior da infração penal", ela traduziria "a reprovação da conduta humana, em relação a pequenas faltas que, embora não cheguem a agredir com contundência a paz social" apontam para "uma predisposição acentuada para um passo mais próximo de uma falta mais grave" (p. 107). Com isso, a preocupação do legislador incorpora as noções em voga, sobretudo na criminologia francesa à época, com a ideia de "estado perigoso pré-delinquencial", antecipação de esquemas de controle próximo a uma "polícia de costumes" e de "paz pública" similar a ideia contemporânea de "tolerância zero". É em torno de um suposto padrão moral

consensual sobre atos antissociais que se pretende organizar um sistema de planejamento preventivo de defesa social, que promovesse uma capilaridade de um circuito de controle social-penal, desde o "menor abandonado" ao egresso da prisão. Ao mesmo tempo, na prisão, um novo sistema de classificação fundamentaria a continuidade ou relaxamento da pena mais de acordo com a "periculosidade" do indivíduo que do crime cometido, o que, do ponto de vista do grupo de juristas, favoreceria o espaço para a reeducação pelo trabalho e uma diminuição do número de presos, uma vez que se promoveriam outros tipos de medida – limitações de direito, multas, trabalhos comunitários.

Duas medidas – a reforma do Código Penal e a constituição de políticas sociais e urbanas estruturantes para favelas –, seriam os primeiros passos para a principal meta dos Relatórios: o estabelecimento de novos vínculos ideológicos e institucionais entre Política Criminal e Direito Penal.

O projeto de maior relevo para o alcance desse objetivo seria a implantação do Instituto Nacional de Criminologia, integrado à estrutura administrativa do Ministério da Justiça, "como medida indispensável na elaboração de um plano de tutela e proteção da tranquilidade social". "Órgão de reflexão e de incitação", o Instituto suscitaria iniciativas e promoveria pesquisas no domínio da luta contra a violência e a criminalidade, tornando coordenados e mais eficazes os esforços na área. Com isso, deixariam de existir as "soluções episódicas [...] os confrontos contraditórios da Lei, as soluções conflitantes para os problemas do Menor, da Justiça Criminal, do Sistema Penitenciário e do Egresso". A previsão seria, a partir do Instituto, implantar Escolas de Criminologia, formando técnicos e especialistas para o exercício de funções hoje desempenhadas por "pessoas inabilitadas", deixaria de "campear a ignorância" na área do conhecimento e da especialização (p.10-11).

Com isso, o Relatório busca reforçar o lugar imprescindível dos "recursos da Criminologia e seu caráter multidisciplinar", como principal emissora de princípios, regras e ensinamentos, "em uma sistemática filosófica única, coerente e disciplinadora" (p. 15). A criminologia, seria a

> ciência capaz de oferecer o grande instrumental necessário para o concomitante conhecimento da entidade abstrata que é o delito e o homem o seu ator, como expressão única, unitária e integrada e constituído pelas duas grandes comportas depositárias das forças internas e dos contingentes externos (p. 03).

O grupo retoma, nesse sentido, a pretensão de uma ciência unificadora dos esforços da Psicologia, da Sociologia e da Biologia no sentido de integração entre Direito Penal e Política Criminal.

6. Conclusões

Em síntese, as iniciativas do período constituem uma

> grande estrutura discursiva, sustentada por uma série de depoimentos, disseminada na sociedade por agências que operavam tanto para construir os chamados "problemas sociais", quanto para, ativamente, regular, controlar e coordenar os desdobramentos estabelecidos (BOEIRA, 2014).

Ao elencar vários problemas de ordem socioeconômica, os idealizadores dos escritos e dos discursos desses documentos preconizam abordar e tentar dar conta de uma série de "patologias" sociais que o Brasil daquele período estava inserido, contrastando com a realidade do chamado "primeiro mundo". Ao mesmo tempo, tinham, também, como finalidade dar respostas às inúmeras insatisfações populares, surgidas a partir do cerceamento das liberdades políticas e trabalhistas do período, e à necessidade de criar fatos que aplacassem as críticas ao autoritarismo e ao desrespeito aos direitos humanos junto à comunidade internacional naquele período. Embora não seja consensual, predomina a visão que enfatiza a relação transformação urbana, pobreza e criminalidade e a solução disciplinar de tratamento via sistema penitenciário.

No que diz respeito à Criminologia vemos que enquanto bloco disciplinar e profissional unívoco ela não existiu (OLIVEIRA JUNIOR, 2007). Seus profissionais (policiais, advogados, médicos, psicólogos, penitenciaristas etc.) se organizaram em grupos dinâmicos com intensa movimentação, seja para validar ou para questionar filosofias penais e empreender reformas institucionais. Quanto aos paradigmas de explicação, não conhecem uma sucessão linear, mas uma coexistência conflitual. Assim, se há uma visão hegemônica sobre o término da prevalência das teorias biodeterministas após o final da Segunda Guerra Mundial, vemos que essas teorias sofrem continuidades e adaptações em alguns campos de conhecimento e no interior das diferentes dinâmicas e temporalidades de importação e exportação de ideias penais.

Como núcleo principal desde o início do século XX, estão ligações com o desenvolvimento de sociedades e associações internacionais, como a *Associação Internacional de Direito Penal*, a *Sociedade Internacional de Criminologia* e a *Sociedade Internacional de Defesa Social*. Em especial após a Segunda Guerra Mundial, há uma complexa divisão de trabalho político de construção de novas instituições no âmbito supranacional, de difusão de novas ideias penais dirigidas à humanização da pena (através de medidas de recuperação/ressocialização e dos princípios de direitos humanos) e a uma colaboração disciplinar entre Criminologia (sobretudo clínica) Direito Penal e Política Criminal.

Mas vimos que, a partir dos anos 1960 e 1970, esse consenso supranacional em torno da Criminologia tradicional começa a ser contestado por um novo conjunto de ideias críticas do poder normatizador do Estado na definição do que é considerado crime, do sentido da punição e do tratamento do criminoso (PIRES, 1979). Originam-se novas correntes que afirmam a normalidade sociológica do crime e do desvio, a desigualdade de classe na seleção do comportamento criminalizado, e a crítica da prisão e de suas finalidades. Não mais ancorada na biologia ou no comportamentalismo psicológico, a Criminologia abre-se, então, para uma renovação dos seus pressupostos, e mesmo para a sua dissolução enquanto campo interdisciplinar autônomo.

Assim, no Brasil, a tentativa de institucionalização do ensino da criminologia e da profissionalização de criminólogo vinculado à área do Direito não logrará o êxito esperado e a concepção da criminologia como ciência auxiliar do Direito penal cede espaço para uma relação ciência-objeto. Embora nunca tenha se esgotado a sua concepção como ciência de síntese interdisciplinar dos saberes auxiliares do sistema penal no Brasil, a partir dos anos 1980 a criminologia não mais identifica um campo de estudos e pesquisas.

Isso se deu tanto pelas inadequações entre o ideário político da "nova defesa social" e as orientações políticas autoritárias e militaristas desenvolvidas pelo Estado brasileiro a partir do regime militar de 1964, como pela não incorporação dos temas da Criminologia na forma de agenda de pesquisa sobre o sistema de justiça criminal por intelectuais vinculados à Medicina e ao Direito. Essa agenda será então assumida paulatinamente por correntes intelectuais ligadas à um Crítica do Direito e à apropriação dos temas pelas Ciências Sociais, a partir dos anos 1980 e que até hoje disputam as agendas públicas e governamentais a respeito da reforma da segurança pública e da justiça criminal. A superação da hegemonia da Criminologia tradicional se realiza então, especialmente, pela crítica à ênfase no consenso e na ordem e não no conflito, nas relações diretas entre crime e pobreza. Com isto se inicia um novo ensaio de divisão de tarefas disciplinares entre Direito e Ciências Sociais na orientação teórica e política na construção da "violência urbana" como problema nacional (VASCONCELOS, 2014; 2019).

7. Bibliografia

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

ANDRADE, Vera Regina Pereira d. Criminologia crítica na América Latina e no Brasil: em busca da utopia adormecida. In: Antônio Carlos Wolkmer; Oscar Correas. (Org.). *Crítica jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Em busca da latinidade criminológica: da recepção da Criminologia crítica em América Latina à construção da(s) criminologia(s) crítica(s) latino-americana(s) e brasileira(s). In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal; homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos pelo seu 7º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. v.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA Fernando; SOUZA Luís Antônio de. A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003.

ALVAREZ, Marcos César; FERLA, Luiz. Criminologia e medicina legal em São Paulo: juristas e médicos e a construção da ordem. In: MOTA, André; MARINHO, Maria Gabriela S. M. (Org.). *Práticas Médicas e de Saúde nos Municípios Paulistas:* a história e suas interfaces. São Paulo: Faculdade de Medicina USP e CD.G. Casa de Soluções e Editora, 2011.

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis. Criminologistas e juristas*: saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930). São Paulo: IBCCRIM, 2003. v. 1.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA F, ALVES KL. Medicina legal, criminologia e punição: aspectos da trajetória intelectual e profissional de Flamínio Fávero (1895-1982). *Saúde, Ética & Justiça*. 2012, 17(2):57-65.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de & Azevedo, Tupinambá Pinto de. *Política criminal e direito penal-histórico e tendências contemporâneas*. Disponível em: [proppi.uff.br].

BATISTA, Vera Malaguti. Foucault na periferia da barbárie. *Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea*, v. 2, n. 1, 2014.

BENEVIDES, Maria Victoria. *Violência, povo e polícia*: violência urbana no noticiário da imprensa. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BOEIRA, Daniel Alves. Menoridade em pauta em tempos de ditadura a CPI do Menor (Brasil, 1975-1976). *Revista AngelusNovus*, ano V, n. 8, p. 179-198, 2014.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1998.

CAPELLER Wanda de Lemos. *L'engrenage de la répression*. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles, Paris, LGDJ, 1995.

CARVALHO, Glauber Silva de. *Abordagens teóricas da violência criminal*: respostas das Ciências Sociais a um momento político. Dissertação de Mestrado em Sociologia. São Paulo, FFLCH, USP, 1999.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

COBB, Roger W.; ELDER, Charles D. The Politics of Agenda-Building: An Alternative Perspective for Modern Democratic Theory. *The Journal of Politics*, v. 33, n. 4, p. 892-915. nov. 1971.

CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade:* a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. São Paulo: Edusp, 1998.

DOTTI, René Ariel. Heleno Fragoso e a reforma penal. s/d. Disponível em: [www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigoshomenagem/arquivo5.pdf].

FERLA, Luiz. *Feios, sujos e malvados sob medida*. A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo (1920-1945). São Paulo: Alameda, 2009.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade:* a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque & J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1997.

FUKS, M. *Definição da Agenda, debate político e problemas sociais*: uma perspectiva argumentativa da dinâmica do conflito social. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. São Paulo, v.49, p.79-94, 2000.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRAGOSO, Heleno Claudi. *Lei de Segurança Nacional*: uma experiência antidemocrática. S.A. Fabris, 1980.

FRY, Peter; CARRARA, Sérgio. As vicissitudes do liberalismo no direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 1986.

GALVÃO Jr., João Carlos. *Da auto-crítica para poder criticar*-qual criminologia? Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13174--13175-1-PB.pdf, 2007].

GARLAND, David. *Criminological knowledge and its relation to power*: Foucault's genealogy and criminology today. *British Journal of Criminology*. Oxford, v. 32, n. 4, p. 403-422, 1992.

GARLAND, David. Disciplining criminology? *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v.1, n. 1, p.114-125. jul.-dez, 2009.

GUSFIELD, J.R. *The culture of public problems*: drinking-driving and the simbolic order. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1981.

HAAS, P. M. Epistemic Communities and International Policy Coordination, *International Organization*, n. 46, 1-35, 1992.

KALUSZYNSKI, Martine et WAHNICH, Sophie (Ed.). *L'État contre la politique? Les expressions historiques de l'Etatisation*. Actes des journées d'études sur l'Etatisation. Paris: l'Harmattan, Logiques de la politique, 1998.

LENOIR, Remi. Objeto sociológico e problema social. In: MERLLIÉ, Dominique et al. *Iniciação à prática sociológica*. Petrópolis: Vozes: 1996.

LYRA, Roberto. *Novo direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi 1971. v. 1. p. 30.

LYRA FILHO. Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MELLO PRANDO, Camila Cardoso d. *A cultura jurídica das revistas*: a revista de direito penal (1933-1936) como fonte de interpretação. Disponível em: [www.iuscommune.ufsc.br/congresso2010/Corpo_Anais.pdf#page=106]. Acesso em: 23.08.2013.

MELLO PRANDO, Camila Cardoso de. *O saber dos juristas e o controle penal*: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Tese de Doutorado. Pós-Graduação Direito UFSC, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Criminalidade e violência*: relatório dos grupos de trabalho de juristas e cientistas sociais, 1980a. 1.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Criminalidade e violência*: relatório e Conclusões da CPI sobre o Sistema Penitenciário, 1980b, 1980c. v. 2-3.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil Contemporâneo*: estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MUCCHIELLI, Laurent (Dir.). *Histoire de la criminologie* française. L'Harmattan, 1994.

MUCCHIELLI, Laurent. *La découverte du social*: naissance de la sociologie en France,1870-1914. Paris: La Découverte, coll. Textes à l'appui, 1998.

OAB. *Seminário sobre criminalidade violenta*. Rio de Janeiro: 1980.

OLIVEIRA JUNIOR, Alcidésio de. *Penas especiais para homens especiais*: as teorias biodeterministas na Criminologia Brasileira na década de 1940. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História das Ciências da Saúde, da Casa de Oswaldo Cruz/FIOCRUZ, 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, Alcidésio de. As teorias biodeterministas na Criminologia Brasileira na década de 1940: resultado de pesquisa. In: Anais do XXIV *Simpósio Nacional de História*, da Associação Nacional de História – ANPUH, 2007. Disponível em: [http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0502.pdf].

OLMO, Rosa del. A América Latina e sua criminologia. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Breves notas para a história da Criminologia no Brasil. *Rev. Fac. Dir. UFG*(4)2 jul.-dez. 1980.

PIRES, Alvaro. *Le débat inachevé sur le crime: le cas du congrès de 1950*. Déviance et Société, 1979, 3, 1.

RAUPP, Mariana Mendonça. *La réforme pénale de 1984 au Brésil: pourquoi est-il si difficile de reduire le recours à l'incarcération?* Tese de Doutorado em Criminologia. Universidade de Ottawa, 2015.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1947.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1948.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1953.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1957.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1959.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1963.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1966.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1979.

RICPT. *Revue Internationale de Criminologie et Police Téchnique*. Société Polymedia Meichtry SA, 1991.

ROLIM, Rivail Carvalho. Estado, sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no governo Vargas – 1930/1945. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 69 – 88, set.-dez. 2010.

ROLIM, Rivail Carvalho. *Penas e medidas de segurança*: ideias jurídicas no Código Penal brasileiro de 1940. IV Congresso Internacional de História. Maringá, Paraná, 2009.

SALLA, Fernando. *O encarceramento em São Paulo*: das enxovias a Penitenciária do Estado. Tese em Sociologia. FFLCH-USP, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SCHWARCZ, Lilia. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. As revistas jurídicas e o debate ideológico nos anos 1937-1964. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 72, 2008.

SILVEIRA, Mariana Moraes. *De uma República a outra*: notas sobre os Códigos Penais de 1890 e de 1940. *Revista do CAAP*. Belo Horizonte Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul.-dez. 2010.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Criminologia, direito penal e justiça criminal no Brasil*: uma revisão da pesquisa recente. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. São Paulo, v. 59, p. 81-108, 2005.

SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha. As ciências sociais brasileiras e a formação do campo da segurança pública. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 5, p. 33-58, 2017.

VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha. *Esboço de uma sociologia política das ciências sociais contemporâneas (1968-2010)*: o campo da segurança pública e o debate criminológico no Brasil. Tese. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. USP, 2014.

VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha. Intelectuais e política nos estudos sobre a "questão criminal" no Brasil: engajamentos, narrativas de fundação e divisões disciplinares. In: ADORNO, S. e LIMA, R.S. (Org.). *Violência, democracia e segurança cidadã* (título provisório). São Paulo: Travessia, 2019 (no prelo).

VALLADARES, Lícia do Prado. *A invenção da favela*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZALUAR, Alba. Violência e crime. In: MICELI, Sergio (Org.) *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*: antropologia. São Paulo: Sumaré/Anpocs, 1999. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/294-338 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/953-994 (DTR\2009\636);
- Momento atual da reflexão criminológica, de Antonio García-pablos de Molina – *RBCCrim* 0/7-22 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/581-601 (DTR\1992\1); e
- O processo penal e a criminologia, de Gilberto Niederauer Corrêa – *RePro* 24/166-173 (DTR\1981\39).

A aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal

The applicability of article 489, paragraph 1, of the Code of Civil Procedure to criminal proceedings

Marcos Vinícius Pinto

Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Professor da FDV. Membro do IBDP. Advogado no Estado do Espírito Santo.
marcospinto@bdpos.com.br

Américo Bedê Junior

Doutor em Direitos Fundamentais FDV/ES. Mestre em Direitos Fundamentais FDV/ES. Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – doutorado e mestrado – da FDV. Professor de Processo Penal da FDV/ES. Juiz Federal Titular da 2ª Vara Criminal em Vitória/ES. Professor Coordenador do Grupo de Pesquisa "Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional" da FDV/ES.
bede@jfes.jus.br

Recebido em: 19.09.2018
Aprovado em: 28.10.2018
Última versão do (a) autor (a): 05.11.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal; Civil

Resumo: O artigo aborda a necessidade de o processo penal utilizar nas decisões a regra do CPC sobre fundamentação. É efetuada uma análise da compatibilidade e da forma de aplicação de cada um dos incisos do § 1º do artigo 489 do CPC no processo penal. A importância do novo artigo reside no fato de seu teor consistir em um roteiro a ser seguido pelo julgador no momento de proferir a decisão, mediante o qual é estabelecido um padrão mínimo de fundamentação que não constava do art. 93, IX, da CF/88, tampouco do art. 381, III, do CPP. O processo civil não pode ter mais garantias do que o processo penal. A fundamentação das decisões precisa ser levada a sério pelos juízes como forma de *accountability*.

Abstract: The article deals with the application of the ultimate civil procedure's rule on motivation in criminal decisions. An analysis of the possibility to do such thing is made and, in addition, it is exposed the way each situation mentioned in art. 489, §1 of Brazil's Civil Procedure Code could impact in criminal cases. The importance of the new rule is due to the fact that it consists in a script to be followed by the judge, consisting in a minimum standard of motivation, not observed in Brazil's Constitution (art. 93, IX), nor in the Criminal Procedure Code (art. 381, III). Civil Procedure rules cannot provide more rights than Criminal Procedure Rules. The judges need to dedicate more attention to the motivation as a form of accountability.

Vinícius Pinto, Marcos; Bedê Junior, Américo. A aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152. ano 27. p. 315-346. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões judicias penais – Processos civil e penal – Decisões não fundamentadas.

Keywords: Judicial motivation on criminal cases – Civil and criminal procedure – Not motivated decisions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Livre convencimento e motivação: breves anotações para fixação de premissas. 3. A motivação e o CPC. 4. É possível a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal?. 5. Repercussões da aplicação. 5.1. Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. 5.2. Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. 5.3. Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. 5.4. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. 5.5. Decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. 5.6. Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade verificar se o art. 489, § 1º, do CPC é aplicável ao processo penal e, em caso afirmativo, como se dará essa aplicação e as eventuais consequências dela. Para tanto, o caminho trilhado passará pelo breve estudo do livre convencimento e da motivação, a fim de se estabelecer algumas premissas sobre a relevância dessa tarefa de justificação e do perigo que deriva de sua incompreensão, falta ou incompletude, em especial em um sistema calcado na liberdade de valoração da prova, que não raras vezes é mal entendido como cláusula autorizativa do arbítrio.

Na sequência, estará em análise o teor do o art. 489, § 1º, do CPC e o impacto que sua inovadora prescrição trouxe ao disciplinar, exemplificativamente, o que *não* é considerada uma decisão motivada. Desde já, é possível consignar que o dispositivo tem grande apelo prático por elencar hipóteses centrais, não taxativas (repita-se), de decisões viciadas.

Ato contínuo, a questão sobre a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal será diretamente enfrentada. Em primeiro lugar, estará em apreço a relação que o CPP tem com o *dever de motivar,* algo que difere do *que* é *motivar devidamente* – distinção que se torna útil para que se identifique em que ponto verdadeiramente se encontra eventual lacuna normativa, que, se existente, abriria margem para incidência das regras que autorizam a aplicação analógica de outras regras (art. 3º do CPP e art. 15 do CPC). Na sequência, estarão em apreço

óbices a eventual aplicação do supracitado dispositivo, em especial no tocante à sua constitucionalidade e à conformidade com o sistema processual penal. Nesse intuito, também serão elencadas outras situações em que o processualista penal tradicionalmente se socorre do CPC.

Não sendo encontrados obstáculos à aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal, passaremos a cotejar os incisos desse dispositivo com situações existentes em pronunciamentos jurisdicionais em matéria penal, o que nos encaminhará à conclusão do trabalho.

2. Livre convencimento e motivação: breves anotações para fixação de premissas

O art. 93, IX, da CF/88 impõe que todos os julgamentos (e, portanto, todos os pronunciamentos jurisdicionais) sejam motivados, sob pena de *nulidade*. Do preceito normativo contido na Carta Magna são extraídos, desse modo, o *dever de fundamentação* e a grave *consequência* de sua inobservância.

Compreender o alcance qualitativo da motivação é de suma importância, em especial em um sistema ancorado no *livre convencimento*.[1] Qualquer incompreen-

1. O art. 155 do CPP prescreve que o juiz "formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial", logo, não há maiores dúvidas quanto à existência do livre convencimento em relação à essa disciplina. Por outro lado, no Processo Civil, existe discussão sobre se o livre convencimento foi abolido, tendo em a atual redação do artigo 371 do CPC, a qual não contemplou o termo "livremente" que constava do revogado art. 131 do CPC/73. Em nosso entender, o livre convencimento segue vivo no Processo Civil porque, ao contrário do que defendem alguns estudiosos do tema, decidir nunca foi tarefa condicionada ao alvedrio do juiz, tampouco era tarefa que o escusava de empregar a lei. A motivação era (como ainda é) obrigada a evidenciar a racionalidade que persuadiu o julgador a adotar determinada posição jurídica. Em nosso tempo, nunca foi aceita a liberdade de julgar como sinônimo de arbítrio ou discricionariedade. No sentido de que ficou ultrapassado o modelo do livre convencimento no Processo Civil: FERREIRA, William dos Santos. Art. 371. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1000-1001. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 260-266. STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 5. p. 107-113. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 118-119.

são dessa dimensão tem o potencial risco de implicar invalidade e até significar arbítrio do julgador. Afinal, poder-se-ia cogitar que qualquer justificativa bastaria para atender à imposição constitucional de motivação, autorizada, supostamente, pelo poder fornecido ao julgador de livremente proferir as suas decisões.[2]

É bem verdade que o livre convencimento confere ao juiz a liberdade de valorar a prova para a formação da sua convicção, o que também abrange poder de seleção cognitiva do material com base no qual a sua decisão será tomada.[3] No entanto, esse exercício intelectual só tem sentido se pautado na racionalidade e, se assim o é, a motivação não pode prescindir de critérios lógicos e/ou probabilísticos.[4] Quando essa premissa se solidifica, fica fácil perceber que o vocábulo "livre" contido no termo "livre convencimento" dista da liberdade plena, sinônimo de arbítrio, e serve para designar a antítese de um sistema de prova legal[5] – no qual as provas já vinham valoradas por seu peso, o que, com o tempo, se mostrou injusto para a reconstrução fatos e inadequado para a formação da convicção.

Desse modo, o juiz está livre para apreciar o conjunto probatório sem que isso se confunda com a chancela legal para a aceitação de decisões arbitrárias, de modo que o que o sistema confere a ele é "a possibilidade de estabelecer a verdade judicial sob sua responsabilidade, com base em critérios objetivos e de uma forma que seja repetível mentalmente e, portanto, controlável".[6]

---

2. Existem decisões que interpretam o princípio do livre convencimento como discricionariedade, senão vejamos: "A opção por uma das vertentes probatórias, com o acolhimento de uma ou outra versão que se apresentar, se insere justamente no âmbito do poder discricionário do juiz, de decidir de acordo com o seu livre convencimento motivado. O julgador não é obrigado a enfrentar todos os argumentos aventados pelas partes e tampouco a valorar todo o conjunto probatório". TJPA; RVCr 0004985-89.2016.8.14.0000, Ac. 165.510, Câmaras Criminais Reunidas; rel. Des. Leonam Gondim da Cruz Junior, j. 03.10.2016, *DJPA* 04.10.2016, p. 275.
3. TARUFFO, Michele. Libero convincimento del giudice: I. *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, v. XVIII,1990. p. 2-3.
4. TARUFFO, Michele. Libero convincimento del giudice: I. *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, v. XVIII,1990. p. 2-3.
5. Ferrajoli entende justamente que o princípio do livre-convencimento é a outra face da moeda em relação ao modelo de prova legal e acrescenta: "il principio del libero convincimento del giudice non rappresent um criterio positivo di decisione sulla verità alternativo a quello delle prove legali come sufficienti a determinar ela condanna e la pena." (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. Roma, Bari: Laterza, 1990. p. 117-118).
6. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 121.

Se a racionalidade é a baliza que torna o livre-convencimento algo diverso do arbítrio, a forma de exprimi-la na decisão assume curial relevância para que o controle seja viável.[7] Haverá a chance de ser questionada a correção da decisão se ausente, incompleta, obscura ou de alguma maneira maculada a expressão do raciocínio que levou o magistrado a entender pela ocorrência de um fato e que o conduziu a aplicar determinada consequência jurídica. É justamente nesse contexto que a motivação avulta como garantia entre garantias, algo que fica ainda mais claro se analisadas as suas finalidades.[8]

Em sua finalidade interna (endoprocessual),[9] a motivação permite o controle pelas partes e pelos órgãos jurisdicionais da correta aplicação do direito e, por óbvio, da adequada valoração da prova – exame da veracidade dos fatos que deram ensejo à aplicação da norma. As partes poderão interpor os seus recursos, cujos julgamentos caberão aos órgãos jurisdicionais. Em qualquer dos casos, é a correção da decisão que está em foco, ou seja, o que será verificado é se está exposta, de maneira racional, a inferência probatória que fez com que o magistrado considerasse determinado fato (*rectius*, alegação sobre o fato)[10] como verdadeiro, de modo a estabelecer uma correlação entre a hipótese normativa e o fato.[11]

Quanto à sua finalidade extraprocessual, a motivação se relaciona com a função político-axiológica atribuída pela Carta Magna e equivale a uma "prestação de contas" do juiz para com a sociedade.[12] É por intermédio da fundamentação que podem ser aferidas a aplicação da lei, a imparcialidade do juiz e a justiça da decisão, de modo que essa transparência do teor do *decisum* viabiliza o "controle

7. CANTÓN, Fernando Díaz. *La motivación de la sentencia penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 141-142.
8. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. Roma, Bari: Laterza, 1990.
9. GRINOVER, Ada Pellegrini. Competência. Ne Bis in Idem. Cerceamento de prova de defesa. Da motivação e seus vícios. *O processo – III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 313.
10. Sobre as diferentes formas de provar as alegações dos fatos (e não propriamente os fatos em si) e o rigor terminológico que o tema exige, vide: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 83-84.
11. TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione di fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 240.
12. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1. p. 375.

generalizado e difuso pelo qual o juiz administra a justiça. Sob este aspecto, não é uma garantia exclusiva das partes, ou de seus advogados, mas principalmente da opinião pública".[13]

Ressaltada a relevância que possui a motivação, o legislador atribuiu maior significado a essa atividade. No entanto, tal alteração não se deu no âmbito do CPP, mas sim no do CPC.

Cabe destacar que é impossível um sistema oferecer mais garantis no processo civil do que no processo penal. Faz-se mister nesse caso expandir e considerar essa garantia como uma norma de teoria geral do processo. As peculiaridades de cada ramo devem ser observadas, mas em nenhuma hipótese pode o processo civil ter mais garantias que o processo penal.

3. A motivação e o CPC

Quando existem normas que reproduzem trivialidades, é muito comum que a doutrina as critique exatamente por nada acrescentarem à compreensão de determinado instituto. Fosse interpretado corretamente o art. 93, IX, da CF/88, certamente o art. 489, § 1°, do CPC estaria inserido nesse grupo de preceitos desnecessários e que expressam obviedades. No entanto, o descolamento da prática forense com o ideal de motivação que se enxergava no texto constitucional torna a regra acima mencionada uma das mais importantes inovações trazidas pelo Código de Processo Civil.

De teor didático, e de rara felicidade, o dispositivo elenca situações paradigmáticas[14], meramente exemplificativas,[15] nas quais é *negada a suficiência da motivação* das decisões, sentenças e acórdãos, ou seja, de todos os pronunciamentos jurisdicionais decisórios que nelas incorrerem. Não realizada a fundamentação analítica, essas decisões padecerão de *nulidade absoluta,* sendo passíveis de invalidação

13. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002. p. 125-126.

14. FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da sentença e da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 52-53.

15. A doutrina é unânime em considerar exemplificativo o rol. Por todos: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 236.

por ação rescisória.[16-17]Desse modo, foi estabelecido um padrão mínimo de motivação, expoente de uma reação à indesejada prática de proferimento de decisões genéricas, demasiadamente sucintas, contraditórias e recalcitrantes em relação a precedentes vinculantes).[18]

Não obstante cada uma das hipóteses do art. 489, § 1º, do CPC (e sua aplicação ao processo penal) serem brevemente analisadas mais adiante (*infra*, n. 5), importa expô-las para simples contemplação momentânea. Sendo assim, será considerada não fundamentada a decisão que:

> • *se limitar* à *indicação,* à *reprodução ou* à *paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*
>
> • *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*
>
> • *invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*
>
> • *não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

16. Cândido Dinamarco e Bruno Lopes explicam que a nulidade é absoluta porque, "além de comprometer a segurança das partes em relação à idoneidade do julgamento (e especialmente da parte vencida), diz respeito diretamente à própria estrutura do sistema e à ordem pública: uma sentença não motivada ou insuficientemente motivada constitui fator de desgaste da confiabilidade do próprio Poder Judiciário". (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 74).

17. Seguem alguns exemplos de ações rescisórias julgadas procedentes (juízo rescindendo): "A absoluta ausência de fundamentação para acolhimento dos cálculos da parte exequente implica efetiva violação aos preceitos expressos nos artigos 93, IX, da Constituição e 458, II, do CPC/1973, que exigem que todas as decisões judiciais sejam motivadas, ainda que sucintamente, sob pena de nulidade." (TRF 3ª R., AR 0074720-69.2007.4.03.0000, 3ª S., rel. Des. Fed. Carlos Delgado, j. 10.08.2017, *DEJF* 22.08.2017). No mesmo sentido (de acolher a ausência de fundamentação para o manejo da rescisória): TJBA. AR 0019222-17.2015.8.05.0000. Salvador, Seção Cível de Direito Público, rel. Des. Regina Helena Ramos Reis, j. 24.11.2016, *DJBA* 16.12.2016. p. 187; TRF 3ª R., Rec. 0001528-59.2014.4.03.0000, 3ª S., rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, j. 24.01.2018, *DEJF* 30.01.2018. TJSP, AR 2123842-61.2015.8.26.0000, Ac. 10234205, Limeira, 5º Grupo de Câmaras de Direito Privado, rel. Des. Piva Rodrigues, j. 22.11.2016, *DJESP* 12.06.2017, p. 1607.

18. PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: uma análise crítica do §1º do artigo 489 do CPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 443.

> • *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta* àqueles *fundamentos;*
>
> • *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Conforme anteriormente consignado, cuida-se de rol exemplificativo, tendo em vista que a garantia da prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal não pode ser interpretada restritivamente, sendo impossível encaixar todas as situações de decisões não devidamente fundamentadas no quadrante normativo. Deveras amplo, mesmo assim a doutrina elenca outras hipóteses que supostamente não estariam abarcadas pelo art. 489, §1º, do CPC.[19]

Caso o pronunciamento jurisdicional incorra em qualquer dos vícios previstos no dispositivo, será possível a oposição de embargos de declaração (CPC, art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC), calcado em *omissão*. Persistindo o defeito, a decisão estará contaminada por nulidade e, transcorrido o biênio da rescisória, o efeito sanatório se operará. [20]

Impende destacar, ainda, que o CPC atribuiu tratamento peculiar à apelação interposta contra a sentença que padece de falta de fundamentação (art. 1.013, § 3º, IV, do CPC). Se o processo estiver em condições de pronto julgamento – o que, a nosso ver, significa que (i) ou todas as provas foram produzidas e não será necessária dilação probatória; (ii) ou a questão envolve matéria exclusivamente de direito –, o tribunal deverá julgar o apelo e enfrentar de imediato o mérito. A medida tem como razão de ser a economia processual, mas há três problemas principais dela derivados. O primeiro deles é a supressão de instância, tendo em vista que o tribunal será o primeiro a conhecer da matéria negligenciada pela

19. Segue as mencionadas hipóteses: "(i) quando não expõe um juízo de valor sobre as provas produzidas pela parte vencida; (ii) quando valora a prova sem expor as razões que formaram seu convencimento (art. 371, CPC); (iii) quando lança mão de fundamentação *per relationem* sem atentar para as circunstâncias específicas; (iv) quando não esclarece a ponderação ou sopesamento feitos em caso de conflito normativo; (v) quando não explica a incompatibilidade existente entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional; (vi) quando altera orientação jurisprudencial sem fundamentação adequada e específica." (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2. p. 386-387).

20. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 74-75.

fundamentação realizada na instância inferior. O segundo problema é de ordem constitucional e lógica: se o art. 93, IX, da CF impõe que todas os julgamentos hão de ser motivados, a sentença atacada pelo recurso de apelação não pode ser exceção.[21] O terceiro e último problema é de natureza pragmática, afinal, a alegação de nulidade por falta de motivação terá pouco valor, pois a consequência jurídica que dela se espera (a invalidação) não se opera efetivamente e, no pior dos cenários, pode prejudicar a parte que a suscitou se o desfecho, no mérito, for desfavorável.

4. É possível a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal?

O que se cogita aqui é da aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal.

Para a realização dessa análise, é preciso rememorar que a Constituição Federal impõe o dever de motivação a todos os julgamentos, sob pena de nulidade, o que se revela imprescindível em um sistema de livre convencimento, tendo em vista o constante receio de que a liberdade em valorar as provas se desnature em flerte com o arbítrio (*supra*, n. 2). Todavia, o texto da carta constitucional não traz a exata dimensão do significado que essa regra tem e apenas impõe que as decisões devem ser motivadas (CF, art. 93, IX), de modo que não existem nela elementos, características ou requisitos exatos para que um pronunciamento seja considerado *devidamente motivado*.

O CPP tampouco define as balizas que estabeleçam, com precisão, no que consiste uma decisão fundamentada. Esse diploma legal limita-se a prescrever tão somente que "a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão" (CPP, art. 381, III).

Não existe, portanto, lacuna normativa na lei processual penal no que toca ao *dever de motivar*, que está claramente estabelecido no art. 93, IX, da CF/88 e no art. 381, III, do CPP. O que ainda segue sem definição na norma é o parâmetro para que determinada decisão seja considerada como suficientemente motivada, tarefa que até bem recentemente coube, exclusivamente, à doutrina[22] e à jurisprudência, sem respaldo da lei.

21. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 69-75, n. 36 e 37.

22. São vários os trabalhos que cuidam dos vícios da motivação, tais como "motivação implícita", "motivação contraditória", "ausência de motivação" e "motivação *per relationem*". Por todos, destacamos: MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi

É justamente nesse ponto que a norma processual civil se insere no contexto aqui estabelecido, uma vez que a regra do art. 489, § 1º, do CPC cuidou de estabelecer parâmetros mais claros sobre os contornos da motivação, e o fez, em verdade, por intermédio da negativa: foram elencadas no sobredito dispositivo hipóteses em que o legislador compreendeu que dado pronunciamento não será considerado fundamentado.

Tem-se, então, o seguinte cenário: o Código de Processo Civil previu norma que impõe maior rigor ao juiz quando do ato de motivar, ao passo que o processo penal permaneceu omisso em relação ao ponto. Em outras palavras, o processo civil prevê mais garantias[23] aos jurisdicionados que o processo penal que, via de regra, tutela bens jurídicos mais caros ao direito e tem como possível consequência a grave imposição de pena privativa de liberdade. Essa desproporção de tratamento se revela inadequada, pois, o Direito Processual Civil, por lógica, não pode prover mais garantias que o Direito Processual Penal.[24] No mínimo, para que não se adote aqui posição de superioridade, tanto cá quanto lá devem existir garantias equivalentes.[25]

Ao se prosseguir nesse raciocínio, verifica-se que não existe propriamente uma lacuna no Código de Processo Penal, uma vez que o dever de motivar está lá estampado, o que não torna a aplicação analógica da norma a mais adequada, visto que não há um vazio normativo a ser preenchido. De outro vértice, fica claro que a fundamentação prevista no art. 489 do Código de Processo Civil

---

Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002, p. 122-141. SCHEID, Carlos Eduardo. *Motivação das decisões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 139-149. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 213. LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 265-273, 331-345.

23. Processo civil como garantia entre garantias (supra, n. 2).

24. BEDÊ JÚNIOR, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 261-274.

25. Raciocínio semelhante é empregado por Gustavo Badaró para defender que o contraditório no processo penal seja exercido da mesma maneira que no processo civil. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 367.

complementa o sentido da norma prevista no art. 381, III, do Código de Processo Penal. Sendo assim, parece ser mais adequado para a situação em análise a aplicação suplementar do CPC ao processo penal, justamente porque o texto normativo deste ganhou novos contornos a partir daquele.[26]

Na prática, as aplicações das técnicas da analogia ou da suplementação terão o mesmo efeito, até porque serão idênticos os seus fundamentos legais. O Código de Processo Penal é aberto à incidência de outros diplomas normativos, admitindo interpretação extensiva, aplicação analógica e suplementação dos princípios gerais do direito (CPP, art. 3º).

Por sua vez, o CPC prevê que "na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente" (art. 15). Dois pontos devem ser destacados acerca desse dispositivo no tocante ao tema em debate: (i) muito embora não haja menção ao processo penal, o art. 3º do CPP abre as portas à sua integração com o processo civil; (ii) como o legislador fez menção à aplicação supletiva, é evidente que não há como aplicar o texto processual civil tão somente na "ausência de normas", caso contrário, restaria inviabilizada essa técnica na circunstância em que o texto normativo precisa ser integralizado.

Prosseguindo nessa análise, são necessárias duas brevíssimas considerações acerca da conformidade do posicionamento ora adotado, sendo uma de ordem constitucional e outra de ordem sistemática (entre o processo penal e o civil).[27]

Na primeira delas, tem-se que a Constituição Federal não se coloca como barreira ao emprego do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal, muito ao contrário,

26. "Aplicação supletiva ou complementar ocorre quando uma lei completa a outra, dando-lhe um sentido geral". ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 461.

27. "A aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será complementado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC." (ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 460.

ela parece fomentá-lo. Quando esse preceito legal imprime maior rigor ao ato de fundamentar, a garantia inserta no art. 93, IX, da CF/88 é amplificada com a incidência daquela regra, o que evidencia a constitucionalidade da interpretação ora proposta.

No que concerne à consideração de ordem sistemática, o art. 489, § 1º, do CPC não se mostra incompatível com a lógica que permeia o processo penal, até porque este, em linhas gerais, é pródigo em garantias, mais minucioso com o acertamento fático e menos tolerante com o cerceamento de defesa – isso em uma rasteira e pouco técnica comparação com o processo civil. Nesse sentido, essas circunstâncias se amoldam sem maiores transtornos às balizas mais claras e severas sobre o que significa fundamentar adequadamente. Ademais, a aplicação da legislação processual civil ao processo penal não é novidade porque, além de autorizada por lei (CPP, art. 3º), é comumente realizada pelos tribunais do país há anos.[28] O que é novo, que fique registrado, é que as partes já vêm alegando violação ao art. 489, § 1º, do CPC em recursos alusivos à matéria processual penal e, a essa provocação, os tribunais têm acenado positivamente para afirmar, expressamente, que esse dispositivo se aplica, por analogia (e não de modo supletivo, como aqui defendemos) ao CPP.[29]

28. "Esta corte já assentou que 'a inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais, implica em nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (recrim n. 91.661– MG, in RTJ 92/448), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do ministério público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do código de processo civil, como previsto no art. 3º do código de processo penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa' (HC nº 76.240/SP, segunda turma, da relatoria do ministro Maurício Corrêa, DJ de 14/8/98)" (STF, HC-RO 104.261, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.03.2012, *DJe* 07.08.2012, p. 36). A vedação da analogia *in malan parten*, natural do Direito Penal, parece ter extensão, também, ao Processo Penal, senão vejamos: "Assistência Judiciária Gratuita, imperioso deferir ao acusado referida benesse com a isenção definitiva do recolhimento das custas, mormente em razão da lacuna da Lei Penal acerca da matéria, a qual, em reverência ao princípio da legalidade, não pode ser sanada pela aplicação do art. 98, §§2º e 3º do CPC, sob pena de *analogiain malam partem*." (TJMG, REVC 1.0000.17.038997-7/000, rel. Des. Rubens Gabriel Soares, j. 14.05.2018, *DJEMG* 25.05.2018).

29. STJ, AREsp 1.186.541, Proc. 2017/0260213-2, 6ª T.; rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, *DJe* 31.10.2017. STJ, RHC 70.674, Proc. 2016/0119981-7, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *DJe* 23.06.2016. STJ, HC 354.634, Proc. 2016/0108620-1, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *DJe* 29.08.2016.

Em arremate, tem-se que a doutrina[30] sempre compreendeu serem viciadas e, por isso, nulas a "motivação implícita", a "motivação contraditória", a "ausência de motivação" e a "motivação *per relationem*" (salvo algumas exceções em relação a esta última),[31] sendo que todas essas hipóteses são evitáveis mediante emprego do art. 489, §1º do CPC. Em adendo, já existem processualistas penais que defendem abertamente o emprego dessa construção, o que deve constituir tendência pela maximização que a garantia da motivação recebe com a acolhida desse posicionamento.[32]

5. Repercussões da aplicação

Uma vez estabelecida a premissa de que o art. 489, § 1º, do CPC é aplicável supletivamente ao processo penal, qualquer decisão judicial deverá obediência à fundamentação analítica imposta pelo supracitado preceito, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. Nesse sentido, nos tópicos subsequentes, propomo-nos a refletir sobre algumas repercussões que os incisos daquele dispositivo terão nas decisões penais.

Antes de iniciar essa tarefa, são necessárias algumas considerações de ordem geral em relação ao processo penal.

É claro que também para o processo penal o rol do art. 489, § 1º, do CPC deve ser encarado como exemplificativo. Quando da falta da motivação, a nulidade absoluta também será a consequência para o processo penal, pois é na Constituição que se encontra a previsão da invalidade.

---

30. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002. p. 122-141. SCHEID, Carlos Eduardo. *Motivação das decisões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 139-149. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 213. LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 265-273, 331-345.

31. BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 109-112.

32. SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 327-356.

Contudo, ao contrário do processo civil, no processo penal, não nos parece haver espaço para que a eficácia preclusiva da coisa julgada protraia os efeitos sanatórios que derivam da estabilidade máxima[33]. Essa conclusão parte da premissa de que, contrariamente ao que ocorre com a rescisória, a revisão criminal não tem prazo para seu manejo. Como a jurisprudência admite a revisão criminal para os casos de ausência de fundamentação, a qualquer tempo as decisões atacadas poderão ser anuladas.[34]

Também não nos parece compatível com o processo penal a incidência do art. 1.013, § 3º, IV, do CPC (causa madura em recurso de apelação) pelos mesmos motivos expostos acima (supra, n. 3):[35] supressão de instância, tendo em vista que será o tribunal o primeiro apreciar a matéria que não foi objeto de fundamentação devida; incompatibilidade com o art. 93, inc. IX da Constituição, pois, se todas as decisões devem ser fundamentadas, não pode a sentença recorrida excepcionar essa regra; inutilidade da alegação de nulidade se o efeito (invalidação) não se opera;

Há, contudo, uma interessante indagação que foge aos limites do presente trabalho – e que, por esse motivo, não ensejará a nossa apreciação direta, muito embora não seja exagerada a sua exposição. Cuida-se do impacto que os art. 489, § 1º, do CPC pode impor às partes em razão do princípio da cooperação – o que é defendido por parte da doutrina –,[36] pois, se a motivação é analítica, também assim deveriam ser as manifestações das partes. Não obstante o centro do art. 489,

33. Obviamente que falamos nas hipóteses de sentenças condenatórias, porque tratando-se de sentença absolutória mesmo sem fundamentação o princípio do *ne bis in idem* tem força suficiente para prevalecer sobre a ausência de fundamentação das decisões.

34. São exemplos de revisões criminais julgadas procedentes por ausência de motivação: TJES, RevCr 0010180-52.2018.8.08.0000, Câmaras Cíveis Reunidas, rel. Des. Willian Silva, j. 11.06.2018, *DJES* 19.06.2018; TJSP, RVCr 0053524-24.2014.8.26.0000, Ac. 9969460. General Salgado, Primeiro Grupo de Direito Criminal, rel. Des. Luiz Fernando Vaggione, j. 07.11.2016, *DJESP* 05.12.2016); TJSC, RVCR 4004472-74.2016.8.24.0000, Palhoça, Seção Criminal, rel. Des. Salete Silva Sommariva, *DJSC* 15.03.2017, p. 211; TJPR, Rec. 1404862-5, Francisco Beltrão, 1ª Câmara Criminal em Composição Integral, rel. Des. Clayton Camargo, j. 25.02.2016, *DJPR* 08.03.2016, p. 394.

35. É interessante notar que no TJES foi admitido incidente de assunção de competência (que, por si, já é inovador), para definir se a causa Madura (art. 1.013, § 3º, IV do NCPC) pode ser aplicável ao processo penal. (TJES, Rec 0000571-61.2003.8.08.0003, rel. Juiz Jorge do Nascimento Viana, j. 23.03.2017, *DJES* 19.04.2017).

36. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2. p. 393.

§ 1º, do CPC seja o juiz, há por parte dos adeptos dessa corrente a defesa de que que às partes corresponderia ônus de igual calibre.

No processo civil, essa ideia parece fazer algum sentido, a fim de impedir que as partes sustentem seus fundamentos em julgados que não têm relação com o caso concreto; em simples reprodução de dispositivos legais; em conceitos jurídicos indeterminados que carecem de contextualização ao raciocínio exposto. A pergunta que fica é: e no processo penal, isso seria aplicável e coerente com o sistema processual penal?

A arena adequada para responder a essa pergunta não é o presente ensaio, de maneira que reservamos o nosso posicionamento sobre o tema (e, inclusive, sobre a sua premissa) para o momento oportuno. Sendo assim, é chegado o momento de serem analisados alguns dos impactos que o art. 489, § 1º, do CPC pode ter no processo penal.

5.1. Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida

Somente na perspectiva iluminista ou na crença positivista da univocidade poder-se-ia cogitar que simples menção ao dispositivo legal constituiria motivação satisfatória e suficiente da decisão.[37] No Estado Democrático de Direito, fundamentar exige mais do que lançar textos de normas no papel, sem o devido cotejo com os fatos.

Para fins penais, é de singular relevância que a menção ao dispositivo legal seja realizada corretamente, a fim de propiciar ao acusado o pleno exercício do direito de defesa, sendo essa a razão para que o art. 381, IV, do CPP traga em seu bojo a obrigatoriedade da indicação das regras aplicadas. A falta ou equivocada expressão dos dispositivos legais implica nulidade por provocar prejuízo ao réu, que poderá ter dúvidas sobre o tipo que originou a sua condenação.[38]

Em adendo, o apontamento correto da norma indica que o juiz está seguindo a vontade social constante dos atos legislativos, e não os seus próprios desígnios,

37. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 109.

38. A doutrina defende que é possível admitir a validade da sentença quando, no transcorrer dela, o dispositivo correto estiver mencionado, sem que isso abra margem a dúvida sobre o tipo penal que culminou na condenação. (GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 201).

de modo que a correta expressão da lei pode, também, ser considerada como um limite imposto à atividade jurisdicional.[39]

Ressaltada a importância da precisa indicação normativa, isso de nada serve sem a correta apreciação dos fatos que dão ensejo à consequência prevista na norma. Nesse sentido, a finalidade do art. 489, § 1º, inc. I, do CPC é de dar concretude à decisão, "impondo-se ao juiz que apresente razões jurídicas efetivamente relacionadas ao caso concreto".[40] O que se quer evitar é que a fundamentação se resuma à norma, seja pela mera indicação (*v.g.* "o réu incorreu nos termos do art. 158 do CP e, portanto, deve ser condenado"), seja pela simples reprodução (*v.g.* "prevê o art. 158 do CP que [teor do artigo] e, como o réu incorreu nesse tipo penal, deve ser condenado"), seja pela paráfrase (*v.g.* "como o réu constrangeu a vítima, mediante ameaça grave, não restam dúvidas acerca da sua condenação porque sua intenção era a de obter vantagem econômica, sendo esse o contexto que configura o crime de extorsão, previsto no art. 158 do CP").[41]

Segundo Ibañes, "é na reconstrução ou elaboração dos fatos onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser – como foi e em não poucas ocasiões segue sendo – mais arbitrário".[42] Para fins da regra ora em comento, o que acontece é algo diverso: a arbitrariedade reside em resumir a fundamentação ao aspecto legal, sem a exposição do *iter* intelectual que reconstruiu os fatos e que criou um elo racional entre eles e a norma e, caso isso não ocorra, a decisão é nula.

---

39. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 108.

40. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 237.

41. Os exemplos trazidos na seguinte passagem são bem comuns na prática forense: "Inservível, portanto, a decisão que decreta uma prisão preventiva, simplesmente dizendo 'Decreto a prisão preventiva do acusado com base no art. 312 do CPP', ou 'Decreto a prisão preventiva do acusado, como garantia da ordem pública, diante da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria', ou, ainda, 'Ante a prova da existência do crime objeto desta ação penal e dos indícios de que o acusado foi o seu autor, decreto a prisão preventiva do acusado, tendo em vista a necessidade de assegurar a manutenção da paz pública, abaladas pelo crime perpetrado'". (SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 345).

42. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos Fatos na Sentença Penal. In: ANDRADE, Lédio Rosa de (Org.). *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 67.

Tão importante quanto não apenas citar o preceito legal é a indicação do método interpretativo empregado na decisão. Essa valorização da demonstração da técnica interpretativa não escapou ao legislador, tendo em vista o art. 489, § 2º, do CPC/15 – que, aliás, complementa o art. 489, § 1º, inc. I, do CPC. Não está rechaçada tão somente a simples menção ao dispositivo, pois, para além disso, deverá o juiz declinar o método empregado para solucionar conflitos entres normas.[43]

5.2. Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso

A atividade interpretativa decorre de dúvidas acerca do significado que têm as palavras eleitas pelo legislador para compor a prescrição normativa.[44] Nesse sentido, é natural que existam diferentes visões sobre o teor da mesma norma. Ocorre que, por vezes, nela são empregados termos vagos e/ou de acepção aberta que não têm definição legal ou convenção doutrinária sobre o seu conteúdo.[45]

Diz-se que, se a indefinição residir no antecedente normativo, estar-se-á diante de conceito indeterminado; se, por outro lado, residir no antecedente e no consequente, estar-se-á diante de cláusula geral.[46] Em quaisquer dessas situações,

43. É bem verdade que o teor do art. 489, § 2º, do CPC está sujeito a críticas por mencionar o termo "ponderação", o qual, em doutrina, é empregado para qualificar uma forma de solução de conflito entre *princípios*. O texto normativo, por sua vez, fez alusão, genericamente, às normas, das quais são espécies os *princípios* e, também, as *regras*. Estas, contudo, não são ponderáveis pelo entendimento da maior parte da doutrina. Ademais, também é pertinente a crítica de que tampouco é a ponderação a única forma de se solucionar conflitos normativos, e, portanto, o horizonte do legislador foi limitado entre as opções que o livre convencimento autoriza escolher. Sobre o tema: FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da sentença e da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58-59. STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 688-689. Sobre a excepcional possibilidade de ponderação de regras, vide: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

44. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 114.

45. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2. p. 373-374.

46. FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da sentença e da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53-54. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

será o juiz quem determinará o que é indeterminado e o seu alcance no caso concreto, mediante decisão fundamentada (denominada, por alguns, como sentença determinativa).[47]

Essa imposição de ônus argumentativo ao julgador, se não observada ou insuficiente, implicará nulidade por violação ao art. 489, § 1º, II, do CPC.

O Código Penal e o Código de Processo Penal são pródigos em conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que carecem de justificativas do julgador sobre sua compreensão para que seja transparente a noção que se tem acerca deles. Exemplos desses conceitos não faltam, tais como: motivo fútil (CP, art. 62, II, *a*), ordem pública (CPP, art. 312), urgência (CPP, art. 282, § 3º), grave ameaça (CPP, art. 319, VII), má-fé (CPP, art. 653), trabalho honesto (CPP, art. 710, V e CP, art. 83, III); mal injusto (CP, art. 147), tempo razoável (CPP, art. 497, V), inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (CPP, art. 792, § 1º), perigo direto e iminente (CPP, art. 132), entre outros tantos.

Não nos parece correto, por exemplo, que seja decretada a prisão preventiva, para garantia da ordem pública, sem que se fundamente o que se entende por "ordem pública". Tratar-se-ia de verdadeira ausência de fundamentação e clara violação ao 489, § 1º, II, do CPC, com prejuízos para o acusado no exercício do direito de defesa e na impugnação sobre o conceito que o magistrado tem sobre ordem pública. Semelhante raciocínio é empregado por Magalhães Gomes Filho para que determinado comportamento seja considerado como imprudente:

> Para estabelecer que um comportamento é imprudente, é preciso indicar os elementos desse comportamento pelos quais ele pode assim ser considerado. Em seguida, deve ser indicada a premissa valorativa, que no caso não é dada

p. 238-239. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2. p. 373-378.

47. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha: "se, na fundamentação, há a utilização de termos indeterminados, a sentença será determinativa, independentemente de ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. A *sentença determinativa* constrói a norma concreta a partir da determinação ou concretização de conceitos indeterminados contidos em enunciados normativos. Vale registrar que o termo *sentença determinativa* contém outras acepções, podendo designar a sentença que regula uma relação jurídica continuativa (CPC, art. 505, I), ou a que interfere no conteúdo de uma relação jurídica negocial na qual se estabeleceram prestações desproporcionais" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1233-1234).

> pela norma, e sim pelo critério extrajurídico de valoração, que o juiz coloca no *standard* para decidir o caso. E, finalmente, deve ser demonstrada a congruência entre o fato e o *standard* concretizado no específico critério de valoração.[48]

O dispositivo ora em comento, assim como quaisquer das demais situações previstas no art. 489 do CPC, não deve ser encarado como exigência de fundamentação prolixa, extensa ou demasiadamente teórica, pois, o que se ambiciona é que seja feita "a efetiva correlação da decisão com o caso concreto, o que pode ser feito – e espera-se que seja feito – de forma breve e objetiva".[49]

No caso da decretação de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, por exemplo, o juiz deverá declinar que esse conceito está relacionado: ao comportamento do acusado que gera intranquilidade na população e clamor público pelo encarceramento; à reiteração de condutas; às publicações na imprensa sobre o crime; à gravidade do crime, entre outros. Independente do acerto ou desacerto da posição adotada (e parte das que foram citadas aqui como sendo questões de "ordem pública" estão equivocadas), o importante é permitir que haja o controle das razões adotadas pelo juiz.

5.3. Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

O vício constante do art. 489, § 1º, III, do CPC é o da invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Essa espécie de fundamentação é desgarrada do caso concreto e constitui espécie de carimbo um pouco mais elaborado. Em didática anedota há doutrina que se refere a esse pronunciamento como sendo da espécie "vestidinho preto"[50], tendo em vista que pode ser empregada em qualquer situação.

Essa decisão está para as partes, assim como os recursos padrão estão para o órgão julgador. Se é inadmissível, por ausência de dialeticidade, o recurso que não ancora sua impugnação no caso concreto, também é inadmissível a motivação que o ignora.

---

48. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 118-119.
49. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 238.
50. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 232.

São variados os exemplos de decisões desse tipo, tais como aquelas que narram a história das medidas urgentes ao longo do tempo, trazem citações doutrinárias, mencionam julgados que ilustram a esmo hipóteses concessivas e, por fim, arrematam com o chavão: "preenchidos os requisitos legais, defiro o pedido". Outro exemplo comum é o das decisões denegatórias de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, que são absolutamente idênticas na fundamentação e no dispositivo, sendo alteradas exclusivamente no relatório.

Em resumo, está em apreço a reprimenda à decisão modelo, aquela ajustável a qualquer situação e que, por estar alheia ao caso concreto, enseja invalidade.[51-52]

5.4. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

O art. 489, § 1º, IV, do CPC tem como pressuposto a oportunização do contraditório como maneira de impedir decisões imotivadas (função bloqueadora), mediante consulta às partes.[53] Um argumento só terá chance potencial de afastar

51. Para alguns, poder-se-ia cogitar até a inexistência da motivação. SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 327-356.

52. Frisa-se que o STF já tinha um clássico precedente em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 78013 RJ, que, de certa maneira, antecipava a alteração do CPC, senão vejamos: "Sentença condenatória: acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que – sem sequer transcrever a sentença – limita-se a afirmar, para refutar apelação arrazoada com minúcia, que 'no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão', somando ao vazio dessa afirmação a tautologia de que 'a prova é tranqüila em desfavor dos réus': a melhor prova da *ausência de* motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum."

53. Sobre a função bloqueadora do contraditório, destaca Paulo Lucon: "Isso ocorrerá quando a parte que sucumbiu ficar impossibilitada de se insurgir contra decisão que lhe foi desfavorável por conta de alguma omissão do julgador que deixou de explicitar como deveria o seu convencimento. Vale dizer, a função bloqueadora do princípio do contraditório faz com que seja considerada imotivada a decisão que leve a parte que sucumbiu a não dispor de informações suficientes para se insurgir contra a decisão que lhe foi desfavorável, e isso se dá, conforme veremos no item a seguir, quando o juiz se descola dos fatos e das particularidades do caso em análise. A motivação e contraditório,

a conclusão a que chegou o juiz se a parte tiver a oportunidade de formular esse argumento, de fato ou de direito. A ressalva inicial é importante e comunga com o que impõem os arts. 9º e 10º do CPC – perfeitamente aplicáveis ao processo penal.[54] Nesse sentido, a vedação à decisão surpresa compreende a proibição do acolhimento do fundamento surpresa (seja ele de fato ou de direito), circunstância que não poderá ser excepcionada nem mesmo por matérias de ordem pública que o juiz conheça de ofício. Até sobre estas o contraditório deverá existir antes da decisão que as reconheça.

Por conseguinte, parte-se para o enfrentamento da questão central, qual seja: o juiz é obrigado a apreciar todos os argumentos, de fato e de direito, trazidos pelas partes? A resposta a essa pergunta é negativa, mas há certas nuances que merecem atenção.

Quando houver cúmulo de causas de pedir para um mesmo pedido, o magistrado poderá empregar como fundamento aquela que for a mais relevante; o reverso da moeda também será válido, de modo que quando cumuladas causas de resistir que se opõem a um mesmo pedido, poderá o juiz empregar como fundamento aquela que for mais relevante. Trata-se de medida de economia processual, voltada a fazer com que o Poder Judiciário otimize tempo e recursos.

Por exemplo, em ação de cobrança, seria de pouca utilidade impor ao magistrado que se debruçasse sobre alegação de exceção de contrato não cumprido, se houvesse o comprovante de quitação da dívida nos autos. Bastaria fundamentar a sentença de improcedência com arrimo no pagamento, que a garantia de acesso à justiça estaria assegurada (ao réu).

De igual maneira, tampouco faria sentido exigir que o juiz criminal perdesse tempo em fundamentar a atipicidade da conduta criminosa, se o acusado de sua prática negasse a autoria e demonstrasse, cabalmente, que estava no exterior ao tempo do fato e que, por isso, não poderia ser o autor do crime. Seria suficiente que o juiz empregasse este segundo fundamento para absolver o réu, sem fazer

portanto, estão interligados de modo que a primeira não pode ser considerada adequada se o segundo não puder ser exercido." (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (Coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 188).

54. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 366-367.

digressões sobre aquele (a atipicidade), para que estivesse assegurado o acesso à justiça (ao réu).

Logo no início do tópico, alertamos o leitor sobre as nuances que o assunto comporta e é o momento de indicar uma delas. Ao retornar aos dois exemplos acima fornecidos, centramos nosso olhar para os argumentos trazidos em cumulação pelas partes que se sagraram *vencedoras* no processo. Dessa maneira, não existe nulidade pelo não enfrentamento de todas as alegações delas, afinal, não há prejuízo. Portanto, insistimos na resposta que demos acima: o julgador realmente não precisa se deter em todos os argumentos das partes. No entanto, a afirmação merece complemento: o julgador não precisa se deter em todos os argumentos das partes, mas apenas os argumentos da parte vencedora podem fugir à sua apreciação. *Contrario sensu*, entendemos que o juiz deverá enfrentar todos os argumentos da parte vencida,[55] mesmo quando houver uma relação lógica entre os motivos explícitos e os implícitos da decisão. [56]

Em nossa perspectiva, não será considerada fundamentada a decisão que não apreciar todos os argumentos de fato e de direito da parte vencida porque acolheu o argumento da parte vencedora. Como ilustração, tem-se que o réu (defesa) não pode ser condenado meramente porque o julgador acolheu o argumento do autor, sem que sejam demonstradas, claramente, as impropriedades das teses defensivas.

O receio é o de ocorrência de fundamentação implícita – aquela por meio da qual o acolhimento de uma tese implicaria, por consequência, o afastamento da outra, sem que as razões para a rejeição estejam expressadas (*v.g.* sentença condenatória que se debruça exclusivamente sobre os argumentos da acusação, pois os da defesa estariam automaticamente rechaçados). [57] Essa espécie motivação,

55. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2. p. 381-383. FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da sentença e da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 303-304. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 240.

56. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002. p.132.

57. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002. p.132.

em verdade não tem nada de implícita e equivale à ausência de motivação e afronta o art. 489, § 1º, IV, do CPC, afinal, "ou há motivação específica e expressa, ou não há motivação".[58]

Desse modo, ao contrário do posicionamento doutrinário de que é apenas a ausência de motivação, e não a fundamentação omissa, que conduz ao emprego do art. 489, § 1º, IV, do CPC,[59] entendemos que o órgão julgador deve, sim, se pronunciar sobre todos os argumentos da parte vencida, sob pena de violar, a um só tempo, a garantia de motivação, o princípio do acesso à justiça e o contraditório. Tampouco nos parece aceitável a escusa de que o argumento pode ser inútil ou irrelevante, e, portanto, indigno de apreciação do magistrado, visto que, nesse circunstância, será singelo que ele se desincumba do ônus argumentativo, declinando, sem maiores transtornos, as razões que tornam o argumento tão ignóbil.

Diante dessas razões, não há como concordar com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, havido em Processo Penal, que, ao analisar o art. 489, § 1º, IV, do CPC, consignou que:

> Mesmo após o advento no novo Código de Processo Civil, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos aventados pela defesa ao proferir decisão no processo, bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte" (AGRG no AREsp 1.009.720/SP, rel. Min. Jorge MUSSI, 5ª T., j. 25.04.2017, *DJe* 05.05.2017). V – Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg-REsp 1.626.224, Proc. 2016/0242008-2, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08.02.2018, *DJe* 21.02.2018, p. 1660)

Nesse e em outros casos, o emprego do diploma processual civil é equivocado, pois a norma prega o oposto do que se vê na prática. A parte vencida deve ter todos os seus argumentos de fato e de direito apreciados. São conhecidos os entraves

58. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002. p.133. Na doutrina estrangeira, defende a fundamentação implícita: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal Português*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 271-273.

59. SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. p. 348-349.

práticos para que o tribunal adote o aludido posicionamento – notadamente o seu assoberbamento –, mas, de outra sorte, o preço a ser pago não pode ser o da negativa do pleno exercício do direito de defesa e o fechamento do acesso à justiça.

Na Itália, o problema se resolve pelo comando expresso do art. 546, 1, alínea *e*, do *Codice de Procedura Penale,*[60] que determina o dever do julgador de declinar os fatos e os fundamentos jurídicos que motivaram a sua decisão, o critério de valoração da prova e *as razões pelas quais a contraprova não se presta a demonstrar o contrário*. O olhar que temos em relação ao art. 489, § 1º, IV, do CPC tem similar alcance da regra italiana: o juiz deve externar os motivos pelos quais a prova não se prestou a respaldar a tese da parte vencida, o que não abrange apenas os seus argumentos fáticos como também os de direito. Ademais, "tal exigência deve compreendida à luz do contraditório, até porque as atividades das partes só adquirem significado se forem efetivamente levadas em consideração pelo juiz no momento da decisão."[61]

Em resumo, tão importante quanto dizer o motivo pelo qual foi acolhido o argumento da parte vencedora é expor, na fundamentação, as razões pelas quais os contra-argumentos de fato e de direito da parte vencida não merecem guarida. Desrespeitado esse dever, ocorrerá fundamentação implícita, que, a nosso ver, frontalmente contrária ao art. 489, § 1º, IV, do CPC e enseja nulidade do pronunciamento.

5.5. Decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos

Os precedentes foram robustecidos com o advento do CPC vigente e a simples leitura dos arts. 926 e 927 denota a preocupação em manter a confiança dos jurisdicionados em um sistema jurídico que seja íntegro, estável e coerente. De maneira simétrica em relação àqueles dispositivos, o art. 489, § 1º, V, do CPC prevê que, se não existir a devida demonstração da correlação entre a *ratio decidendi* do precedente e o caso concreto, a sentença padecerá de vício na fundamentação. Nesse sentido, a aplicação ao processo penal deve obedecer a esse comando.

60. Art. 546, 1. La sentenza contiene: e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie"

61. GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e garantias constitucionais. In: *O processo – III série*: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 20.

Barbosa Moreira já alertava, anos antes da promulgação do CPC de 2015, que o juiz não pode se dar por satisfeito com a mera replicação da jurisprudência, pois, ainda assim, deve motivar, "expor as razões pelas quais adere ou não a ela".[62]

Nesse ponto, a propósito, não se pode considerar a simples reprodução de ementas de julgados como fundamentação *per relationem*, até porque a esta modalidade de motivação está calcada em elementos internos do processo (*v.g.* parecer do Ministério Público, decisão anteriormente proferida no mesmo caso).[63] Nesse sentido, a menção a decisões de fora do caso está mais relacionada à *motivação aliunde*, que está alicerçada em elementos externos ao processo (*v.g.* acórdão proferido pelo mesma Corte em caso semelhante).

Enquanto a fundamentação *aliunde* é admissível em determinadas circunstâncias, a fundamentação *per relationem* é de aceitação mais polêmica na doutrina, havendo os que a defendem em nome da economia processual[64] e aqueles que a rechaçam por padecer a motivação de enfrentamento preciso das alegações das partes, devolvendo-lhes como razão de decidir justamente o ato por elas impugnado, ou manifestação que o referende. [65] Quer nos parecer que o segundo grupo está com a razão[66]. De todo modo, os tribunais aceitam amplamente a fundamentação *per relationem*, não obstante, em decisão recente, o STJ aplicou do art. 489,

62. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121-122.

63. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 233-235.

64. "Entendemos que a adoção da motivação *per relationem*, de *per si*, não caracteriza qualquer violação à necessidade de fundamentação das sentenças, até porque existe, dentro de um processo, um limite à quantidade de argumentos que podem ser expostos ou de situações fáticas a serem abordadas, não sendo necessário que o julgador, convencido pelas precisas palavras do parquet ou da defesa, ou o Tribunal, vendo uma sentença impecavelmente fundamentada, necessidade buscar sinônimos ou declarações outras quando já tem justa solução do litígio limpidamente exposta". (BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 109-110).

65. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002. p. 135--139. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 213. SCHEID, Carlos Eduardo. *Motivação das decisões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147-149.

66. Aqui há uma divergência entre os autores conforme se observa em citação já efetuada.

§ 1°, do CPC para prover recurso e anular acórdão que tão somente transcreveu o parecer do Ministério Público sem nada acrescentar à parte da motivação.[67]

Com relação específica à aplicação ao processo penal, tem-se que o art. 489, § 1º, V, do CPC faz menção às súmulas e aos precedentes. Quantos às primeiras, não há maiores transtornos, pois já eram de observância obrigatória aos casos penais. Embora esse não seja um trabalho que discuta o tema dos precedentes – e não é nossa pretensão adentrar no assunto –, quer no parecer que os "precedentes" que devem nortear a apreciação do juiz criminal sejam aqueles previstos no art. 927 do CPC, quais sejam: *as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

Uma derradeira ressalva deve ser feita quanto ao Incidente de Assunção de Competência (IAC) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). A jurisprudência, ao menos, é bem dividia em relação ao tema.[68] Não existe qualquer impedimento para utilização desses institutos no processo penal, uma vez que é possível e necessário viabilizar um julgamento idêntico de teses mesmo

67. "De fato, a jurisprudência admite, com parcimônia, que decisões judiciais, notadamente acórdãos, louvem-se em excertos dos éditos condenatórios e das manifestações do processo, desde que haja um mínimo de fundamentos, com transcrição de trechos das peças às quais há indicação, valendo-se da denominada fundamentação *per relationem* ou aliunde (*per relationem*). Entretanto, verifica-se que o Tribunal a quo apenas transcreveu o parecer ministerial, sem apresentar fundamentação." (STJ, AREsp 1.186.541, Proc. 2017/0260213-2, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, *DJe* 31.10.2017).

68. Decisões que rejeitaram o IAC ou o IRDR em processo penal: TRF 3ª R.; IncRes 0003361-10.2017.4.03.0000, 4ª S., rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 19.10.2017, *DEJF* 30.10.2017; TRF 4ª R., Rec 5046424-07.2016.404.0000, 4ª S., rel. Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani, j. 20.04.2017, *DEJF* 26.04.2017; TJRJ, Proc 0027716-07.2017.8.19.0000, Rio de Janeiro, Tribunal Pleno e Órgão Especial, rel. Des. Nagib Slaibi Filho, *DORJ* 16.11.2017, p. 121) Decisões que admitiram o IAC ou o IRDR em processo penal: TJES, Rec 0000571-61.2003.8.08.0003, rel. Juiz Jorge do Nascimento Viana, j. 23.03.2017, *DJES* 19.04.2017; TJPR, IncAssComp 1677689-3, Ponta Grossa, Seção Criminal, rel. Des. Luiz Osorio Moraes Panza, j. 20.09.2017, *DJPR* 26.10.2017, p. 535; TJES, APL 0049448-47.2014.8.08.0035, 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, j. 06.07.2016, *DJES* 01.08.2016; TJAC, Rec. 100089229.2016.8.01.0000, Ac. 9.456, Tribunal Pleno Jurisdicional, rel. Des. Laudivon Nogueira, *DJAC* 14.10.2016, p. 1.

em matéria penal. Argumentativamente, se esses incidentes fossem incompatíveis com o processo penal, então não seria possível a existência de sumulas em matéria penal.

5.6. Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

Na mesma linha do inciso anterior, o art. 489, § 1º, VI, do CPC, para ser aplicado ao processo penal, não prescinde da análise da *ratio decidendi* e seu cotejo com o caso concreto para que o julgador deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

Ao apontar como fundamento o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, por força do art. 489, § 1º, IV, do CPC, a parte teria como contraprestação do juiz a necessária exposição das razões do seu acolhimento ou rejeição. No entanto, o dispositivo em comento adiciona duas variáveis a essa equação. Para rejeitar a adesão aos paradigmas indicados na norma, o julgador deverá indicar que: as hipóteses fáticas do caso distam daquelas em que se ancoraram o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente (distinção ou "distinguishing") e que, pela ausência de simetria, o entendimento neles havido não merece ser seguido; ou que o teor do entendimento foi superado (superação ou "overruling").

6. Conclusão

No presente trabalho, pudemos concluir que a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal é mais que possível, ela é recomendada. Trata-se de um roteiro a ser seguido pelo julgador no momento de proferir a decisão, mediante o qual é estabelecido um padrão mínimo de fundamentação que não constava do art. 93, IX, da CF/88, tampouco do art. 381, III, do CPP.

Embora esses dois últimos dispositivos estabeleçam a necessidade de os provimentos jurisdicionais penais serem motivados, deles não se depreende a medida certa dessa motivação. Nesse sentido, o art. 489, § 1º, do CPC se coloca ao processo penal como um parâmetro que define, exemplificativamente, o que não é uma decisão fundamentada. Essa aplicação da regra do CPC ao diploma processual penal decorre de interpretação supletiva do art. 3º do CPP em conjunto com o art. 15 do CPC. Isso porque o dever de motivar já existe naquele sistema – o que desautoriza a aplicação da analogia pela ausência de lacuna –, de modo que a regra do art. 489, § 1º, do CPC apenas lhes complementa o sentido.

Ademais, essa aplicação não encontra óbices constitucionais, tendo em vista que a garantia fundamental da motivação está sendo amplificada e não suprimida. Não se identificam, também, incompatibilidades lógicas entre a norma que se pretende aplicar e o sistema processual penal. Pelo contrário, existe harmonia. Tanto assim o é que o art. 489, §1º, do CPC já está sendo aplicada ao processo penal, inclusive com decisões oriundas do STJ, no sentido de considerar inválidos determinados pronunciamentos jurisdicionais por vício na fundamentação.

Estabelecida a premissa de que é perfeitamente possível que o processo penal acolha a norma em comento, elencamos algumas repercussões que, a nosso sentir, não devem ter a mesma sorte. A primeira delas diz respeito ao efeito sanatório da coisa julgada que, transcorrido o biênio, tem o condão de convalidar a nulidade absoluta no processo civil, o que não pode acontecer no processo penal, haja vista que a revisão criminal não tem termo para seu manejo. A segunda delas concerne à inaplicabilidade da teoria da causa madura às apelações criminais, sob pena de ser suprimida uma instância, e de ser referendada uma contradição lógica nessa equação, pois, se todas as decisões devem ser motivadas, sujeita à nulidade, o único pronunciamento que estaria imune a essa obrigatoriedade seria a sentença que originou o apelo.

Por derradeiro, fizemos apontamentos específicos em relação às viciadas decisões penais que incorrem nas hipóteses normativas contidas nos incisos do art. 489, § 1º, do CPC, todas elas sujeitas à nulidade.

No tocante ao inc. I do supracitado artigo, demonstramos constituir arbitrariedade resumir a fundamentação ao aspecto legal (seja por simples indicação, reprodução ou paráfrase), sem a exposição do *iter* intelectual que reconstruiu os fatos e que criou um elo racional entre eles e a norma.

Quanto ao inc. II do art. 489, § 1º, do CPC, empregados conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, sem a devida identificação do que eles consistem, existirá mácula do pronunciamento. A vagueza e acepções abertas dos termos precisa ser preenchida pelo magistrado, a fim de se viabilizar o controle da posição adotada.

O art. 489, § 1º, III, do CPC, a seu turno, visa a evitar as decisões padrão – um carimbo mais elaborado –, a quais se prestam a justificar quaisquer outros pronunciamentos e que são absolutamente descoladas do caso concreto. Associamos essas decisões padrão aos recursos padrão (geralmente, interpostos em casos de massa); se cá a inadmissibilidade impede que se aprecie a irresignação, lá também não deve ser admitida essa fundamentação, sendo que, em ambos os casos, falta sintonia com o processo específico.

No que concerne ao art. 489, § 1º, IV, do CPC, pode o juiz não se manifestar sobre todos os argumentos da parte que se sagrou vitoriosa, mas não da parte

sucumbente. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do contraditório são aviltados se nem todas as alegações de fato e de direito do derrotado foram apreciadas, eis que configurado o vício da fundamentação implícita. Quanto mais irrelevantes ou inúteis forem as alegações para formação do convencimento do juiz, tão mais simples será a tarefa argumentativa de demonstrar o desprezo que elas ensejam, afinal, à luz do sol tudo pode ser visto. Porém, se ocultadas essas razões, não haverá forma de controle acerca do acerto do julgador e existirá flerte com o arbítrio.

Por fim, em relação aos incisos V e VI art. 489, § 1º, do CPC, compreendemos que eles são aplicáveis ao processo penal, tendo em vista que o é preciso demonstrar as razões que aproximam ou afastam determinado precedente do caso concreto. Portanto, não pode ser aceita a mera reprodução do precedente sem o devido cotejo da *ratio decidendi* com as bases fáticas e jurídicas do processo em que a ele se amolda, ou cuja adequação é negada.

A fundamentação das decisões precisa ser levada a sério pelos juízes como forma de *accountability*.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação na sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 38. abr.-jun. 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: oitava série. São Paulo: Saraiva.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13.

CANTÓN, Fernando Díaz. *La motivación de la sentencia penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 20015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos Fatos na Sentença Penal. In: ANDRADE, Lédio Rosa de (Org.). *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma, Bari: Laterza, 1990.

FERREIRA, William dos Santos. Art. 371. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da sentença e da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2017.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Competência. Ne Bis in Idem. Cerceamento de prova de defesa. Da motivação e seus vícios. In: *O processo – III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e garantias constitucionais. In: *O processo – III série*: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. In: *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*. Coimbra: Almedina, 2011.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de fundamentação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUCON., Paulo Henrique dos Santos. Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO,

Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (Coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: uma análise crítica do § 1º do artigo 489 do CPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCHEID, Carlos Eduardo. *Motivação das decisões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 5.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione di fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

TARUFFO, Michele. Libero convincimento del giudice: I. *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1990. v. XVIII.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Do livre convencimento do juiz e de seus poderes na instrução criminal e na aplicação das penas, de Roberto de Rezende Junqueira – *RePro* 2/214-219 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/937-945 (DTR\1976\59);
- Aspectos subjetivos da sentença penal, de Alice Bianchini – *RBCCrim* 22/37-49 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/83-99 (DTR\1998\162);
- Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial, de José Wellington Bezerra da Costa Neto – *RePro* 266/447-480 (DTR\2017\61);
- A teoria processual do livre convencimento, de Guttemberg Fernandes – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/177-188 (DTR\2012\450154); e
- O livre convencimento do juiz e a hierarquia das provas, de Theodolindo Castiglione – *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 5/1347-1358 (DTR\2012\1503).

Feminicídio e as tensões de sua criminalização em processos judiciais no Distrito Federal

Feminicide and its criminalization tensions on criminal cases at Distrito Federal

Isadora Dourado Rocha

Pós-Graduanda em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Advogada.
isadoradouradorocha@gmail.com

Recebido em: 25.02.2018
Aprovado em: 29.10.2018
Última versão do (a) autor (a): 19.11.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar os debates processuais em torno das dificuldades e potencialidades da criminalização do feminicídio nos primeiros processos criminais por feminicídio ou feminicídio tentado no Distrito Federal, para responder à questão sobre como esses debates tem compreendido o crime. A metodologia utilizada foi revisão de literatura e análise qualitativa, sob a perspectiva epistemológica de arquivo, dos primeiros processos a chegarem ao TJDFT em sede de recurso em sentido estrito. Na revisão de literatura, encontraram-se potencialidades da criminalização do feminicídio (acreditação e desestabilização do sistema de justiça criminal – SJC) e dificuldades dessa criminalização (divergências entre funções da pena, ótica individualizadora do direito penal e o risco de naturalização da violência). Como resultado, identificou-se debate processual focado na análise dos motivos do crime ao divergirem, acusação e defesa,

Abstract: This work aims to analyze the procedural discussions around the difficulties and possibilities of femicide criminalization in the context of the first criminal cases involving femicide or attempted femicide at Distrito Federal, Brazil, with the ultimate purpose of answering the question about how these discussions have approached such crime. The methodology adopted involved the review of other academic works on the subject matter and qualitative analysis, under the epistemological perspective of the archive of the first criminal cases that were taken to the Distrito Federal's Appeals Court as a result of an appeal in its strict sense. The review of academic works showed potentialities of femicide criminalization (certification and destabilization of the criminal justice system – CJS), and difficulties faced in this criminalization (disagreements between prison functions, the individualized perspective of the criminal law and

acerca da natureza da qualificadora feminicídio. Esse foco parece potencializar os riscos de naturalizar a violência, de invisibilizar a violência e de tratar gênero menos como demarcação de poder e mais como requisitos a serem cumpridos para a caracterização do crime. Conclui-se pela sugestão da repetição das dificuldades do acionamento do SJC por demandas gênero-específicas no início do processamento do crime de feminicídio no Distrito Federal.

Palavras-chave: Feminicídio – Gênero – Violência Doméstica.

the risks of violence against women being taken as natural). As a result, it was possible to note procedural discussions focused on the analysis of the motives for the crime when prosecution and defense disagreed about the nature of the element that qualifies a crime as femicide. This focus seems to increase the risk of violence being taken as natural or invisible, and to treat gender less as a power delimitation and more as requirements to be fulfilled in order to characterize the crime. This work's conclusions consisted in suggestions of recurrence of the difficulties faced for triggering the CJS by gender-specific demands in the beginning of femicide prosecution at Distrito Federal, Brazil.

Keywords: Femicide – Gender – Domestic and Familiar Violence.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Metodologia. 2. Tensões na criminalização do feminicídio. 2.1. Dificuldades da criminalização do feminicídio apontadas pela literatura. 2.2. Tensões nas promessas de acreditação no sistema de justiça criminal. 2.3. Tensões nas promessas de desestabilização do sistema de justiça criminal. 2.4. Potencialidades *versus* dificuldades: tentativa de guia entre as tensões. 3. Focalização nos motivos do crime. 4. Naturalização da violência. 4.1. Invisibilização da violência. 4.2. Gênero como pré-requisito. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Maria[1] saiu para trabalhar, sob os protestos do companheiro, no fim do dia em que escolheu comemorar seu aniversário. Alguns meses antes, Maria, violentada durante a noite de natal, não conseguiu registrar ocorrência contra o companheiro, pois a delegacia disse ser feriado. Alguns de seus dez filhos foram recolhidos a um abrigo pelo Conselho Tutelar: não há registros sobre o porquê, quantos foram, onde estão institucionalmente, quem são. Um oficial de justiça foi à casa de Maria oferecer-lhe a proteção da casa abrigo doze dias depois da noite em que ela foi morta pelo companheiro ao voltar do trabalho. O que interessa àqueles que têm o poder de perguntar no processo judicial da morte de Maria é saber qual o motivo das facadas – porque o companheiro matara Maria na volta dela a casa

1. Nome fictício para preservar a identidade das vítimas.

após o trabalho – seis dias depois de feminicídio ter se tornado modalidade qualificada do crime de homicídio, no Brasil.[2]

No Brasil, em março de 2015, após várias modificações durante o trâmite legislativo, reduzindo cada vez mais o potencial político do termo feminicídio, foi aprovada a lei 13.104/2015, que coloca o crime de feminicídio como modalidade qualificada do crime de homicídio[3], sendo inserido no artigo 121, § 2º, VII do Código Penal. A redação legal coloca que o feminicídio acontece quando alguém mata uma mulher por "razões da condição de sexo feminino", sendo estas definidas em outro parágrafo do artigo de lei (§ 2º-A) como sendo a (i) existência de violência doméstica e familiar contra a mulher ou a existência de (ii) discriminação ou menosprezo à condição de mulher[4].

2. Este trabalho é síntese de monografia de graduação, defendida e aprovada em 26.06.2017, sob a orientação da Professora Sinara Gumieri Vieira. Trabalho substancialmente semelhante foi publicado como monografia, disponível em: [http://bdm.unb.br/handle/10483/17918]. Foi apresentado no VII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, em Agosto de 2017, em Feira de Santana/BA, no Grupo de Trabalho de Gênero e Sistemas Punitivos. Obteve aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas da Universidade de Brasília (CEP/IH), por meio de parecer consubstanciado de número 1.943.753.

3. O crime tem a seguinte redação: "Art. 121. Matar alguém [...] Homicídio qualificado § 2º [...] Feminicídio

   VII – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino [...] § 2º-A – Considera-se que há razões de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...] Aumento de pena § 7º – A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime é praticado: I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II – contra pessoa menor de 14 anos ou maior de 60 anos ou com deficiência; III – na presença de ascendente ou descendente da vítima" (BRASIL, 2015). Feminicídio não é um crime autônomo, e sim qualificadora de homicídio. Admite, portanto, acumulação com outras qualificadoras. Quando há várias qualificadoras, apenas uma delas é utilizada na terceira fase de dosimetria, as outras são utilizadas como agravante ou circunstância judicial. Há a possibilidade, portanto, de que o homicídio seja qualificado por outro motivo, e feminicídio passe a ser circunstância judicial ou agravante, o que deixa de fazer o nome do crime feminicídio.

4. Há várias propostas de classificação para análise de feminicídios. O íntimo seria aquele praticado dentro de relação íntima de afeto (doméstica, familiar, relação amorosa, de amizade, coleguismo ou de trabalho) – como foi o caso de Maria. O não-íntimo seria o praticado por desconhecidos. O feminicídio por conexão seria aquele em que a morte da mulher ocorreu porque ela estava na "linha de fogo": pretendia proteger outra mulher ou alguém de suas relações e foi atingida (BRASIL, 2016, p. 23).

A pergunta sobre os motivos do crime é valorizada no movimento de individualização do crime do direito penal: é importante para o sistema de justiça criminal saber por que o companheiro de Maria a matou, é essencial para a configuração do crime, no Brasil, as "razões da condição de sexo feminino". A literatura acadêmica sobre análise de processos de homicídios de mulheres, entretanto, alerta quanto às dificuldades do tratamento da morte de mulheres pelo sistema de justiça criminal, naturalizando a violência (CORRÊA, 1983). Buscar modificar essa atuação do sistema de justiça frente a mulheres é um dos objetivos pensados com a criminalização do feminicídio[5]. Essa criminalização traz potencialidades e dificuldades, segundo a revisão de literatura.

Este trabalho objetivou analisar os debates processuais em torno das dificuldades e potencialidades da criminalização do feminicídio nos primeiros processos criminais por feminicídio ou feminicídio tentado no Distrito Federal, para responder à questão sobre como esses primeiros debates processuais tem compreendido o crime. Para tanto, foram selecionados os cinco primeiros processos judiciais a chegarem, um ano e meio após a promulgação da lei, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por meio de recurso em sentido estrito.

Após, foi feita revisão de literatura sobre a criminalização do feminicídio e o acionamento do sistema de justiça criminal por demandas gênero-específicas, o que possibilitou pensar as dificuldades e potencialidades da criminalização. As potencialidades dividem-se em dois grupos de promessas: acreditação no sistema de justiça criminal (proteger mulheres, prevenir novas violências e punir agressores) e desestabilização do sistema de justiça criminal (denunciar, conhecer e nomear as mortes de mulheres). As dificuldades da criminalização do feminicídio são: as divergências entre a função declarada e a função real da pena (ANDRADE, 2007), a ótica individualizadora do direito penal e as denúncias da literatura que analisou

5. Feminicídio, enquanto categoria, objetiva marcar a morte de mulheres, já que não só diferencia o sujeito passivo do tipo penal "homicídio", mas também evidencia a forma como mulheres morrem. Com esse termo, Marcela Lagarde procurou também denunciar a leniência estatal para com essas mortes de mulheres no México, o que também pode ser estendido a outros países latino-americanos. "O feminicídio se consuma porque as autoridades omissas, negligentes ou em conluio com os agressores exercem sobre as mulheres violência institucional ao obstaculizar seu acesso à justiça e com isso contribuem para a impunidade. O feminicídio implica na ruptura parcial do estado de direito, já que o Estado é incapaz de garantir a vida de mulheres, de respeitar seus direitos humanos, de atuar com legalidade e fazê-la ser respeitada, de procurar administrar a justiça e prevenir e erradicar a violência que ocasiona. O feminicídio é um crime de Estado" (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2008, p. 235, tradução da autora).

processos judiciais de homicídios de mulheres sobre o risco de naturalização da violência (ARDAILLON; DEBERT, 1987; CORRÊA, 1981 e 1983). Há tensões entre as dificuldades e as potencialidades da criminalização do feminicídio.

O Manual "Diretrizes Nacionais Feminicídio: investigar, processar e julgar mortes de mulheres com perspectiva de gênero" foi identificado como orientação para a qualificação dos agentes judiciais na lida com feminicídio, em contraposição às dificuldades da criminalização. Os processos foram analisados a partir das inquietações desse manual, sob a perspectiva de arquivo (FARGE, 2009; FOUCAULT, 2003) e se verificou, como resultado, debate sobre a natureza da qualificadora feminicídio – objetiva ou subjetiva – o que levou à focalização nos motivos do crime.

Essa focalização é decorrente da importância dos motivos para o movimento de individualização do delito no direito penal. Entretanto, conclui-se que essa focalização parece naturalizar a violência – tratando a posse e a dominação da mulher pelo homem como naturais nas relações domésticas e familiares –, invisibilizar a violência – deixando registros de violências não respondidas pelo SJC – e tratar gênero menos como marco de poder e mais como requisitos a serem cumpridos – na tentativa da defesa de restringir a aplicação de feminicídio. Essas consequências da análise dos processos sugerem a repetição das dificuldades do acionamento do sistema de justiça criminal por demandas gênero-específicas no início do processamento judicial do crime de feminicídio no Distrito Federal.

1.1. Metodologia

Este trabalho se originou das inquietações da pesquisadora após revisão da literatura acadêmica que levou à identificação das tensões apresentadas entre as dificuldades e as potencialidades da criminalização do feminicídio. Conforme se demonstrará, entre as potencialidades de acreditação e desestabilização do SJC pela criminalização do feminicídio e as dificuldades dessa criminalização (divergências entre funções da pena, ótica individualizadora do direito penal e o risco de naturalização da violência) há tensões.

Analisar os debates entre dificuldades e potencialidades da criminalização do feminicídio – tensionadas – nos primeiros processos-crime por feminicídio ou feminicídio tentado no Distrito Federal foi objetivo deste trabalho.[6] No início da

6. Considerando que o Distrito Federal conta com rede diferenciada de apoio à vítima de violência contra a mulher e, portanto, poderia dar respostas mais rápidas e efetivas, a observação concentrada nesse estado da federação se justifica. Segundo dados do TJDFT: [www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/centro-judiciario-mulher/RededeproteosmulheresdoDF.pdf].

pesquisa, constatou-se não haver nenhum levantamento acessível e institucional nos órgãos de justiça do Distrito Federal (Polícia, Ministério Público, Tribunal de Justiça) sobre a quantidade de mortes de mulheres após a publicação da lei de feminicídio ou a quantidade de processos que tramitam nesses órgãos para averiguação do crime.

Por ser a lei recente, pouco pesquisada e cheia de promessas – ao mesmo tempo em que tensionada pelas dificuldades anunciadas pela literatura acadêmica, o interesse da pesquisadora foi guiado a proceder à análise qualitativa de processos judiciais. A seguinte pergunta de pesquisa emergiu da análise: como os debates processuais compreendem a qualificadora feminicídio no Distrito Federal?

Inicialmente, o projeto de pesquisa foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas da Universidade de Brasília (CEP/IH), obtendo aprovação por meio de parecer consubstanciado de número 1.943.753. Após, foram selecionados os primeiros processos judiciais a chegarem, em grau de recurso em sentido estrito, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, até o início da pesquisa, em setembro de 2016 – totalizando cinco processos.[7] Os processos foram encontrados por meio de busca em *clipping* de notícias sobre feminicídios no Distrito Federal, com delimitação temporal (de 09.03.2015, promulgação da lei, até 10.09.2016, início da pesquisa), e posterior busca com o nome das vítimas ou dos agressores junto à Vara de Execuções Penais. Por fim, apenas os processos em que houve recurso em sentido estrito da decisão de pronúncia foram selecionados.

Esse recurso foi utilizado como seletor dos processos, pois usualmente questiona as decisões judiciais de pronúncia que aceitam, total ou parcialmente, a denúncia da acusação. Assim, processos que tivessem recurso em sentido estrito potencialmente trariam debates processuais sobre a denúncia da acusação que compreende a qualificadora feminicídio.[8]

---

7. Para encontrar os processos, utilizei a pesquisa de jurisprudência do site do TJDFT [www.tjdft.jus.br] com os termos "feminicídio" ou "artigo 121 § 2º VI". Estabeleci também critérios temporais (acórdão do recurso em sentido estrito publicado até setembro de 2016, data de início da pesquisa) e de pertinência temática (discussão de feminicídio no recurso em sentido estrito). Conferi a busca de jurisprudência do tribunal por meio de *clipping* de notícias, avaliadas com os mesmos critérios anteriores, e checadas, pelo nome do matador, no buscador interno aos servidores da Vara de Execuções Penais. Os cinco processos encontrados no buscador do TJDFT foram os mesmos encontrados por meio da checagem de notícias de feminicídios, segundo os critérios estabelecidos anteriormente.

8. O júri tem rito bifásico. Na primeira fase, o juiz tem a possibilidade de pronunciar, impronunciar, absolver o réu ou de desclassificar o delito. A aplicação de qualificadoras é,

Os cinco processos selecionados são oriundos das circunscrições judiciárias de Ceilândia e Santa Maria, regiões periféricas no Distrito Federal em relação à distribuição de recursos públicos, inclusive para o enfrentamento à violência contra a mulher[9]. Em todos esses cinco processos, o acusado foi denunciado por feminicídio ou feminicídio tentado, e a acusação associou a qualificadora feminicídio à existência de violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 121, § 2º-A, inciso I, do Código Penal), já que todos os matadores são descritos como companheiros ou ex-companheiros da vítima. Assim, pelo conjunto de processos a que se teve acesso, a análise dos debates processuais neste trabalho ficou restrita ao que a literatura acadêmica nomeia de feminicídios íntimos, ou seja, aqueles em que há relação familiar ou doméstica entre matador e vítima.

Buscar compreender quem eram essas mulheres e esses matadores, por meio do relatado em um processo judicial, é tarefa cautelosa. São apenas cinco processos judiciais aqui analisados, em um recorte muito específico, não estão todos transitados em julgado, nem todos passaram pelo Conselho de Sentença, e não há pretensões de se fazer análises quantitativas. Não se pode contar histórias do que foram, na realidade, as vidas, as mortes e as tentativas de mortes dessas mulheres. O papel da pesquisadora não é de autora de um romance, não podendo dar vida a personagens e escolher seus papéis (FARGE, 2009). Nesses cinco processos, o poder Judiciário começou a chamar feminicídio as mortes de mulheres no Distrito Federal: teve-se acesso somente à significação jurídica dessas mortes (CORRÊA, 1983), já que o que está descrito nos processos foi selecionado para a função específica de processar e julgar.

inicialmente, ofertada pelo Ministério Público na denúncia e decidida por votação do Conselho de Sentença. Da decisão judicial que analisa a denúncia cabe recurso em sentido estrito ou apelação. Optou-se pelo recurso em sentido estrito, ciente de que poderia haver apelações contra decisões de absolvição sumária do acusado de feminicídio, pelo fato de que este recurso é utilizado contra as decisões de pronúncia.

9. A cidade de Ceilândia tem o maior número absoluto de registros de ocorrências por violência doméstica e familiar contra a mulher, entretanto, não tem uma Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM) e apenas dois Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Este trabalho busca analisar a compreensão de feminicídio no DF sem esquecer dessas particularidades. Informações segundo estatísticas da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal. Disponível em: [www.ssp.df.gov.br/estatisticas/violencia-contra-a-mulher.html]. Acesso em: 25.06. 2017. Os dados sobre a rede da Ceilândia podem ser conferidos em: [www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/centro-judiciario-mulher/RededeproteosmulheresdoDF.pdf]. Acesso em: 25.06.2017.

Assim, a análise dos processos judiciais foi feita sob a perspectiva epistemológica de arquivo (FARGE, 2009; FOUCAULT, 2003): os processos judiciais a serem analisados, mesmo parecendo descrições da realidade acontecida, tratam-se de construções de verdades sobre fatos a que não se teve e nem se pode ter acesso. São jogos de poder sobre "a verdade". Processos criminais são abstrações de uma etapa da vida das pessoas neles envolvidas – com todas as suas brutalidades específicas –, e não a descrição dessas vidas. São espaços de expressão do poder penal, que se pretende neutro e objetivo, interrogando uma vida ou morte acontecida: não sei se teríamos acesso à morte ou à tentativa de matar esta ou aquela mulher se não tivesse existido o processo penal. Entretanto, o processo penal só pode ser tomado como um entre os relatos possíveis sobre o acontecimento daquele feminicídio ou tentativa de feminicídio (FOUCAULT, 2003). O que interessa saber, aqui, é como os primeiros debates processuais vêm compreendendo as mortes de mulheres, agora juridicamente nomeadas feminicídio.

Ainda relacionado ao modo de se olhar os debates processuais nos processos analisados, foram utilizadas as inquietações provenientes da leitura do manual "Diretrizes Nacionais Feminicídio..." (BRASIL, 2016). Esse manual traz orientações para que os aplicadores da lei façam uso de argumentação de modo a respeitar a vítima, não lhe imputando culpa pela violência e evitando sua revitimização no processo. Orienta os agentes judiciais a argumentarem no sentido de reconhecimento da violência contra a mulher como problema estrutural, não enfocando somente em motivos de ordem pessoal ou da relação do casal para o acontecimento do crime. Ainda, orienta que as violências anteriores ou presentes às vítimas mortas ou sobreviventes ou às pessoas próximas sejam objeto de atenção, para que o SJC não perca a chance de intervir protegendo ou prevenindo novas violências.

A partir dessa observação, tendo em mente as orientações do manual de Diretrizes, as tentações do arquivo e o alertado pela literatura, as perguntas feitas aos processos foram: o que os debates processuais compreenderam como feminicídio – "razões da condição de sexo feminino"? Quais os apontados "motivos" do crime? Há alguma condicionante para a aplicação das "razões da condição de sexo feminino" levantada nos debates? Há uso de argumentos que coloquem a relação do casal como sendo naturalmente conflituosa e violenta? Como aparecem nos debates as violências anteriores, se existirem? Há sinalização de mudanças no modo que processos judiciais tratam mortes de mulheres?

2. Tensões na criminalização do feminicídio

Breve relato da revisão de literatura se faz necessária à compreensão da forma com que foram analisados os resultados encontrados após análise dos processos

coletados. O debate em torno de tornar crime a matança de mulheres por serem mulheres girou, na literatura acadêmica, em torno das dificuldades e potencialidades da criminalização. As dificuldades estão ligadas aos limites do acionamento do direito penal por demandas gênero-específicas, dada a própria ótica individualizante e redutora do direito penal e a forma com que o sistema de justiça criminal age. As potencialidades da criminalização, por sua vez, estão ligadas a promessas no sentido de maior proteção às mulheres, da correta punição dos matadores, do conhecimento dessas mortes, a afirmação e denúncia de que ocorrem porque os corpos de mulheres são vistos como propriedade, além da possibilidade de disputa pelos movimentos de mulheres da forma como o SJC age.

2.1. Dificuldades da criminalização do feminicídio apontadas pela literatura

Em relação às dificuldades do acionamento do direito penal por demandas gênero-específicas, Vera Andrade (2007, p. 55) e Soraia Mendes (2015, p. 62) sublinham as incapacidades do Direito Penal na lida da violência contra a mulher. O sistema de justiça criminal (SJC) apresentaria as funções declaradas da pena: prevenir violências protegendo bens jurídicos (no caso, vida da mulher), ressocializar o sujeito a quem a pena é imposta e intimidar a prática de condutas definidas como crimes. Entretanto, sua atuação seria contrária a essa lógica, mesmo que sustentada por ela: se pautaria pela seletividade, pela imunidade e impunidade[10] (ANDRADE, 2007, p. 59 e 62).

Seria também difícil apostar na criminalização do feminicídio porque o SJC não preveniria violências – ainda que se diga ter a pena função preventiva –, não seria capaz de modificar relações de gênero ou administrar o conflito entre as partes, selecionaria quais mulheres proteger e poderia revitimizar ou submeter essas mulheres a violências institucionais (ANDRADE, 2007, p. 55-56). Ainda, o SJC atuaria como sistema de controle social, reforçando gênero: haveria o controle informal[11] da mulher, por exemplo, pela família, religião, moral, o que autorizaria "penas privadas": a submissão da mulher pela intimidação física ou psicológica seria uma dessas penas. Ao homem que, ativamente, assumiu esse controle informal, mas se extrapolou, levando à morte da mulher, caberia, em alguns

10. Nesse sentido: "Impunidade e criminalização (e também vitimação) são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com uma fortíssima estereotipia presente no senso comum e dos operadores do controle penal, e não pela incriminação igualitária de condutas, como programa o discurso jurídico-penal" (ANDRADE, 2007, p. 61).

11. Controle informal é uma categoria do campo para se opor ao controle formal, que estaria expresso nas instituições do SJC.

casos, a pena pública pelo crime. Assim, o controle sai do nível individual privado para o nível estatal. A função real do sistema de justiça criminal seria, então, a de selecionar autores e vítimas e, nessa seleção, manter estruturas, instituições e símbolos (ANDRADE, 2007, p. 74).

Outra dificuldade na criminalização do feminicídio é o modo como o SJC costuma tratar processos de homicídios de mulheres. A literatura brasileira denuncia que, nesses casos, a maior ou menor punição do matador está relacionada ao maior ou menor ajustamento do matador e da vítima aos códigos sociais e sexuais dos julgadores. Assim, a violência contra a mulher é permitida e naturalizada de acordo com a quebra ou a obediência a esses códigos: há apenas controle da dominação do homem sobre a mulher, com a atuação do judiciário (CORRÊA, 1983). Os crimes podem vir a ser interpretados como motivados pela "paixão", o que legitimaria as mortes: pensar os motivos do crime, assim, pode ser problemático para a punição dos matadores e proteção de mulheres (CORRÊA, 1981; ARDAILLON; DEBERT, 1986).

O enfoque no feminicídio em detrimento de outras violências mais recorrentes, porém menos letais, mostraria também a forma como o Estado resolve lidar com a violência contra as mulheres. Ele resolve "protegê-las" apenas da morte, já que, nesse estado, seriam vítimas ideais. Essa "proteção" da morte se dá apenas dentro desse sistema de justiça criminal que, como já visto, pode ser pernicioso para mulheres. A intervenção se dá apenas na violência letal, última: o feminicídio é assumido como o fim de um ciclo de violências contra a mulher, mas apenas ele é objeto de intervenção estatal. Ao criminalizar a morte, o Estado parece não se omitir, já que agiu aprovando uma lei. Entretanto, ao sequer não propiciar a discussão de como enfrentar outras violências, silencia-se: a criminalização é de custo zero[12] (VÁSQUEZ, 2016, p. 88).

A ótica e lógica argumentativa do direito penal também não contribuem. O direito penal atua na individualização do fato e da responsabilidade, o que faz sentido em se pensando a pena estatal enquanto reprovação coercitiva por um ato

12. Custo zero porque o Estado já tem todo um aparato para lidar com mortes e criminalizar essa conduta e também não interferiria no modo como o gênero governa a vida daquela mulher, já que ela já estaria morta. Ainda assim, é medida muito popular e de viés aparentemente protetor, o que interessa ao Estado, que as usa como primeira e única estratégia contra a violência contra as mulheres: de *ultima ratio* o direito penal passa a ser a única *ratio*. Assim, o Estado se ausenta da discussão sobre violências contra a mulher menos letais (por exemplo, o modo como a vítima é vista nos crimes sexuais, a punição do aborto, o modo como o Estado lida com a prostituição), mantendo o controle do gênero sobre seus corpos. Nesse sentido, cf.: RESURJ, 2017.

pessoal considerado contrário à lei. De certa forma, a individualização evita arbitrariedade estatal e se alinha a propostas garantistas ou de direito penal do fato, e não de punição baseada em características absolutamente pessoais. Por outro lado, a conduta avaliada como sendo contrária à lei – crime – é descontextualizada nesse processo de individualização. E as provas desse crime são todas baseadas no que é "visível" ou "público": testemunhas, marcas no corpo, material escrito.

Assim, com a criminalização do feminicídio, se procurar pensar a violência contra a mulher como permitida e possibilitada pelas condições estruturais, a lógica individualizante do direito penal traz entraves. A motivação para o crime e sua reprovabilidade não são puramente individuais: o gênero governa a vida de cada mulher, mas precisa de bases maiores que as individuais. A permissão de o corpo sexuado feminino ser visto como propriedade de outrem, a ser controlado, dominado e docilizado, a ser voltado para a família/maternidade é, inclusive, chancelada e reproduzida pelo Estado por meio de suas políticas públicas[13].

2.2. Tensões nas promessas de acreditação no sistema de justiça criminal

As potencialidades da criminalização do feminicídio se dividiriam em promessas de acreditação no sistema de justiça criminal e de desestabilização do sistema de justiça criminal. As promessas de acreditação tratam da proteção de mulheres, prevenção de novas violências e punição dos matadores. Elas, como visto, fiam-se na realização das funções clássicas da pena por meio da criminalização do feminicídio: proteção, retribuição, prevenção geral e especial. Maior punição, assim, seria capaz de desestimular a prática de feminicídios e proteger mulheres. Haveria pouca intimidação ou impunidade dos matadores, daí a necessidade de punir mais. E as mulheres não estariam protegidas da morte por serem mulheres: assim se explicaria a necessidade de, intimidando pela criminalização da conduta, protegê-las.

Nesse sentido, a criminalização do feminicídio é a resposta encampada oficialmente para punir corretamente (BRASIL, 2017) sem, contudo, se refletir se a impunidade está na ausência ou leniência na investigação policial, nas punições

13. Para Debora Diniz (2015), resistir no gênero é não ignorar essas formas de controle, mas também atualizá-las. Assim, estando os movimentos de mulheres à margem do Estado e lutando contra esse modo do gênero governar a vida, é necessário sempre desconfiar de políticas públicas que se apresentam como boas para as mulheres ou respostas de reconhecimento e proteção. Só a total subversão do gênero protegeria mulheres: "sem desfazer a moldura do gênero, as conquistas são instáveis para a ambição da igualdade" (DINIZ, 2015, p. 52, e 2014, p. 19).

insuficientes ou na ausência de julgamento. Nesse sentido, o relatório de pesquisa no Distrito Federal, anterior à lei do feminicídio, traz como a punição daqueles que mataram mulheres em situação de violência doméstica e familiar não era um problema: eles costumavam ser punidos, e com penas altas (DINIZ; COSTA; GUMIERI, 2015).

Essa mesma pesquisa aponta uma grande cifra oculta: 21% das mortes de mulheres no DF entre 2006 e 2011 não saem da esfera de investigação policial por não se saber quem é o matador (DINIZ; COSTA; GUMIERI, 2015). Ou seja, do apontado, ao menos no DF, não parece haver impunidade em julgamentos de mortes violentas de mulheres. Parece haver, na verdade, leniência na investigação, que é uma forma de impunidade,[14] mas que não pode ser suprida por nova lei ou aumento de pena, já que essa é apenas a fase final do processamento de uma morte. Assim, a presença de uma lei que criminaliza o feminicídio se faz questionável na perspectiva da punição dos matadores, diante da ausência de um diagnóstico nacional quanto ao contexto de impunidade.[15]

Ainda, a existência de uma norma penal afirmando ser o feminicídio um crime não parece ser capaz de reduzir sua prática: a função preventiva ou intimidatória do direito penal não é digna de confiança (ANDRADE, 2007), já que não há evidências de sua capacidade de efetivamente proteger mulheres da morte. Já em relação ao castigo do matador, em primeiro lugar, sabe-se pouco sobre como ele ocorre no país e por quais tipos específicos de impunidade seria ou não caracterizado. Portanto, também para o problema da impunidade, não é evidente que a criação de lei específica seja a solução. Ainda assim, essas promessas têm grande apelo dentro dos movimentos feministas (ANDRADE, 2007).

Quanto a prevenir novas violências ou proteger mulheres por meio da criminalização do feminicídio, o argumento é o de que vítimas de ameaça de feminicídio ou de feminicídio tentado poderiam ser protegidas, prevenindo novas violências, pela aplicação de medidas protetivas e preventivas previstas na Lei Maria da Penha (CASTILHO, 2015). Essa argumentação acredita que a Lei Maria da Penha é mais protetiva – o que de fato ela, literalmente, é –[16], mas atribui a

14. Vera Andrade chama esta forma de imunidade (ANDRADE, 2007).

15. A questão da impunidade é complexa: pode estar na investigação, no processamento ou no julgamento das mortes. Autoras como Mariza Corrêa (1983) colocaram que interpretações baseadas na ótica de *crime passional* levariam a não punir corretamente o matador. Isso não se alteraria por lei aumentando pena, mas sim, pela mudança da ótica dos julgadores.

16. Os trabalhos recentes que trataram de feminicídio, antes da criminalização da conduta no Brasil (PAZ, 2016; MARGARITES, 2015; GOMES, 2010) buscaram relacionar os processos com os marcos temporais da Lei Maria da Penha, promulgada em 2006. Ou

maior penalização – por meio da criminalização do feminicídio – à possibilidade de ativação efetiva do SJC na proteção à mulher. Essa possibilidade não será conferida neste trabalho, mas é questionável pela própria forma com que o SJC se declara e contrariamente se realiza (ANDRADE, 2007).

As potencialidades da criminalização do feminicídio apresentadas nas promessas de acreditação no SJC – proteger mulheres, punir matadores, prevenir novas violências – trazem tensões frente às dificuldades de como o SJC se realiza. As promessas de acreditação podem ser consideradas mais ingênuas ao não levarem em conta o recorrente descumprimento das funções clássicas do direito penal.

2.3. Tensões nas promessas de desestabilização do sistema de justiça criminal

As promessas de desestabilização desconfiam da atuação do SJC na manutenção do governo da vida pelo gênero e propõem a criminalização do feminicídio para o conhecimento, denúncia e nomeação política das mortes de mulheres. Para as promessas de desestabilização, o feminicídio estaria associado a uma estrutura permissiva da dominação de mulheres pelos homens, a mesma estrutura que possibilitou que Maria não conseguisse registrar ocorrência da violência, que fosse ao trabalho sob protestos do companheiro e morresse na volta a casa. A desestabilização do sistema de justiça criminal, assim, procura questionar estruturas injustas de funcionamento do direito penal e do SJC, a partir de uma aplicação igualitária do direito. Essa aplicação é tendente à qualificação do sistema para prevenir feminicídios, proteger mulheres e responder aos crimes contra mulheres de forma a não repetir as denúncias feitas pela literatura dos julgamentos baseados em estereótipos ou no maior ou menor cumprimento de papéis sexuais e sociais das partes (CORRÊA, 1981 e 1983; ARDAILLON; DEBERT, 1986).

O manual "Diretrizes Nacionais: Feminicídio – Investigar, Processar e Julgar as Mortes de Mulheres sob Perspectiva de Gênero", da Secretaria de Políticas para as Mulheres (BRASIL, 2016) traz parâmetros claros para se pensar um modo de desestabilizar o sistema de justiça criminal, ciente das dificuldades dessa desestabilização. Sua perspectiva é tendente à ótica de desestabilização, porque orienta os agentes de justiça que lidarão com o crime quanto à necessidade de se compreender feminicídio como problema estrutural. Portanto, da análise

se buscou comparar mortes de mulheres antes e depois da lei, ou se buscaram os efeitos dessa lei. Ela é vista como uma forma de se evitar a morte de mulheres, pelas medidas propostas de proteção e de criação de uma rede de apoio à mulher, sendo seu foco na punição por meio da criminalização de condutas mais reduzido.

das promessas de desestabilização do SJC, com a criminalização do feminicídio, percebe-se a possibilidade de direcionamento de políticas criminais (GOMES, 2015), conhecimento das mortes e a denúncia do gênero enquanto governo da vida de mulheres (DINIZ; COSTA; GUMIERI, 2015).

Quanto à potencialidade de *conhecer* as mortes de mulheres, pontua-se que não se identificaram, para os fins desta pesquisa, dados nacionais anteriores à lei que criminalizou o feminicídio, sobre a real quantidade de mulheres mortas por serem mulheres.[17] Pontua-se, entretanto, relatório de pesquisa que trouxe a probabilidade três vezes maior de que mulheres negras morram pelas mãos de pessoas de seu círculo de afetos, quando comparadas a mulheres brancas no Distrito Federal (DINIZ; COSTA; GUMIERI, 2015). Esse dado não pode ser colocado como nacional: conhecer quem morre, por meio de melhor coleta de dados, é um problema a ser enfrentado para que essas mortes possam verdadeiramente existir para o sistema (SEGATO, 2001; PASINATO, 2011; FUNDAÇÃO, 2010). Porém, não seria necessário criar um novo tipo penal para tanto: mudanças em procedimentos investigativos ou em protocolos policiais poderiam ser suficientes para quantificar essas mortes (DINIZ; COSTA; GUMIERI, 2015).

Em relação à potencialidade de *nomear* e *denunciar*, o movimento feminista que apoia a criminalização do feminicídio busca a não naturalização das mortes de mulheres (GOMES, 2015), daí a potência política do termo como forma de dizer que o corpo das mulheres não é algo disponível, passível de perder a vida apenas por ser mulher. É forma, também, de enfrentar argumentações que se centram na culpabilização da vítima pela violência sofrida ou na justificação e permissividade da violência, como denunciado pela literatura (CORRÊA, 1983). Buscar dizer que essas mortes têm uma causa estrutural – o regime de governo da vida pelo

17. Foram identificadas duas pesquisas: "Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil" (WAISELFISZ, 2010) e "A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil" (MACHADO, 2015). Elas têm falhas metodológicas. O "Mapa da Violência 2015..." se restringe apenas a feminicídios íntimos (aqueles em que há relação doméstica ou familiar entre agressor e vítima) e se baseia no sistema de dados do Sistema Único de Saúde (DATASUS), que parte da notificação obrigatória pelos agentes de saúde das violências domésticas e familiares, o que não quer dizer que obrigatoriamente ocorra a notificação e nem que todos os estados notifiquem na mesma proporção: gera distorções nos dados que se pretendem nacionais. Ainda, o "Mapa..." afirma que os números de feminicídios cresceram, e que um dos fatores que levou a esse crescimento seria a impunidade: porém, não há dados pretéritos para comparação de modo a se observar efetivo crescimento ou que o problema estaria na impunidade. A pesquisa "A violência doméstica fatal...", por sua vez, tem seleção de processos aleatória e sem distribuição regular pelo país, analisando apenas 34 processos, 33 deles de feminicídio íntimo.

gênero – é, assim, dizer que elas não são naturalizáveis, não havendo motivos que as justifiquem, que as permitam: a dominação violenta da mulher pelo homem não é algo natural, e não deveria ser aceita nesses termos.

A tensão que se identifica, aqui, é a própria crença da capacidade de alteração do regime de governo da vida do gênero pela mudança legal. Nesse sentido, Ana Flauzina (2016, p. 98): "[...] há uma miopia generalizada que impede que se enxergue o sistema de justiça criminal como instrumento apoiado, fundamentalmente, na vulnerabilização e exploração das mulheres em todos os níveis de sua intervenção". Não parece ser possível mudá-lo por essa via, mas apenas atualizá-lo – sendo as reações da doutrina e jurisprudência analisadas demonstrações dessa atualização.[18]

Todavia, não o enfrentar por essa via é continuar deixando que a vida de mulheres corra perigo (DINIZ, 2014), é continuar sem tentar interferir na forma com que o SJC lida com a violência letal contra mulheres. A luta seria, assim, para conseguir resistir dentro do gênero, usando ou vigiando o uso dos já limitados instrumentos jurídicos disponíveis, para se disputar o enquadramento jurídico das mortes e para assim se continuar a denunciar que mulheres não podem continuar morrendo por serem mulheres (VÁSQUEZ, 2016).

A perspectiva das promessas de desestabilização, ciente dos limites do direito penal, parece mais factível que a das promessas de acreditação. Cientes dos limites do direito penal, as promessas de desestabilização sabem das tensões a serem enfrentadas face às dificuldades da criminalização do feminicídio. O caminho seria, portanto, de *desestabilizar*, disputar a forma como o direito penal age para com as mulheres, sabendo-se que não é possível alterar totalmente os regimes de governo da vida de mulheres por essa via. A militância feminista teria de vigiar para que norma, já vigente, não seja apreendida pelo sistema penal sob suas práticas hegemônicas.

18. A doutrina jurídica é um dos espaços privilegiados de análise para entender como se constroem os sentidos e efeitos da tipificação do feminicídio debatidos pela literatura acadêmica, já que os doutrinadores são intérpretes privilegiados das leis e essa interpretação é utilizada pelos agentes de justiça. As interpretações doutrinárias sobre feminicídio analisadas neste trabalho procuram restringir o que é mulher para fins de aplicação do crime (GRECO, 2016), dizendo ser também necessária a avaliação dos motivos que levaram ao crime (NUCCI, 2017), a hipossuficiência da mulher na relação (JORIO, 2015). A reação doutrinária, assim, é mais tendente à estabilização da forma com que o direito penal age: procurar enfrentar essas interpretações é resistir, como vem fazendo doutrinadoras que buscam alterar e desestabilizar a forma com que o direito penal enxerga a morte de mulheres (BELLOQUE, 2015; BIANCHINI, 2016; CASTILHO, 2015; MACHADO; MATSUDA, 2015; MELLO, 2015).

2.4. Potencialidades versus dificuldades: tentativa de guia entre as tensões

O manual "Diretrizes Nacionais: Feminicídio – Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres" (BRASIL, 2016) pode ser definido como uma tentativa de modificar a ótica dos agentes de justiça que lidarão com feminicídio. Isto porque ele reconhece as tensões da criminalização do feminicídio, reconhece que ela não é a resposta para o problema da morte de mulheres e procura ser ferramenta de modificação do modo como o sistema de justiça criminal age.

Sua perspectiva, assim, é mais tendente à ótica das promessas de desestabilização do direito penal, já que orienta, sobremaneira, quanto à necessidade de se compreender feminicídio como um problema estrutural. Nesse sentido:

> A opção pelo termo feminicídio reforça a responsabilidade da sociedade e do Estado no cumprimento de suas obrigações na proteção de mulheres e na promoção de seus direitos. Reforça também o objetivo de modificar a atuação do sistema de justiça criminal calcada em estereótipos de gênero e na discriminação contra as mulheres, que contribuem para os sentimentos sociais de impunidade e descrédito na justiça.
>
> Trata-se de estratégia política para nomear e qualificar essas mortes como problema social resultante da desigualdade estrutural entre homens e mulheres, rejeitando seu tratamento como eventos isolados, ou crimes passionais inscritos na vida dos casais, ou provocados por comportamentos patológicos. [...]
>
> As mortes violentas de mulheres por razões de gênero são denominadas feminicídios, cujo conceito reforça a responsabilidade da sociedade e do Estado na tolerância a esses crimes [...] [e] considera a impunidade penal como resultado do processo de não reconhecimento da violência baseada no gênero como crime (BRASIL, 2016, p. 29-30).

A tônica do manual é a de perceber o feminicídio como um *crime de ódio* e um *crime sistemático* e não como um crime episódico ou de natureza íntima (BRASIL, 2016, p. 26). Também, para que não seja usada linguagem discriminatória, que a mulher não seja julgada com base em estereótipos, que ela não seja culpabilizada pela violência sofrida ou revitimizada dentro do processo judicial (BRASIL, 2016, p. 43), em resposta às denúncias da literatura sobre as interpretações de "crimes passionais" (CORRÊA, 1981, 1983; ARDAILLON; DEBERT, 1987). Ainda orienta para que os agentes de justiça procurem registros de violências anteriores dentro do sistema de justiça, não só na esfera penal, como também na cível (por exemplo, dentro de processos de divórcio ou guarda) e para que atuem com "devida diligência" (BRASIL, 2016, p. 51 e 95).

Segundo o manual, as "razões da condição de sexo feminino" ou razões de gênero, para aplicação do crime de feminicídio, devem ser as demonstradas em uma tentativa de controle do corpo da mulher ou de limitação pessoal, de modo a reconhecer mulheres como merecedoras do direito à vida. Para tanto, o Manual recomenda o modelo ecológico de perspectiva de gênero: gênero deve ser pensado de modo relacional, hierárquico, mutável e específico e as causas da violência devem ser consideradas no nível individual, relacional, comunitário e social (BRASIL, 2016, p. 32-35). Assim, as razões de gênero devem ir além de motivos totalmente individuais ou patologizantes: na aplicação da lei do feminicídio pelos agentes de justiça, a orientação é de serem percebidos os motivos do crime para além de razões de ordem pessoal ou da relação do casal (CASTILHO, 2016, p. 101).

Essas lógicas tratadas pelo manual partem da necessidade do direito penal de individualizar fato e responsabilidade, mas tentam tensioná-la, de modo a denunciar a morte de mulheres como problema estrutural. Dessa maneira, o Manual é considerado, para efeitos deste trabalho, um esforço político de reação e resistência dentro do sistema penal e será utilizado como guia da coleta de dados neste trabalho. Com isso, pretende-se interpelar o poder penal a partir de uma perspectiva que tensiona esse mesmo poder, o que permite, inclusive, meu olhar de estranhamento enquanto estudante de direito.

3. Focalização nos motivos do crime

Da análise dos processos, estranhada pelo manual "Diretrizes Nacionais..." e pela perspectiva de arquivo, observou-se que o início dos debates processuais sobre feminicídio no Distrito Federal concentra-se na natureza da qualificadora feminicídio, quando relativa a violência doméstica ou familiar contra a mulher, como sendo objetiva ou subjetiva[19]. Em todos os processos judiciais analisados, o acusado foi denunciado por feminicídio ou feminicídio tentado, somado à qualificadora de motivo torpe. A existência dessas duas qualificadoras e o debate entre elas se deu pela compreensão da qualificadora feminicídio como subjetiva ou objetiva pelos agentes de justiça: desembargadores do TJDFT, MPDFT, juízes de primeiro grau e defesa.[20] O debate processual principal nos processos

19. Objetivas seriam aquelas em que se reprovam mais gravemente os meios e os modos pelos quais o crime foi cometido, sendo estes meios e modos perceptíveis de plano (BITENCOURT, 2010b, p.78). Já as qualificadoras subjetivas referem-se aos motivos e fins do crime.

20. A doutrina jurídica define crime qualificado como aquele em que se aumenta a pena-base do crime principal autônomo, pela ocorrência de algum fator considerado mais

analisados foi entre motivo (torpe) do crime e razões de sexo feminino (feminicídio), o que gerou os recursos em sentido estrito, para que o tema fosse orientado pelo TJDFT.

Ainda que pareça, na leitura, mera discussão jurídica sobre a acumulação de duas qualificadoras, nas entrelinhas dos processos analisados é perceptível um debate sobre o que se entende por feminicídio e sobre uma redução do seu potencial de denúncia das mortes. Para promotores de justiça, procuradores e desembargadores, nos processos analisados, a qualificadora feminicídio seria objetiva – apenas a observação de violência doméstica e familiar contra a mulher a configuraria. Isso possibilitaria sua acumulação com a qualificadora motivo torpe: a motivação imediata que levou ao crime seria reprovável. Advogados de defesa, defensores públicos e alguns juízes, entretanto, entendem, nesse debate, a qualificadora feminicídio em relações de violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo subjetiva: seria, assim, necessário se perguntar os motivos que levaram ao matador a cometer o crime.

A posição majoritária até a finalização desta pesquisa, no Distrito Federal, é a de que a qualificadora feminicídio, quando relacionada à violência doméstica e familiar (artigo 121, § 2º, VI, § 2º-A, I, do Código Penal) é objetiva. Para defesa dessa posição, nos casos 05, 04 e 03[21], o MPDFT e o TJDFT fazem uso de argu-

reprovável. Homicídio (crime principal autônomo) é qualificado pelas razões da condição de sexo feminino (feminicídio). Qualificadoras costumam ser definidas como objetivas (reprovam-se mais gravemente os meios e os modos pelos quais o crime foi cometido) ou subjetivas (referem-se aos motivos e fins do crime). A presença de qualificadoras objetivas permite acumulação com qualificadora subjetiva, enquanto que a presença de qualificadora subjetiva não permite acumulação com outra qualificadora subjetiva. Em relação a feminicídio, a doutrina se debate entre ser qualificadora objetiva, subjetiva ou objetivo-subjetiva. Pela presença de "razões da condição de sexo feminino", a qualificadora seria subjetiva: é necessário se perguntar os motivos do crime para configuração de feminicídio. A argumentação doutrinária a favor de feminicídio como qualificadora objetiva traz que seria necessário analisar somente a situação em que a morte ocorreu, e essa análise seria objetiva: se em situação de violência doméstica ou em situação de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A defesa da qualificadora feminicídio como objetiva-subjetiva, por sua vez, argumenta no sentido de que, na hipótese do crime acontecer em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, haveria objetividade. Na hipótese de o crime acontecer por menosprezo ou discriminação à condição de sexo feminino, seria necessário perguntar sobre os motivos do crime: a qualificadora feminicídio seria subjetiva.

21. Os cinco casos foram numerados pela autora, para que não houvesse identificação das vítimas e matadores.

mentação baseada no "espírito" protetivo da lei. Aparece como justificativa da lei de feminicídio a "necessidade de se avançar na proteção da mulher violentada em contexto familiar e doméstico, tendo em vista o crescimento de assassinatos contra mulheres". O objetivo da lei seria "recrudescer a responsabilidade penal do homicídio praticado em contexto de violência contra a mulher, além da função protetiva e social-pedagógica" e de que teria se procurado "conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência em relação ao homem".

A argumentação padronizada do MPDFT e do TJDFT é no sentido de maior punição e de maior proteção, o que parece alinhar suas expectativas às promessas de acreditação do SJC pela criminalização do feminicídio. Nos processos analisados, a posição do MPDFT e do TJDFT pela qualificadora feminicídio ser objetiva e permitir a acumulação com a qualificadora motivo torpe, questiona o motivo do crime, procurando encaixá-lo em "motivo torpe". A posição da Defesa pela qualificadora feminicídio subjetiva, por sua vez, pergunta os motivos do crime para haver ou não configuração de feminicídio ou de motivo torpe, já que a Defesa procura retirar uma das qualificadoras por não poder haver acumulação de qualificadoras subjetivas. O que se percebe nos processos analisados é a focalização do debate nos motivos do crime, seja pela posição acusatória, seja pela defensiva.

Em todos os processos, a denúncia associou, de forma padrão, o motivo torpe a um "sentimento egoístico de posse" que teriam os acusados pelas vítimas. Esse sentimento egoístico de posse é definido e redefinido nos processos como crises de ciúme depois de suposta traição[22] ou não aceitação do término da relação[23]: esses são os fatos elevados a motivos nos debates, são esses os escolhidos para mostrar a ilegitimidade e, portanto, maior reprovabilidade do comportamento. Feminicídio, por sua vez, é associado, na denúncia, ao "contexto" de violência doméstica. A defesa do acusado, ao adotar a posição pela qualificadora subjetiva, argumenta no sentido de que o motivo posto pela acusação não é feminicídio ou não é motivo torpe, ou ainda, de que falta algum outro requisito à vítima para que o crime possa ser definido como na denúncia.

Essa focalização nos motivos do crime, seja pela posição dos advogados de defesa e defensores públicos de ser feminicídio qualificadora subjetiva, seja pela posição dos promotores, procuradores e desembargadores de justiça pela acumulação de qualificadoras e consequente pergunta pelo motivo torpe, pode ser compreendida em função da forma com que o direito penal se estrutura. A pergunta pelos motivos

22. Caso 05.

23. Casos 01, 02, 03, 04.

do crime tem a ver com maior ou menor reprovabilidade de uma conduta e, portanto, levaria a maior ou menor pena[24]. Entretanto, o foco nos motivos do crime deve ser tomado com cuidado no contexto do feminicídio: não só pode levar a um julgamento com base no autor, e não no fato, como também a literatura denuncia os perigos da legitimação de motivos, dado o viés patriarcal com o qual historicamente o sistema de justiça criminal analisa crimes cometidos contra mulheres (CORRÊA, 1983). Ainda, o debate processual concentrado nos motivos do crime – isto é, nas intenções e razões do matador – tem efeito individualizante, o que tende a dificultar a visibilidade dos marcos de poder – entre eles, o gênero – envolvidos no feminicídio.

O motivo dado ao crime, então, é tomado como um dos requisitos que pode aumentar ou diminuir a pena. Cabe ao juiz a valoração dos motivos e pode ou não haver quantidade fixa a aumentar ou diminuir na pena por essa valoração.[25] Há, assim, algo da subjetividade da pessoa que comete o crime a ser analisada pelo juiz para tornar a prática mais ou menos reprovável. O que se percebe, quando se fala em motivos, é um foco na subjetividade do indivíduo que cometeu o crime. Esse foco individualizante pode até fazer algum sentido quando se pensa em tornar a pena pelo crime o mais pessoal possível, entretanto, a avaliação dos motivos do crime, pelo juiz, parece levar a questões que são a ele inacessíveis ou de cunho moral, o que pode ser particularmente danoso às mulheres.[26]

---

24. Para o direito penal, os motivos do crime são importantes, já que devem ser considerados pelo juiz. O artigo 59 do Código Penal traz as chamadas "circunstâncias judiciais" para a fixação da pena-base do indivíduo que cometeu um crime, sendo o motivo do crime uma delas. Nos artigos 61 e 65, também do Código Penal, o motivo torpe e o motivo fútil são considerados agravantes, e o motivo de relevante valor social ou moral é considerado atenuante – ou seja, aumentam ou diminuem a pena na segunda fase de cálculo de pena. Ainda, no artigo 67, há expressa indicação que os motivos do crime devem ser preponderantes, se houver concurso de agravantes e atenuantes. Além disso, o motivo do crime também é analisado para a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal) e para a substituição da pena restritiva de liberdade por privativa de direitos (artigo 43 do Código Penal). Os motivos do crime também são considerados em modalidades qualificadas ou privilegiadas de alguns delitos: há o homicídio qualificado pelo motivo torpe, e há o homicídio privilegiado pelo "motivo de relevante valor social ou moral" (BRASIL, 1940).

25. Mesmo se tratando de competência do Tribunal do Júri o crime de feminicídio, alguns motivos ainda são analisados pela competência do juiz presidente: as circunstâncias judiciais do artigo 59, Código Penal, os motivos considerados agravantes e atenuantes (artigos 61 e 65 do Código Penal). Os motivos que qualificam e privilegiam o crime, entretanto, são de análise dos jurados (LOPES JR., 2015).

26. A focalização nos motivos do crime poderia levar ao "direito penal do autor". Essa avaliação judicial dos motivos, por ser por demasiadamente psicológica, avaliaria muito

Isso porque a maior ou menor punição baseada em motivos pode permitir argumentações legitimadoras da dominação masculina sobre mulheres em relações afetivas, ou de eventual punição mais branda, o que legitimaria as mortes e a violência a título de crimes passionais. Mariza Corrêa (1981; 1983) aponta ser a morte, nesses tipos de processos, vista por aqueles que processam apenas como extrapolação de conflitos naturais às relações: ou seja, a dominação violenta em si não é questionada. Essa mesma morte é punida de forma mais ou menos branda quanto mais os atores – autor do crime e vítima – no processo se adequam às morais sexuais e sociais dos julgadores, que são avaliadas também pelos motivos apontados no crime. As promessas de acreditação e de desestabilização do SJC pela criminalização do feminicídio, assim como o Manual "Diretrizes Nacionais: Feminicídio..." e o relatório da CPMI que levou à criminalização, no sentido dessa crítica, receiam e querem combater argumentações que mantenham a visão desses crimes como passionais.

A ótica individualizante do direito penal, ao lidar com a ideia de que a justa resposta a um crime depende de seus motivos, mesmo que possa ser defensável, traz dificuldades quando se pensam nos crimes em que há pretensão de denúncia de marcos de poder, como é o caso de feminicídio. Nesses crimes, pretende-se provocar o SJC a visibilizar elementos sociais, como o governo da vida pelo gênero, indicado, por exemplo, nas assimetrias entre as posições femininas e masculinas ou na ideia de que o corpo da mulher é propriedade de outrem. Não se tratariam, portanto, de crimes de "foro íntimo" – o que o foco individualizante nos motivos pode sugerir –, mas sim crimes produzidos pelo governo da vida pelo gênero, e crimes que permitem o reforço do poder desse governo. Assim, há tensão entre a lógica individualizante do direito penal e a provocação para a necessidade de se pensar elementos sociais, colocada pela literatura que denuncia a morte de mulheres pelo gênero. Ou seja, a proposta desestabilizadora da criminalização do feminicídio encontra entraves na própria ótica do direito penal.

Os riscos dessa lógica individualizante podem ser observados nos processos em análise, em que houve focalização do debate nos motivos do crime. Essa focalização, em linhas gerais, levou ao motivo do crime ser tomado, nos debates, como naturalmente decorrente de relações afetivas e mais importante que as violências acontecidas, que são tomadas como "contexto" das mortes, além de levar

mais o indivíduo – em sua interioridade inacessível – que o fato em si, abrindo muito espaço para o arbítrio judicial, o que é problemático já que pode levar a penalizar o autor do crime mais pelo que ele é do que pelo que fez (QUEIROZ, 2016). Assim, a pretexto de se sancionar um fato considerado crime, que é o que a lei declara fazer, sanciona-se também o que a pessoa "é", expressada em seus motivos.

a uma tentativa defensiva de criação de requisitos para aplicação de feminicídio. Para melhor compreensão, esses riscos, nos debates, foram divididos em três categorias: (i) naturalização da violência; (ii) invisibilização da violência; (iii) gênero como um pré-requisito.

4. Naturalização da violência

O risco da naturalização da violência se apresenta quando, nos processos analisados, o motivo do crime é tomado como naturalmente decorrente de relações afetivas e quando a violência doméstica e familiar é tomada como contexto das mortes. Dessa forma, há um reforço da explicação do crime como motivado no foro íntimo – como derivado de uma característica do relacionamento. A violência, assim, é implicitamente permitida, já que natural – quase um componente esperado da relação entre um casal heterossexual. A naturalização da violência em processos judiciais é problemática já que a própria função preventiva e de punição do SJC fica comprometida para mulheres: não só o discurso diz que a violência é natural e, portanto, pode continuar, como não se intervém de modo eficaz para cessá-la.

Em todos os processos analisados, a qualificadora de motivo torpe é definida, pelos promotores, procuradores e desembargadores, como sendo o "sentimento egoístico de posse". No caso 05, nas peças processuais da Acusação, os promotores de justiça colocam que:

> [...] a qualificadora consistente no motivo torpe foi confirmada pelo acervo probatório, haja vista ter o acusado agido impelido pelo sentimento egoístico e repugnante de posse em relação à vítima, uma vez que imaginou que sua esposa, ao se ausentar da residência, estava se relacionando com o vizinho.

Nos casos 04 e 02, nos votos dos desembargadores a julgarem o recurso em sentido estrito, coloca-se que:

> [...] a violência doméstica contra a mulher constitui o gênero, e o sentimento egoístico de posse é uma espécie dela derivada, tendo em vista que a agressão ao sexo feminino pode ser manifestada por motivos diversos. [...] O feminicídio seria uma torpeza especial [...]. O sentimento egoístico de posse nutrido pelo réu em relação à vítima, em razão de não aceitar o término da relação, como narrado na peça acusatória, está intrinsecamente ligado ao envolvimento amoroso mantido pelo casal e dele é decorrente.

No caso 03, os juízes colocam que "A suposta não aceitação do fim do relacionamento, conforme declarações prestadas, é inerente à relação íntima de afeto".

Assim, por essa linha, o momento da ação que levou ao feminicídio teria um motivo (torpe), diferente do que se defende como contexto (violência doméstica), ainda que nele inserido. O "sentimento egoístico de posse" estaria sempre relacionado e derivado do envolvimento dos atores na relação afetiva. A violência doméstica, por sua vez, é descrita em termos de contexto, de pano de fundo, de meio pelo qual o crime ocorre. Ela seria um "gênero", e o "sentimento egoístico de posse", espécie, já que, na repetição padrão do MPDFT e dos desembargadores, "a agressão à mulher pode se dar por diversos motivos".

A defesa do acusado, por sua vez, também coloca a motivação do crime como decorrente da relação amorosa. No caso 04:

> [...] a conduta estava intrinsecamente ligada à relação marital que possuíam, e por óbvio, dela é decorrente. [...] O motivo torpe não pode ser aplicado *in casu,* pois tal motivo não encontra respaldo em uma relação matrimonial, conforme dito a torpeza ocorre em caso de sentimentos de repugnância do agente contra a vítima, e no caso em tela se trata de uma conduta perpetrada dentro de uma relação marital.

No caso 02: "O crime imputado ao acusado não foi cometido por razões do sexo feminino, mas em razão de ciúmes e tal razão não se coaduna com a qualificadora feminicídio".

Em resumo, a argumentação, quer defensiva, quer acusatória, foca nos motivos do crime, colocando (i) o "sentimento egoístico de posse" como decorrente de relações afetivas, (ii) a violência doméstica e familiar como cenário do crime, (iii) haveria motivos mais ou menos justificáveis para a violência, (iv) argumentação no sentido da patologização do acusado. O "sentimento egoístico de posse" apontado como "naturalmente" decorrente da relação afetiva naturaliza este mesmo "sentimento" de posse. Uma "característica" "natural" do relacionamento esse "sentimento egoístico de posse", explicando a violência, que já é tomada como "contexto" daquela relação, segundo os termos dos processos. Quando se chega à morte – feminicídio –, pune-se, e de forma rigorosa (pela acumulação de qualificadoras), mas se continua a explicar, naturalizando, a violência da relação. A função do SJC de responder à violência protegendo pode se prejudicar: se a violência é descrita como natural, nem sempre é necessário nela intervir.

Ainda, a argumentação, principalmente pela defesa, focada no "sentimento egoístico de posse" pode levar à patologização do acusado. O perigo é de se retirar a responsabilidade do matador pelo ato: a violência pode ser tomada como derivada de um sentimento, fugindo à razão. A perspectiva de que o SJC se qualifique para responder à violência, a partir da criminalização do feminicídio, fragiliza-se ante a

possibilidade da continuação da imagem dos "crimes passionais". Possível a falta de imputação de responsabilidades, perde-se a frágil tentativa de provocar os atores judiciais para tornar gênero visível como marco de poder na produção da morte.

Da análise dos processos, percebeu-se que na argumentação é minorado o fato de um homem se sentir habilitado a matar uma mulher com quem convive frente a uma dissecação minuciosa e mais importante dos motivos – tomados como específicos – dentro da violência – tomada como genérica e naturalizada. O conflito é tido como constante e permitido em relações afetivas, e a força seria legítima para controle do conflito. O foco individualizante nos motivos do crime acaba por levar, nos processos analisados, à percepção da violência como natural, como já era denunciado pela literatura acontecer em processos de homicídios de mulheres (CORRÊA, 1983).

Naturalizar a violência é passar a permiti-la: o modo como se dá a argumentação importa para o que vai passar a ser ou não inteligível como violência para o sistema. Se a violência doméstica e familiar já é o "contexto" e o sentimento de posse é natural, a proteção de mulheres e a prevenção de novas violências pode se ver enfraquecida, o que fragilizaria também as propostas de acreditação do sistema de justiça criminal pela criminalização do feminicídio.

Ainda que haja maior reprovabilidade no sentido de potenciais penas mais altas pela acumulação de qualificadoras, essa argumentação focalizada nos motivos do crime – decorrente da própria ótica individualizadora do direito penal – parece dificultar a compreensão do marco de poder do gênero que é coletivo, produz a violência e que pode e deve ser transformado, facilitando argumentos que localizam em conflitos pessoais mais ou menos naturalizados – e talvez por isso inevitáveis – a razão da violência. Assim, a proposta de qualificação dos atores do SJC, de modo a visibilizarem as violências e responderem com proteção de mulheres, fragiliza-se frente a esses mecanismos argumentativos que mantêm a naturalização e, dessa forma, as promessas de desestabilização também se fragilizam.

4.1. Invisibilização da violência

A focalização nos motivos do crime, nos processos analisados, também pode trazer invisibilização das violências, o que é, de certa forma, uma decorrência da violência tomada como natural. Chama-se invisibilização porque as violências não são totalmente invisíveis – vem registradas no processo – mas se tornam invisíveis pela inação com que são tratadas. Em todos os processos, há relatos de violências acontecidas no passado ou com outras pessoas, às quais os agentes de justiça não fazem menção de reagir, senão para justificar a periculosidade do matador ou para enfatizar como o relacionamento era violento. Essas violências não

são apenas atribuíveis aos réus no processo penal; há também violências institucionais.

No caso 01 (tentativa de feminicídio), o acusado tenta matar a vítima com golpes de capacete, foge, vai até a casa de outra companheira e a esfaqueia. A polícia orienta esta última mulher sobre o boletim de ocorrência das lesões corporais – o inquérito é juntado aos autos. Essa mulher se nega a ir à delegacia, o inquérito é arquivado pelo Ministério Público por se negar a vítima a representar, mesmo se tratando de lesão corporal no âmbito de relações domésticas, crime de ação penal pública incondicionada. No caso 02 (feminicídio consumado), a vítima não conseguiu registrar ocorrência da primeira violência sob a justificativa policial de "ser feriado". Doze dias depois da morte, um oficial de justiça foi a sua casa oferecer a proteção da casa abrigo, o que foi certificado nos autos.

Nos casos 04 (tentativa de feminicídio) e 05 (tentativa de feminicídio), há relato de estupro ou tentativa de estupro da filha das vítimas. No caso 04, nove dias após a mulher registrar ocorrência e receber medidas protetivas, é esfaqueada pelo ex-companheiro. No caso 05, a vítima ficou período de quase dois meses no hospital, mas não houve juntada de laudo médico pericial a comprovar a materialidade do delito. Todas essas violências são utilizadas como justificativa do "contexto" de violência doméstica e familiar vivenciado. São perguntas constantes às testemunhas, na polícia ou em juízo, as que tratam do relacionamento da vítima com o acusado. Não se está interessado na repetição de padrões de violência contra a vítima – a identificação do governo da vida pelo gênero possibilitando a morte – e sim, na caracterização do "contexto".

As histórias de violência vão se perdendo: não seriam "tão importantes" (VÁSQUEZ, 2016), invisibilizadas. As recomendações do manual "Diretrizes Nacionais Feminicídio..." são tendentes a modificar a percepção dos atores judiciais para que se evite a repetição de violências, protegendo vítimas potenciais, tentadas ou pessoas próximas. Assim, há orientações no sentido de proteção e prevenção em face de nova vitimização ocorrida após o registro de ocorrência: medidas protetivas e preventivas da Lei Maria da Penha, manutenção de contato com a vítima, inclusão em programas de proteção de testemunhas, monitoramento eletrônico, inclusão em programas de atenção em saúde (BRASIL, 2016). Da análise dos processos, percebeu-se que os agentes não atuaram minimamente segundo se espera, perdendo a chance de intervir em violência – seja para quem sobreviveu ao feminicídio tentado ou a lesão corporal, seja para pessoas próximas à vítima.

Não há intervenção penal face ao esfaqueamento da outra vítima no caso 01, nem após a violência sofrida pela vítima do caso 02, em que a proteção da casa abrigo vem tarde. A literatura que tratou de processos de homicídios de mulheres já apontava

que "[...] a violência física dos acusados é regularmente referida pelas testemunhas e da mesma maneira deixada de lado por uma discussão de motivos alheios a ela ou às condições que a produzem" (CORRÊA, 1983, p. 283). A resposta dada pelos agentes de justiça – ao oferecerem casa abrigo à morta, não registrarem ocorrência, não darem seguimento a inquérito de ação penal pública incondicionada – é nova violência. Não só as promessas de acreditação no SJC, como as propostas de desestabilização se veem fragilizadas nos casos analisados, já que apenas a "violência fatal" parece ser inteligível, e apenas para punição do agressor (VÁSQUEZ, 2016).

4.2. Gênero como pré-requisito

Outro risco percebido nessa focalização nos motivos nos processos analisados é a tentativa da defesa de tentar criar uma lista de possibilidades – uma lista de pré-requisitos – a serem verificadas para que o regime de governo da vida pelo gênero seja considerado como o que possibilita a morte ou tentativa de morte da mulher. Esse risco vem, novamente, da ótica do direito penal: crime é fato típico, ilícito e culpável. Para que um crime seja configurado, no sentido da tipicidade, todos os "elementos" da lei penal incriminadora devem ter "acontecido" quando da prática do crime.[27] A tipicidade evita a arbitrariedade estatal: é uma garantia de que as pessoas sujeitas à lei penal só sejam punidas por fatos anteriormente descritos como crime, e para que sejam punidas somente quando cometem exatamente o que a lei prescreve como crime.

Em se obedecendo à tipicidade, então, faz sentido pensar a necessidade dos agentes de justiça em procurar observar, no feminicídio ou feminicídio tentado, a ocorrência de "razões da condição de sexo feminino". O manual "Diretrizes Nacionais: Feminicídio...", inclusive, traz como investigar a ocorrência dessas "razões da condição de sexo feminino": por exemplo, o olhar do agente de justiça para além do contexto individual – modelo ecológico de percepção da violência – e a busca por outras violências com as mesmas partes registradas no sistema de justiça. Traz também orientações para que não se procure justificar a violência sofrida pela mulher com base em estereótipos, culpabilizando-a. (BRASIL, 2016).

Nos processos analisados, a defesa do réu buscou a criação de requisitos para a configuração de feminicídio. Como exemplo nos processos, argumentação do advogado de defesa do caso 03:

> A vítima e o agressor eram casados há cerca de 20 anos, sem, contudo, haver submissão econômica e financeira, sendo ambos policiais militares que recebiam suas respectivas remunerações. [...] Foi o comportamento infiel da

27. Sem considerar, claro, a análise da culpabilidade e da ilicitude.

> vítima ao extrapolar o limite do tolerável, ao informar que estava tendo um caso com o compadre [...] Não obedecia aos comandos do marido, já havia realizado diversas cirurgias de estética, prótese mamária e abdominoplastia, demonstrando total autonomia sobre sua vida. [...] não há elementos de que o crime foi cometido por sentimento machista [...].

No caso 02, a defensoria pública diz que:

> Um homem que mata sua companheira por ciúme não o faz porque ela é mulher, mas porque ela pretende se separar dele, porque o traiu ou por sentir um ciúme doentio, por exemplo. [...] Não mata porque a vítima é mulher, mas porque sente ciúme, por viver uma situação amorosa conturbada que permeia entre o amor e o ódio.

No caso 04, advogado de defesa cita doutrinador (Rogério Sanches Cunha) para justificar a necessidade da conferência da vulnerabilidade: "[...] a incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher em contexto caracterizado por relação de poder e de submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade."

A defensoria pública, no caso 01, coloca que a relação entre vítima e matador não é "pública e notória", o que impossibilitaria até mesmo a aplicação da Lei Maria da Penha:

> O acusado e a vítima eram ex-conviventes, sendo discutível, inclusive, a aplicação da Lei Maria da Penha, pelo pouquíssimo tempo que passaram juntos, e pela ausência de notoriedade da relação, circunstância, aliás, admitida pela própria genitora da vítima [...].

A defesa passa a argumentar ser necessário, caso a caso, o cumprimento de um requisito – hipossuficiência, relação "pública e notória", matar "por ser mulher" ou por "sentimento machista" – para que haja reconhecimento da violência como sendo feminicídio. "Razões da condição de sexo feminino" passam a ter de ser, assim, conferidas caso a caso com um "requisito" a mais a ser cumprido para existir feminicídio. A perspectiva da defesa parece se alinhar, nesse início, à perspectiva de que só poderia ser vítima de violência aquela que correspondesse ao papel ideal de submissão à moral patriarcal: a que fosse financeiramente dependente, vulnerável em todos os aspectos de sua vida, que estivesse em uma relação estável. Essa seria a "vítima perfeita"[28]. Como já apontou Mariza Corrêa (1983),

28. A explicação utilizada para violência doméstica e familiar contra a mulher, o chamado "ciclo da violência", dividido entre aumento da tensão (sensação de perigo e dominação

apenas aquela mulher que se adequasse ao código de conduta social e da relação amorosa previsto para uma mulher por aqueles que julgam. O foco da proteção da lei, a vida da mulher – sendo feminicídio espécie de crime contra a vida –, passa a ser condicionado, pela defesa, a "vulnerabilidade", a "hipossuficiência", a "estabilidade da relação".

Esse tratamento de gênero como necessidade de preenchimento de requisitos, nos processos, só aparece na argumentação defensiva. Entretanto, seu apelo deve ser considerado: tentativas parecidas vêm ocorrendo com a Lei Maria da Penha no Judiciário. Na Terceira e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, existe o entendimento de que, para aplicação da Lei Maria da Penha, é necessária a vulnerabilidade da mulher na relação.[29] Ou seja, o risco da criação de requisitos para a aplicação de proteção baseada no gênero não é distante, no judiciário. O preenchimento de requisitos para a aplicação de "razões da condição de sexo feminino", se existente, pode levar a, mais uma vez, invisibilização da violência pelo SJC. Assim, a morte ou tentativa de morte de mulheres que não se encaixem ao requisito criado para a aplicação de feminicídio pode ser menos punida.

Feminicídio deixa de potencialmente ser pensando como denúncia do marco de poder do gênero nas mortes, aliado às perspectivas de proteger, prevenir, buscar uma atuação coerente e responsável para não repetição da violência e qualificação da resposta judicial. Reduz-se, portanto, seu potencial político, o que prejudica as promessas desestabilizadoras da lei de feminicídio. Além disso, a própria percepção de maior proteção e punição – propostas acreditadoras – se vê fragilizada, já que apenas algumas vítimas podem passar a ser ininteligíveis para o sistema, o que as desprotege e deixa impune quem as violenta. Levantam-se, portanto, questões sobre as limitações de um acionamento feminista do direito penal.

---

causada pelo agressor), o ataque violento e a fase de lua de mel (conciliação) é também modelo tendente à uniformização das vítimas inteligíveis para o sistema. O modelo do "ciclo da violência" é utilizado, inclusive, pelo "Manual Diretrizes Nacionais: Feminicídio..." (BRASIL, 2016). Mulheres em situação de violência que não correspondam ao ciclo podem ter dificuldade de reconhecimento dos direitos à proteção, prevenção de novas violências e assistência.

29. A argumentação é a seguinte: "Para a incidência da Lei Maria da Penha, faz-se necessária a demonstração da convivência íntima, bem como de uma situação de vulnerabilidade da mulher, que justifique a incidência da norma de caráter protetivo, hipótese esta configurada nos autos". Exemplos do Superior Tribunal de Justiça: (AgRg no REsp 1574112/GO, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 18.10.2016, *DJe* 07.11.2016), (AgRg no REsp 1430724/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 17.03.2015, *DJe* 24.03.2015).

5. Considerações finais

A naturalização das violências, sua invisibilização e gênero tomado como pré-requisito, portanto, são os problemas identificados no início da aplicação da lei no Distrito Federal, a partir da análise dos debates processuais sobre a natureza da qualificadora feminicídio. Esses problemas remetem às tensões anunciadas pela literatura quanto à dificuldade de acionamento do direito penal por demandas gênero-específicas, dadas as limitações desse ramo do direito. A própria ótica individualizante e redutora do direito penal tende a fazer com que requisitos sejam cumpridos para que haja a caracterização de um crime, tende a valorar motivos e a trabalhar com fatos fora de seu contexto. A focalização nos motivos, nos debates processuais analisados, parece manter a moral permissiva da violência contra mulheres, criar a potencialidade de restrição da proteção para apenas algumas mulheres, além de silenciar violências.

A focalização no motivo do crime acabou, então, por potencialmente naturalizar a violência contra a mulher nos debates processuais, como já denunciado pela literatura. Assim, a posse é colocada como natural em relações afetivas e isso é um problema ao deixar implícita a permissão da dominação da mulher pelo homem em relações afetivas (CORRÊA, 1983). A naturalização da violência se opõe à visibilização da violência e pode afetar negativamente a resposta protetiva e preventiva esperada do sistema de justiça, o que fragiliza as promessas de acreditação no sistema de justiça criminal pela criminalização do feminicídio. A focalização no motivo do crime também levou à observação de dois riscos: (i) a invisibilização das violências e (ii) uma possibilidade de uso do debate sobre gênero menos como marco de poder da matança de mulheres e mais como um requisito maleável a ser preenchido para configuração ou não de feminicídio.

O problema dessa invisibilização é que apenas a violência fatal é percebida, enquanto que outras violências são tomadas como menores e, portanto, não necessitadas da intervenção estatal. Maria não ter conseguido registrar ocorrência e ter recebido a proteção da casa abrigo apenas doze dias após sua morte são exemplos da violência institucional que também é invisibilizada nos processos judiciais. Assim, a forma com que os debates processuais percebem a violência fragiliza as respostas protetivas de mulheres e de prevenção de novas violências esperadas do sistema de justiça. As promessas de acreditação no sistema de justiça criminal, assim, mais uma vez, parecem se fragilizar no início do debate processual no Distrito Federal.

O uso do debate sobre gênero menos como marco de poder da matança de mulheres e mais como um requisito maleável para configuração de feminicídio é perceptível nos processos analisados por meio da argumentação dos advogados

de defesa e defensores públicos dos acusados, no sentido de tentar criar requisitos como "hipossuficiência", "vulnerabilidade", existência de "relação estável" para a aplicação de "razões da condição de sexo feminino" aos casos. Aqui há um problema porque há a potencialidade de deslocamento da proteção da vida de todas as mulheres para a vida de algumas, que obedecem aos requisitos: ou seja, há a possibilidade de eleição de vítimas a serem "protegidas".

Gênero deixa de ser uma provocação sobre marcos de poder para pensar como o SJC pode responder em termos de evitar a violência contra a mulher – como pretendem as promessas de desestabilização – e passa a ser mais um requisito, ainda condicionado, para se enxergar a morte como feminicídio. As promessas de desestabilização do SJC pela criminalização do feminicídio também se fragilizam, nos primeiros debates processuais no Distrito Federal. Em resumo, nos processos analisados, o crime é nomeado feminicídio, mesmo havendo a arriscada disputa em torno do que são "motivos" para o crime ou da criação de requisitos para sua configuração.

Nomear, assim, parece acontecer, mesmo que de forma disputada. Todos os casos analisados foram de feminicídios íntimos (justificados pelo art. 121, § 2º-A, I, do Código Penal): a jurisprudência, até o momento, só se pronunciou sobre eles. Todos os acórdãos e decisões judiciais analisados relacionam feminicídio a violência doméstica e familiar contra a mulher, já que em todos os casos foi possível associar a morte a uma relação afetiva anterior. Nomear, assim, também pode vir a ser uma potencialidade da criminalização do feminicídio que se encontra tensionada, já que apenas algumas mortes podem estar sendo percebidas pelo SJC como feminicídio – apenas as mortes ocorridas dentro de relações familiares e domésticas – sendo que o governo da vida das mulheres pelo gênero vai além do espaço da casa.

As perspectivas para o *conhecer* quantas e quais são as mulheres que morrem a partir da criminalização do feminicídio são de frágil resposta, neste trabalho: a lei ainda está começando a ser aplicada. Entretanto, as dificuldades de procura dos processos judiciais para esse trabalho, bem como a ausência de estatísticas representativas sinalizam que a nomeação do crime ainda não facilitou o processamento de dados de mortes de mulheres nos órgãos de justiça. A tentativa da criação de requisitos para aplicação de "razões da condição de sexo feminino", sinaliza a apreensão despolitizada de gênero, o que diminui o potencial de *denúncia* das mortes com base no gênero. Ainda em relação à *denúncia,* o foco nos motivos, como já exposto, leva a uma perspectiva naturalizada sobre a violência: as relações de poder entre homens e mulheres na casa seriam tomadas como naturalmente assimétricas e sujeitas à imposição de força. Há também o conflito entre

a percepção individualizada dos motivos e a expectativa do potencial de denúncia do governo da vida de mulheres pelo gênero.

A lei de feminicídio, assim, não parece, nesse início, corresponder às expectativas de transformação do modo como o SJC lida com a morte de mulheres: o encaminhamento judicial dos casos ainda chancela a violência. Gênero ou "razões da condição de sexo feminino" não levando à provocação dos atores judiciais sobre o marco de poder – o que acontece nesses processos – diminui a potencialidade de qualificação do SJC para responder à violência, por meio de *proteção* e *prevenção*. Ainda, o registro nos próprios processos das violências não tratadas sinaliza um processo de invisibilização da violência, tornando frágeis as promessas de *proteção* e de *prevenção* de violências com a criminalização do feminicídio.

Em relação à *punição*, esse estudo não analisou as penas aplicadas, já que nem todos os processos tinham passado por julgamento do réu. Algumas sugestões podem ser apontadas, entretanto. A posição majoritária pela acumulação de qualificadoras sugere maiores penas, ainda que a punição dos matadores já não parecesse ser um problema no Distrito Federal: eles costumavam ser punidos, e com penas altas (DINIZ; COSTA; GUMIERI, 2015). Mesmo assim, a justificativa da posição majoritária, pela qualificadora feminicídio ser objetiva, continua a afirmar a necessidade de punição, já que sem a acumulação de motivo torpe e feminicídio, a lei seria, para os promotores de justiça, inócua.

Em resumo, tanto as propostas de *acreditação*, sintetizadas na proteção, punição e prevenção, como as propostas de *desestabilização*, sintetizadas no denunciar, conhecer e nomear, parecem tensionadas no início da aplicação da lei no Distrito Federal. As dificuldades do acionamento do SJC por demandas gênero-específicas parecem se manter, portanto: a focalização dos debates nos motivos individualiza a morte, enquanto as potencialidades da criminalização do feminicídio procuravam provocar, também, o questionamento de sua permissividade nas estruturas de poder. A resposta mais favorável às mulheres defendida neste trabalho é a de que há limites na aposta da criminalização do feminicídio, mas que essa aposta pode ser direcionada ao potencial de denunciar, conhecer e nomear as mortes de mulheres por serem mulheres. O modo como a lei começa a ser aplicada no Distrito Federal sugere a dificuldade em se romper os velhos hábitos denunciados pela literatura: a naturalização da violência na relação afetiva, o que pode levar à invisibilização das violências e à criação de requisitos para a aplicação de feminicídio.

A denúncia de que o controle da dominação do gênero sobre a vida de mulheres seria apenas atualizado e não subvertido (DINIZ, 2015) continua a se fazer presente. Feminicídio não é apenas o meio ou modo (qualificadora objetiva)

ou ainda o motivo (qualificadora subjetiva) pelo qual a mulher morre. O debate entre ser a qualificadora objetiva ou subjetiva não é meramente doutrinário ou floreio jurídico, trazendo consequências. Isso porque o debate em defesa de uma ou de outra perspectiva, no Distrito Federal, não é favorável às mulheres, já que mantém o discurso de permissão da violência, seja pelo marco de poder do gênero ser tratado como *checklist* para configuração do crime, seja pela naturalização ou invisibilização da violência. Feminicídio é o meio, é o modo, é o motivo pelo qual se morre por ser mulher. Ser feminicídio uma qualificadora ajuda, mas não é a única causa da dificuldade da apreensão de demandas gênero-específicas pelo direito penal. Os crimes são nomeados como feminicídio, mas as formas como o são não conseguem desestabilizar o governo da vida pelo gênero, nos processos analisados: senão reforçá-lo. Continuar o debate em relação às formas com que SJC age é uma necessidade.

Assim, como não seriam muitas as mudanças, já que as dificuldades apontadas pela literatura continuam a acontecer, seria necessário continuar buscando a modificação, dentro do próprio campo do direito, da forma com que o SJC trata as mulheres. O propósito deste trabalho, de procurar observar como feminicídio está começando a ser tratado no Distrito Federal, veio dessas inquietações sobre a atuação do sistema de justiça frente a uma lei tão cheia de promessas. Vigiar e denunciar a aplicação do feminicídio é necessário: debater a morte de mulheres fora do direito penal é continuar deixando as relações de poderes como estão, já que, como exposto, esse ramo do direito é um campo capaz de manter e reforçar desigualdades (DINIZ, 2014 e 2015).

Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 26., n. 50, p. 71-102, jul. 2005.

ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher*: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Feminicídio: o equívoco do pretenso direito penal emancipador. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 270, n. 23, p. 03-04, maio 2015.

BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203-219, jan.-mar. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1*: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010a.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2*: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Sobre o feminicídio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 270, n. 23, p. 04-05, maio 2015.

CORRÊA, Mariza. *Os crimes da paixão*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

CORRÊA, Mariza. *Morte em família:* representações jurídicas de papéis sociais. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

DINIZ, Debora. Perspectivas e articulações de uma pesquisa feminista. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane Rodrigues de; ZANELLO, Valeska. *Estudos feministas e de gênero*: articulações e perspectivas. Ilha de Santa Catarina: Mulheres, 2014.

DINIZ, Debora. Feminismo: modos de ver e mover-se. In: DINIZ, Debora et al. *O que é feminismo?* Lisboa: Escolar Editora, 2015.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 114, p. 225-239, maio-jun. 2015.

DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. *Violência do gênero no Brasil*: ambiguidades da política criminal. No prelo.

FARGE, Arlette. *O sabor do arquivo*. Trad. Fátima Murad. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 23/24, p. 95-106, 2016.

FOUCAULT, Michel. A vida dos homens infames. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber. Ditos e escritos IV*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Mulheres brasileiras e gênero no espaço público e privado*. Agosto de 2010. Disponível em: [http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra_0.pdf].

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídio e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. *Revista Gênero & Direito*, João Pessoa, n. 1, p. 188-215, 2015.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. In: BULLEN, Margaret; MINTEGUI, Carmen Diez (Orgs). *Retos teóricos y nuevas prácticas*. Donostia: Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Marta (Coord.). *A violência doméstica fatal*: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em: [www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/04/Cejus_FGV_feminicidiointimo2015.pdf].

MACHADO, Marta; MATSUDA, Fernanda. Um copo meio cheio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 270, n. 23, p. 05-06, maio 2015.

MARGARITES, Anne. *Femicídios em Porto Alegre*: uma análise crítica de inquéritos policiais. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2015.

MELLO, Adriana Ramos. Breves comentários à Lei 13104/2015. *Direito em movimento*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 49-69, 2 sem. 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista*. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PASINATO, Wânia. "Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos PAGU*, Campinas, n. 37, p. 220-246, jul.-dez. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008].

PAZ, Potiguara de Oliveira. Feminicídios rurais*:* uma análise de gênero. *Revista Baiana de Enfermagem*, Salvador, v. 30, n.2, p. 01-11, abr.-jun. 2016.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. SEGATO, Rita Laura. Qué es um feminicídio: notas para un debate emergente. *Série Antropologia*: 401. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. *La aplicacion de leyes sobre femicidio/feminicidio en America Latina (Primeras Evaluaciones)*. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 82-92, jan.-mar. 2016.

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da Violência 2015*: homicídio de mulheres no Brasil. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 20.08.2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero, de Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 146/273-303 (DTR\2018\18282);
- Criação de lei e racionalidade penal moderna: o caso da criação da lei do feminicídio no Brasil, de Clara Flores Seixas de Oliveira e Mariana Thorstensen Possas – *RBCCrim* 150/17-53 (DTR\2018\22437); e
- Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio, de Débora Moreira Maia e Pedro Paulo da Cunha Ferreira – *RT* 973/219-243 (DTR\2016\24369).

A (in)visibilidade das medidas de segurança no Brasil: um estudo empírico das publicações em revistas brasileiras sobre ciências criminais

The (in) visibility of safety measures in Brazil: an empirical study of publications in Brazilian journals about criminal sciences

Thayara Castelo Branco

Doutora em Ciências Criminais pela PUC-RS, com área de pesquisa em Violência, Crime e Segurança Pública (2016). Mestra em Ciências Criminais pela PUC-RS, com linha de pesquisa em Criminologia e Controle Social (2010). Especialista em Ciências Criminais pelo CESUSC (2008). Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MA. Professora da graduação e da pós-graduação da Univ. CEUMA. Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Univ. Ceuma. Professora substituta da UEMA. Pesquisa sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos. Advogada.
thaybranco@yahoo.com.br

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas e da Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior de Maringá (UNICESUMAR). Professor da Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Estadual de Maringá (UEM), Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), Instituto Paranaense de Educação (IPE-PR), Universidade CEUMA, FEEVALE, UNISINOS e UCS. Bolsista de Produtividade do ICETi.
gustavonoronhadeavila@gmail.com

Érika Mendes de Carvalho

Pós-doutora e Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Bolsista do PNPD/CAPES junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
erika.mendes0510@hotmail.com

Recebido em: 01.02.2018
Aprovado em: 29.10.2018
Última versão do(a) autor(a): 19.11.2018

Castelo Branco, Thayara; Ávila, Gustavo Noronha de; Carvalho, Érika Mendes de. A (in)visibilidade das medidas de segurança no Brasil: um estudo empírico das publicações em revistas brasileiras sobre ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 152. ano 27. p. 499-530. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2019.

Área do Direito: Penal

Resumo: Neste artigo objetiva-se avaliar a (in) visibilidade dada ao tema das medidas de segurança e os reflexos disso em dois periódicos brasileiros de Ciências Criminais (Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista de Estudos Criminais). Para tanto, analisamos 495 artigos publicados nos últimos cinco anos, comparando o número de textos publicados sobre "encarceramento em massa" e "medida de segurança". Foi utilizada a técnica de pesquisa da análise de conteúdo para sistematização dos dados, após quantificados estatisticamente. Constata-se a prevalência do tema do aprisionamento em massa de imputáveis e o espaço ainda residual ocupado pela crítica ao instituto das medidas de segurança. Isto revela a invisibilidade dada ao tema das medidas de segurança, mesmo em periódicos de perfil teórico-crítico.

Palavras-chave: Medidas de segurança – Encarceramento em massa – Sofrimento psíquico – crítica criminológica – Invisibilidade acadêmica.

Abstract: This article aims to evaluate the visibility (or not) given to the measures of security theme and its repercussions in two Brazilian journals of Criminal Sciences (Brazilian journal of Criminal Sciences and Criminal Studies Journal). 495 articles published in the last five years were analyzed, comparing the number of published texts refering the terms "mass incarceration" and "measures of security". The technique of content analysis was used to data systematization and further statistical quantification. It was verified the prevalence of the issue of the mass imprisonment of imputable persons and a residual space occupied by the criticism on the measures of security. This reveals the invisibility given to the matter of the measures of security even in journals with a critical profile.

Keywords: Measures of security – Mass imprisonment – Psychic suffering – Criminological criticism – Academic invisibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. As medidas de segurança no Brasil: pontos de partida da (in) visibilidade. 2.1. A contenção disciplinar dos indesejáveis perigosos. 2.2. A contenção jurídico-penal-psiquiátrica dos indesejáveis criminosos. 3. Um estudo empírico: a frequência de tratamento do tema das medidas de segurança nas Revistas Brasileiras de Ciências Criminais entre 2013 e 2017. 3.1. Considerações metodológicas. 3.2. Caracterização da amostra. 3.3. Descrição. 3.3.1. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 3.3.2. Revista de Estudos Criminais. 3.3.3. Totais das amostras: comparando os dados dos periódicos analisados. 4. Crítica criminológica ao esquecimento penal-psiquiátrico. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

As Criminologias Críticas e os movimentos abolicionistas tiveram grande papel neste processo. No Brasil, a Lei 10.216/01 – conhecida como Lei Antimanicomial – foi o grande marco de um movimento reformador que surgiu no final da década de setenta, diante da necessidade da busca de um novo tipo de relação

entre doente, médico e sociedade, em busca de um tratamento que não precisasse institucionalizar-se em regras e ordens codificadas e de formulação de um esboço de sistema que, por sua utilidade passageira, pudesse ser transcendido. E mais, o movimento objetivou visibilizar a figura do sujeito conhecido (pejorativamente) como doente mental, como *pessoa* em sofrimento psíquico detentora de direitos e garantias fundamentais.

Trabalhar com medidas de segurança constitui um dos grandes nós górdios de nosso Sistema Penal. Especialmente a partir dos estudos de Michel Foucault e da antipsiquiatria italiana, foi possível fraturar violentamente as perspectivas normalizadoras da Medicina e do Direito.

Nessa linha, o presente ensaio parte do seguinte questionamento: mesmo diante dos movimentos reformadores e da imensa necessidade de pesquisas e investigações sobre o tema, as produções acadêmicas da ciência criminal brasileira têm dado visibilidade ao problema das medidas de segurança no Brasil?

A hipótese inicial é a de que o número de produções acadêmicas acerca do tema do encarceramento em massa parece ser bastante superior aos textos acerca das medidas de segurança. Isto poderia indicar um menor nível de atenção e visibilidade ao tema por parte da academia jurídico-penal brasileira.

Partindo de um referencial crítico-reflexivo e interdisciplinar, faz-se uma investigação específica a partir da análise das publicações jurídicas realizadas nos últimos dez anos, em dois dos mais conceituados periódicos da ciência criminal brasileira: a Revista Brasileira de Ciências Criminais e a Revista de Estudos Criminais. Levantamos o número de produções sobre encarceramento em massa e medida de segurança, comparando-os logo a seguir.

Acredita-se que a visibilidade do problema do sofrimento psíquico é crucial para sua discussão e sensibilização das dores[1] dos institucionalizados, que estão distribuídas, fracionadas, quantificadas e medidas pelo sistema penal. Dores essas que se encontram tanto no massivo encarceramento em prisões como na também expressiva internação de portadores de sofrimento psíquico. Espaços à crítica acadêmica podem e devem ser ampliados, especialmente a partir do reconhecimento de que há muito a avançar quando se pretende denunciar a exclusão pelo confinamento.

1. Cf. CHRISTIE, Nils. *Limites à Dor:* O Papel da Punição na Política Criminal. Tradução de Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

2. As medidas de segurança no Brasil: pontos de partida da (in)visibilidade

Em meados do século XIX, com os avanços das ciências biológicas, ocorreu a confirmação da biologização dos comportamentos humanos, que se tornaram resultado imediato das leis biológicas e naturais. Consequentemente, esses discursos produziram inúmeras orientações teóricas e práticas – como o evolucionismo, a antropometria, a frenologia, a antropologia, o racismo científico, dentre outros – consolidando, precipuamente, o paradigma etiológico-determinista.

É no período novecentista que a apreensão das diferenças transforma-se na proposta teórica universal e globalizante: naturalizar as diferenças. "O projeto grandioso que pretendia retirar a diversidade humana do reino da cultura para localizá-la na moradia segura da ciência determinista do século XIX, deixava pouco espaço para o arbítrio do indivíduo"[2].

Esse modelo cientificista foi plenamente desenvolvido no Brasil. A partir da 2ª metade do século XIX, a política apoiada na Medicina Social (com seu programa normalizador-sanitário da sociedade), desenvolveu a nova relação entre a medicina e o Estado: a política cientificizada. A estrutura de controle-terapêutico social edificou-se sobre bases hospitalares (psiquiátricas), instituições estratégicas de controle e normalização, que naturalizaram a violência através do isolamento, da vigilância e da medicalização, embasando diretamente, o Sistema de Justiça Criminal ligado à pessoa em sofrimento psíquico.

Faz-se importante apresentar esse contexto histórico de exclusão, contenção e violência para que se possa entender, pelo menos por uma via de análise, as diversas consequências do tema, tais como: abandono social, jurídico, político, e sobretudo, acadêmico, que é um dos pontos cruciais da presente pesquisa.

2.1. A contenção disciplinar dos indesejáveis perigosos

O lugar das separações dos indivíduos em sofrimento psíquico e pobres em espaços físicos próprios começou a delinear-se em meados do século XIX, no Brasil, exatamente porque essas pessoas eram encontradas em lugares inadequados (ruas, prisões, asilos de mendigos). Durante o período colonial, as principais cidades brasileiras detinham somente um hospital (Santa Casa de Misericór-

2. SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil -1870-1930. São Paulo: Cia das Letras, 1993. p. 65.

dia[3]), que funcionava precariamente e não era considerado *lugar de cura, mas de salvação*. Esses espaços também recebiam pessoas com problemas psíquicos que lá ficavam em porões, sem tratamento adequado.

A instituição hospitalar como instrumento terapêutico é uma invenção relativamente nova, que data do final do século XVIII[4]. Antes disso, o hospital era uma instituição de assistência aos pobres, como também de exclusão e separação daqueles. O pobre tinha necessidade de assistência e, como doente, era perigoso. Logo, o hospital deveria estar pronto tanto para recebê-lo quanto para prevenir a comunidade do perigo que ele representava.

A Colônia sofria com a insuficiência de médicos. A maior parte da atividade médica era realizada por curandeiros, herdeiros de conhecimentos africanos e indígenas, ou por práticos que tinham suas atividades fiscalizadas, até 1872, pelos cirurgiões-mores do Reino. Segundo Lilia Lobo[5], os médicos eram escassos, submetidos às ordens da administração leiga das Santas Casas, sendo que muitas das tarefas eram desempenhadas por cirurgiões-barbeiro, geralmente escravos que conheciam a arte de sangrar.

Em 1829, criou-se a Sociedade de Medicina e, a partir daí, as academias médico-cirúrgicas foram transformadas em "faculdades de medicina", atribuindo a concessão do título de doutor em medicina aos formados. Apesar da grande dificuldade de colocar em funcionamento a escola médica brasileira – com pouca capacitação dos professores, escassez de livros, falta de verbas, falta de estrutura –,

3. "Herança cultural típica dos territórios de colonização portuguesa, a confraria leiga católica 'Irmandade da Misericórdia' esteve presente nas principais cidades brasileiras desde o século XVI. Embora inicialmente nem todas as Irmandades brasileiras mantivessem hospitais de caridade, com o passar do tempo, uma de suas principais atribuições tornou-se o denominado cuidado curativo dos pobres, que se estendeu aos alienados a partir do século XIX". (ODA, Ana Maria Galdini Raimundo; DALGALARRONDO, P. História das primeiras instituições para alienados no Brasil. In: *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. v. 12, n. 3, set.-dez., 2005. p. 985). "Coube à cidade de Santos, na capitania de São Vicente, a primeira Misericórdia do Brasil em 1543, seguindo-se de várias outras – Vitória em 1551, Olinda e Ilhéus em 1560 e, no final do mesmo século, São Paulo e Porto Seguro. No século XVII a irmandade acrescentou outras Santas Casas em Sergipe, Paraíba, Belém, Igarassu e São Luís. A data da fundação da Misericórdia de Salvador é incerta e a do Rio de Janeiro possui controvérsias interessantes para a genealogia das instituições de caridade e o caráter de suas iniciativas" (LOBO, Lilia Ferreira. *Os infames da história*: pobres, escravos e deficientes no Brasil. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008. p. 279-284).
4. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1979. p. 99-101.
5. LOBO, Lilia Ferreira. *Os infames da história...*, p 287.

os primeiros 40 anos desse audacioso projeto foram fundamentais para a consolidação do saber médico-científico no Brasil.

Influenciados pelos movimentos europeus e a medicina social, os especialistas pressionavam por a construção de uma instituição asilar específica para transtornos mentais e, em 1841, D. Pedro II assinou o decreto da fundação do primeiro hospital psiquiátrico brasileiro, inaugurado em 1852 na cidade do Rio de Janeiro, ainda sob a administração da Santa Casa de Misericórdia. Os declarados "loucos" passaram a ser considerados doentes mentais, com um local próprio para reclusão e "tratamento".

Mas quem eram, de fato, essas pessoas rotuladas como "loucas" e "perigosas"? Como eram e por que eram assim classificadas? Quais foram as consequências dessa rotulação?

As referências que se tem sobre o assunto revelam que essas pessoas estavam entre os miseráveis espalhados pela cidade, índios, negros degenerados, trabalhadores, camponeses, imigrantes, mendigos, desempregados, retirantes, ou seja, os assim considerados perigosos para a ordem pública e a sociedade de bem, mas que estavam longe de oferecer riscos ou apresentar transtornos mentais efetivos, quadro este não muito diferente da Europa[6].

Como bem determinava o plano político de *normalização* da medicina social, era preciso *conter e vigiar* os indesejáveis, *garantir segurança* e *limpar/higienizar* o espaço público. E essa classificação dava-se por algo que a psiquiatria – que ali se iniciava – convencionou chamar de doença mental. Não havia nenhum rigor médico-psiquiátrico-científico para tal categorização, melhor dizendo, a condição era ser considerado um *indesejado social,* exclusivamente.

A denominação de "louco potencialmente perigoso" estava diretamente vinculada à condição social. Os ricos que, por ventura, apresentassem algum sofrimento psíquico, jamais seriam considerados perigosos e/ou encaminhados para uma instituição asilar, pelo contrário, eram vistos de forma humanitária, tratados em ambiente domiciliar, sendo preservado, sobretudo, o convívio social. Logo, o "tratamento" de exclusão e contenção tinha seu alvo certo: pobres e miseráveis que incomodassem de alguma forma. "O destino asilar é predominantemente decorrente do lugar social do paciente e não consequência de uma patologia"[7].

6. AMARANTE, Paulo. Asilos, alienados e alienistas: pequena história da psiquiatria no Brasil. In: AMARANTE, Paulo (Org.). *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica.* Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994. p. 75.

7. TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. Cidadania, classes populares e doença mental. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário (Orgs.). *Cidadania e Loucura*: políticas de saúde mental no Brasil. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 12.

A Psiquiatria tornou-se especialidade médica autônoma. Tinha-se um novo objeto de sujeição institucionalmente reconhecido, com um novo sujeito do saber: o louco. Nesse cenário, parece claro o que Foucault[8] chamou de "emergência das técnicas de normalização", que são poderes não somente entendidos como efeito de conexão entre saber médico, judiciário e político, mas que se constituíram com autonomia e regras próprias, atravessando e estendendo sua soberania em toda a sociedade, sem apoiar-se exclusivamente em nenhuma instituição específica. Os poderes de normalização utilizam um discurso que não se organiza apenas em torno da perversidade, mas do medo, da moralização, da contenção e da hipocrisia.

A criação do Hospital D. Pedro II e dos demais hospitais psiquiátricos no final do século XIX e início do século XX não cumpriu satisfatoriamente a função simbólica (de tratamento), mas sim as funções reais perante a sociedade, como instituições que pudessem resolver o problema sanitário e da segurança pública. Tinha-se uma superpopulação psiquiátrica (de certa forma carcerária) de "alienados fabricados" que, com o passar dos anos, crescia abruptamente, o que correspondia às políticas públicas traçadas pela medicina social. Esses estabelecimentos, portanto, "tornaram-se lugares exclusivos de guarda, terrenos devastados por uma gestão puramente administrativa do desvio. Os psiquiatras repetiram o ritualismo monótono da segregação social"[9].

2.2. A contenção jurídico-penal-psiquiátrica dos indesejáveis criminosos

Com base na Criminologia Positivista – que surgiu, sobretudo, da medicina social com aportes policialescos -, os médicos (criminólogos) brasileiros "encontraram" (como estratégia político-criminal) o corpo "doente" que tanto procuravam no "indesejado e inútil criminoso"; comprovaram e precisavam traduzir essas pesquisas e (con)firmações, juridicamente. Estava aberto o caminho para se afirmar que se alguém fosse preso, privado de suas garantias de cidadão, ocorreria não apenas em razão de ter sido cometido um injusto penal, *mas em razão de uma doença que se queria curar*. "A prisão, como forma de intimidação, de vingança, estava em desuso ou fora de moda. O judiciário 'humanizou-se', no curso do século XIX, em nosso país, ao mesmo tempo que incorporou o desenvolvimento da ciência. *A prisão se dava em nome da cura e em benefício do próprio preso*"[10].

8. FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 32.
9. CASTEL, Robert. *O psicanalismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 142.
10. RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 39-40.

Em busca da proteção e da segurança social, do "benefício" do sujeito (criminoso e doente), da "terapêutica humanitária", da prevenção, essa via penalógica de tratamento, fecundava uma codificação e uma legislação transversal (de áreas afins) coerente com suas bases ideológicas, mas transvestida do que se denominou de "mito do Direito Penal igualitário"[11] – sedutor, simbólico e (i)legítimo.

O Código Penal de 1940 – rigoroso, rígido e autoritário ideologicamente – que conciliou traços neoclássicos com os aportes da criminologia positivista e, sendo assim, inovou com a criação do sistema do *duplo binário* e implantação das *medidas de segurança (pessoais e patrimoniais)*[12] no Brasil.

O sistema do duplo binário (ou dualista)[13] autorizou a acumulação ou sucessão de duas reações penais. A medida de segurança passou a ser aplicada tanto em casos de inimputabilidade, como complemento da pena privativa de liberdade – nesse caso, dirigida a imputáveis.

---

11. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.

12. O Brasil adotou as medidas de segurança em 1940 e dividiu-as em patrimoniais e pessoais (essas podendo ser detentivas e não detentivas) nos seguintes termos: "Art. 88. As medidas de segurança dividem-se em patrimoniais e pessoais. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco são as medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividem-se em detentivas ou não detentivas. § 1º São medidas detentivas: I – internação em manicômio judiciário; II – internação em casa de custódia e tratamento; III – a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. § 2º São medidas não detentivas: I – a liberdade vigiada; II – a proibição de frequentar determinados lugares; III – o exílio local. Art. 89. Onde não há estabelecimento adequado, a medida detentiva, segundo a sua natureza, é executada em secção especial de outro estabelecimento".

13. Esse sistema está vigente até hoje em Portugal. No entanto, ressalta Figueiredo Dias que "nosso sistema é decerto monista no sentido de não permitir a aplicação ao *mesmo* agente, pelo *mesmo* facto, de uma pena e de uma medida de segurança complementar privativa de liberdade. Ele é, todavia, dualista, não só no sentido de conhecer a existência de penas e de medidas de segurança, mas também no sentido de aplicar medidas de segurança não detentivas a imputáveis (arts. 97 e ss.), como ainda no de aplicar cumulativamente no mesmo processo, ao mesmo agente embora por factos *diversos,* penas e medidas de segurança." (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português* – parte geral – as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 419-420). Sobre aplicação das medidas de segurança em Portugal, ver também: ANTUNES, Maria João. *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica.* Coimbra: Coimbra Editora, 2002; e ANTUNES, Maria João. *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis* – dos arts. 103, 104 e 105 do código penal de 1982. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

As inovações do Código Penal foram decorrentes do positivismo criminológico. Nessa perspectiva, a concepção de pena em seu sentido punitivo e retributivo propriamente dito foi sendo substituída pelo sedutor dispositivo que a justifica como "tratamento", "cura", "readaptação" e "ressocialização" do "criminoso", reflexo do já mencionado *direito penal de tratamento*. Para Elena Larrauri e José Moliné,

> la escuela positivista prometió más eficacia en la reducción del delito, al defender la personalidad de la persona delincuente, frente a la normalidad del resto de ciudadanos convencionales, la necesidad de alejarse de abstracciones teóricas, no comprobadas empíricamente y la conveniencia de que el trato con los delincuentes no fuera obra exclusiva de los juristas[14].

A medida de segurança, enquanto complemento de pena, visava a resolver a ineficácia da pena comum, quando aplicada a cidadãos considerados "incorrigíveis", possuindo como justificativa ser uma providência de "proteção social". Adotava-se a aplicação de forma cumulativa. Paralelamente, surgiu a concepção dualístico-alternativa, atribuindo à medida de segurança função de substituir a pena. Esta, por sua vez, expressava a vontade do legislador de eternizar a sanção aos imputáveis que se tornavam doentes e perigosos ao convívio social, indeterminando, portanto, a segregação.

E é por isso que a incursão da medida de segurança no ordenamento jurídico-penal brasileiro significou a incorporação de um critério de aplicação de pena que não se refere mais ao delito, mas sim ao sujeito considerado "louco-criminoso". Passa-se a um *direito penal do autor*, onde o julgamento do magistrado fica condicionado à suposta anormalidade do indivíduo, ligada ao conceito de *periculosidade*.

Em 1984, entrou em vigor a reformulação da parte geral do Código Penal, destacando, em especial, a retomada de um *direito penal de culpabilidade*[15], ao erradicar as medidas de segurança como complemento de pena – estabelecendo

14. LARRAURI PIJOAN, Elena; CID MOLINÉ, José. *Teorías criminológicas* – explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001. p. 42.

15. "Adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descura o agente-fato, num esforço de compatibilização nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução de vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, àquela que se traduz em um direito penal do fato". (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil* – evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 87).

o *sistema vicariante* em detrimento do duplo binário – e ao minimizar os efeitos da reincidência. Ademais, estabeleceu o limite máximo de cumprimento de pena em 30 anos, diminuindo – ainda que formalmente – a possibilidade de pena perpétua no Brasil. Nesse momento, as medidas de segurança detentiva e ambulatorial passaram a ser concebidas (formal, concomitante e contraditoriamente) como sanções penais e como instrumentos de *proteção social e terapia individual*, com natureza *preventiva assistencial*, fundadas na *periculosidade* de autores inimputáveis e semi-imputáveis de fatos definidos como crimes com o objetivo de prevenir prática de fatos puníveis no futuro, conforme os artigos 96 e 97 do Código Penal.

Aqui, opta-se por destacar somente alguns pontos mais relevantes de análise da legislação penal vigente no que se refere às medidas de segurança, tendo em vista que o foco do trabalho não é exaurir esse tema.

Nesse sentido, importa assinalar que, com a adoção do *sistema vicariante,* deixou-se de aplicar medidas de segurança ao sujeito imputável cabendo, a partir de então, exclusivamente aos inimputáveis psíquicos e semi-imputáveis (quando fosse necessário), vedada a acumulação ou a sucessão das duas reações penais, típica do sistema do duplo binário anteriormente adotado.

A legislação penal prevê duas espécies de medidas de segurança (art. 96 do Código Penal), quais sejam: 1) *Detentiva* – consistente na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; 2) *Ambulatorial* – referente ao tratamento ambulatorial; extra-hospitalar. Pelo Código Penal, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico destina-se, *obrigatoriamente*, aos inimputáveis que tenham cometido um crime, punível com reclusão; e, facultativamente, aos que tenham praticado um crime cuja natureza da pena abstratamente cominada seja de detenção (art. 97 CP). Ademais, o semi-imputável também poderá ter a pena privativa de liberdade substituída por medida de segurança (art. 98 CP), inclusive na modalidade de internação, se comprovada necessidade de especial tratamento curativo. Quanto ao tratamento ambulatorial, segundo o Código Penal, numa classificação obsoleta e destoante da Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216)[16], este *só é imposto em casos de crimes apenados com detenção.*

16. A Lei 10.216/01 estabelece que o tratamento ambulatorial, na rede extra-hospitalar, deve ser aplicado em primazia e, em último caso, a medida de internação. Ou seja, a aplicação da medida ambulatorial não está submetida ao critério de aplicação de detenção ou reclusão, mas sim, à análise de uma equipe multidisciplinar que avaliará o caso e deverá dar prioridade a medida mais humanitária.

Aos imputáveis e semi-imputáveis, como regra, aplica-se a pena cominada ao delito, e em última hipótese, a lei prevê que "a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." (artigo 26 do Código Penal). Necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos (artigo 98 do Código Penal).

Quanto ao prazo de duração da sanção, estabelece o artigo 97, § 1º do Código Penal que "a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo *indeterminado*, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O *prazo mínimo* deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos".

O tempo mínimo de duração (*ou pena mínima*), sendo obrigatório, é nitidamente a *garantia de punição do Estado Penal*. Isso porque, ocorrendo a cessação da periculosidade antes do prazo mínimo, tornaria desconfigurada a necessidade da medida detentiva enquanto medida "terapêutica", então uma vez mantida, fica evidente a preservação da retribuição penal. Por ter sido atribuída uma conduta delituosa e por estar submetida ao Sistema de Justiça Criminal, há que se defender uma punição mínima, vez que após isso, cabe *exclusivamente* ao perito (juiz paralelo) designado decidir sobre a permanência ou não da sanção, devendo o juiz da execução penal somente acatar ou solicitar novo exame, caso perceba alguma inconsistência ou inadequação.

Sobre a (in)determinação do prazo máximo, o STF em 2005 decidiu que:

> A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos[17].

No mesmo sentido, em maio de 2015, o STJ aprovou uma súmula sobre as medidas de segurança. Embora não tenha efeito vinculante, serve de orientação a toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal

17. *Habeas Corpus* 84.219, relator ministro Marco Aurélio, j. 16.08.2005, 1ª Turma, *DJ* de 23.09.2005). No mesmo sentido, houve votação do ministro Ricardo Lewandowski (HC 98.360, j. 04.08.2009, 1ªTurma, *DJe* de 23.10.2009) e do ministro Cezar Peluso (HC 97.621, julgamento em 02.06.2009, Segunda Turma, *DJe* de 26.06.2009).

de Justiça, que tem a missão constitucional de unificar a interpretação das leis federais. Em conformidade com o entendimento do STF, a Súmula 527 do STJ expõe que *o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.*

No entanto, na prática, as medidas de segurança por tempo indeterminado continuam sendo aplicadas e refletem a intersecção entre o direito, a medicina e o poder dos laudos psiquiátricos autorizadores de prisões perpétuas – (in)constitucionais. Continuam tentando neutralizar a periculosidade em nome de uma nova defesa social, a serviço da garantia da ordem pública e da ordem econômica. A avaliação sobre a periculosidade é sempre um procedimento de alta especialização e potenciais incertezas. (In)certezas estas que acabam "determinando um padrão universal de mediocratização dos laudos, desfavoráveis como regra, premidos talvez pelo temor da libertação desavisada"[18].

Assim como os inquéritos policiais – os quais são "preenchidos em sua grande maioria como verdadeiros formulários, num tom invariável, monótono, impessoal, refletindo valores sociológicos da polícia que constitui uma subcultura do sistema penal – os exames psicossociais e as perícias psiquiátricas acabam por refletir a mesma cultura"[19].

Aqui, a rotulação da periculosidade – como principal atributo do cidadão ao qual se imputa um ato delitivo – cumpre um duplo papel: *imantar a necessidade de tratamento via imposição de diagnóstico de doença mental e também contemplar a necessidade de neutralização penal, via exclusão*[20].

A averiguação da periculosidade dar-se-á com o *incidente de insanidade mental*, que pode ser requerido em qualquer fase da persecução penal (inquérito e instrução processual), segundo art. 149 do Código de Processo Penal. Já a verificação da cessação de periculosidade deve ocorrer mediante exame pericial, o qual será feito ao término do prazo mínimo fixado (de 1 a 3 anos), e repetida de ano em ano, até a cessação da periculosidade. A qualquer tempo, porém, o juiz da execução poderá determinar um novo exame, mesmo antes do prazo mínimo fixado (artigo 97, § 2°, do Código Penal e artigos 175 e 176 da LEP).

18. DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *As razões da tutela*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992. p. 9-11.
19. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993, p. 81.
20. MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria uma saída*: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 57.

Assim, as *medidas de segurança* (sobretudo a detentiva), quando inauguradas no Sistema de Justiça Criminal brasileiro, passam a configurar uma espécie de *pena sem artifícios*, ou seja, consideram os "transgressores da lei" como sujeitos possuidores de "caracteres biopsicopatológicos"[21] em relação aos "sujeitos de bem" – considerados indivíduos íntegros, normais e respeitadores das normas de conduta –, justificando, assim, o controle (científico) e "curativo" do Estado. Elas vêm cumprir exatamente o papel do *discurso penal simbólico de prevenção* – tratamento (sem limites), cura e ressocialização – *e do discurso real* – de contenção, neutralização, defesa social, tortura e matança – consubstanciado pelo "saber médico que legitimou o poder policial com o nome de positivismo criminológico, que bem poderia ser chamado de *apartheid criminológico*"[22]. Suas justificativas resistiram à passagem dos séculos e foram acolhidas pelo modelo *populista*[23] atual de hiperinflação punitiva e hipercriminalização.

Nada mais viável para os tempos modernos e/ou pós-modernos: o discurso sedutor humanitário de tratamento que camufla (?) um projeto ainda positivista norteador de um direito penal do autor. Após breve contextualização acerca da medida de segurança, passaremos a situar a repercussão do tema nos textos de corte criminológico.

3. Um estudo empírico: a frequência de tratamento do tema das medidas de segurança nas Revistas Brasileiras de Ciências Criminais entre 2013 e 2017

3.1. Considerações metodológicas

Para realizar o levantamento, empregou-se fundamentalmente a pesquisa documental, com a identificação e catalogação dos artigos e posterior análise de conteúdo. Restringiu-se a análise a dois periódicos da área (Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista de Estudos Criminais), extremamente representativos e de alto impacto, o que é atestado pelo atual estrato *Qualis* A1 CAPES[24]

21. Registre-se: conceito absolutamente vago e inconsistente até hoje para justificar qualquer medida de privação de liberdade.
22. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 80.
23. LARRAURI, Elena. "Populismo punitivo...y como resistirlo. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, 2007. Ano VII, n. 25.
24. COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). *Classificação de Periódicos Quadriênio 2013-2016*. Disponível em: [https://

atribuído a ambos. Justifica-se a escolha, por uma parte, porque essas são as únicas revistas que tratam exclusivamente das Ciências Criminais a alcançar um estrato atual de avaliação tão significativo. Além disso, o critério de inclusão também considerou o perfil editorial de ambas as Revistas, vinculado a uma concepção democrática e crítica do sistema penal contemporâneo.

Com esse estudo, pretende-se: 1) examinar a frequência com que o tema das medidas de segurança tem sido abordado nas duas mais importantes revistas brasileiras sobre ciências criminais; 2) comparar o espaço reservado nessas publicações às medidas de segurança com o tratamento dado por tais periódicos ao tema de presos imputáveis, através da análise do tema do encarceramento em massa.

O período de cinco anos (2013 a 2017) de análise foi delimitado a partir de um critério de atualidade. Para a realização do estudo, foram consultados todos os exemplares físicos de ambas as Revistas[25], acessados e fotocopiados presencialmente na Biblioteca Setorial do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá, entre os dias 7 e 8 de dezembro de 2017.

Para tanto, os textos foram lidos na íntegra e categorizados em dois tipos: a) artigos que tratam sobre ou se utilizam de argumentos relativos encarceramento em massa; b) artigos que tratam sobre medida de segurança e/ou a questão manicomial.

Ainda, realizou-se a divisão dos dados amostrais a partir da categoria ano, de forma a melhor compreender a amostra. Através da variável cronológica, busca-se perceber se existiu um incremento das publicações acerca das medidas de segurança nos últimos anos, pois se considera a visibilidade do tema um fator determinante para a efetivação de direitos das pessoas em sofrimento psíquico e segregadas por cometerem ilícitos penais.

O tratamento dos dados obtidos deu-se sob a forma de cálculos percentuais e análise de conteúdo dos artigos, segundo a metodologia da análise de conteúdo Lawrence Bardin[26].

---

sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/veiculoPublicacaoQualis/listaConsultaGeralPeriodicos.jsf]. Acesso em: 15.12.2017.

25. Na Revista Brasileira de Ciências Criminais, foram analisados os números 100 ao 138. Em relação à Revista de Estudos Criminais, a análise foi compreendida entre os números 48 ao 67.

26. BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2004.

O método da análise de conteúdo foi escolhido para a presente pesquisa porque trabalha com um conjunto de normas flexíveis a serem seguidas, havendo a possibilidade de adaptação aos propósitos do estudo. O método adotado "[...] é um muito empírico, dependente do tipo de <<fala>> a que se dedica e do tipo de interpretação que se pretende com o objetivo. Não existe o pronto-a-vestir [...], mas somente algumas regras de base, por vezes dificilmente transponíveis"[27].

Essas regras de base organizam-se em três diferentes fases: a) a pré-análise; b) a exploração do material; e c) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação. Em síntese, a primeira fase tem por objetivo a organização dos documentos a serem analisados, a fim de torná-los operacionais e sistematizar as ideias iniciais. A segunda, da exploração do material, consiste na adoção de procedimentos manuais ou de operações a serem realizadas pelo pesquisador, tais como a enumeração dos documentos. Por fim, a terceira fase busca tratar os resultados brutos de maneira a torná-los significativos e válidos, permitindo-se estabelecer quadros que condensam e põem em relevo as informações fornecidas na análise. Aqui, aplicam-se operações estatísticas simples, como cálculos percentuais. O tratamento desses resultados pode, ainda, "[...] servir de base a uma outra análise disposta em torno de novas dimensões teóricas [...]"[28].

Assim, funcionando segundo procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, a análise de conteúdo trata as informações contidas na própria mensagem[29]. Logo, essa sistematização tem se mostrado um importante norte a ser empregado tanto em análises quantitativas quanto qualitativas, tal como a abordagem que se busca contemplar neste trabalho.

Foram incluídos os artigos que tratassem da temática do encarceramento em massa independentemente do perfil do trabalho. O tema foi considerado para a presente análise, ainda que o principal problema enfrentado no texto fosse outro. Exemplo disso foi o artigo de Nereu Giacomolli e Laura Albuquerque[30] que trabalhou com a Audiência de Custódia, utilizando-se do encarceramento em massa para justificar a implantação daquelas audiências no Brasil.

27. Ibid., p. 30-31.
28. BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 95-102.
29. Ibid., p. 34.
30. GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A Audiência de Custódia e os seus Impactos no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais,* v. 67, p. 155-178, 2017.

Ainda, foram incluídos os textos que se utilizassem de dados de encarceramento para ilustrar seus argumentos, em regra, como forma de criticar a hipertrofia do sistema penal. Era necessário, portanto, menção expressa à temática, não bastando a reflexa repercussão desta nos artigos analisados.

Quanto à categoria da medida de segurança/sofrimento psíquico, foram incluídos os textos que abordassem a temática. Em ambos os casos, os artigos foram incluídos independentemente de seu caráter criminológico ou dogmático-penal.

Foram excluídos das análises os artigos de doutrina estrangeira, presentes em ambas as revistas. Da mesma forma, os dossiês e as edições especiais publicados na Revista Brasileira de Ciências Criminais não foram incluídos na análise. Tal proceder se justifica, para não retirar o caráter aleatório quanto à possibilidade de aprovação do texto, independentemente de temática.

3.2. Caracterização da amostra

A Revista Brasileira de Ciências Criminais existe desde 1992 e publicou 138 números, em 25 anos de existência. Foi criada no âmbito do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, com sede em São Paulo, sendo um dos principais veículos de produção acadêmica e divulgação da área na América Latina. Sempre esteve vinculada a uma das maiores editoras jurídicas brasileiras, a Revista dos Tribunais, que desde 2010 faz parte do grupo multinacional *Thomson Reuters*.

Existente desde 2001, a Revista de Estudos Criminais foi criada pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, conjuntamente com o Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC). Iniciou vinculada à uma editora regional (Notadez). Hoje, faz parte do catálogo de uma das mais representativas editoras mundiais de periódicos científicos, a inglesa *Sage*. Desde seu início foram publicados 67 números.

3.3. Descrição

3.3.1. Revista Brasileira de Ciências Criminais

Abaixo, trazemos os dados relativos à Revista Brasileira de Ciências Criminais, nos últimos cinco anos. Na primeira tabela, insere-se a distribuição de artigos relativos aos temas pesquisados, divididos os 329 textos incluídos na amostra a cada ano de análise. Após, são apresentados os números totais do período analisado.

Tabela 1 – Distribuição de artigos por assunto a cada ano

Ano	Número de artigos sobre Encarceramento em Massa (%/número total)	Número de artigos sobre Medida de Segurança (%/número total)	Número Total de Artigos Analisados no Ano (%/número total)
2017	15,78% (9)	0 (0%)	100% (57)
2016	4,76 % (4)	1,19 % (1)	100% (84)
2015	3,94% (3)	1,31 % (1)	100% (76)
2014	0% (0)	1,72% (1)	100% (58)
2013	7,40% (4)	1,85% (1)	100% (54)

Tabela 2 – Distribuição dos temas no período destacado (2013-2017)

Ano	Número de artigos sobre Encarceramento em Massa (%/número total/)	Número de artigos sobre Medida de Segurança (%/número total)	Número Total de Artigos Analisados no Ano (%/número total)
2013-2017	6,07% (20)	1,21% (4)	100% (329)

Foi possível perceber um aumento crescente no interesse por discussões relativas ao encarceramento em massa. Podemos considerá-lo enquanto tema emergente dentro das Criminologias Críticas. Em apenas um dos anos (2014) não há nenhum texto discutindo tal tema ou citando-o diretamente.

Já em relação ao persistente tema das medidas de segurança e do sofrimento psíquico, o baixo número de publicações sobre o assunto é estável. Em todos os anos pesquisados, jamais ultrapassou 2% do número total de artigos. Cabe observar, porém, que notadamente nos últimos três anos (2015-2017), o número de trabalhos publicados sobre encarceramento em massa[31] aumentou significati-

31. Foram incluídos, na categoria "encarceramento em massa", os seguintes textos: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, n. 136, p. 15--33., out. 2017; SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 267-291., out. 2017; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 263-294., jan. 2017; MASTROIANNI, Fábio de Carvalho et al. Contribuições e desafios da psicologia nos procedimentos de execução penal: um estudo qualitativo com profissionais da região central do Estado de

vamente, enquanto o espaço reservado aos estudos sobre medidas de segurança[32] foi diminuindo progressivamente, até o marco zero (2017).

São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 111-131., jul. 2017; MATOS, Erica do Amaral. Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 257-297., jul. 2017; MIRANDA, Isabella. A produção da morte pelo sistema penal: análise do processo criminal de um dos presos mortos no complexo penitenciário de Pedrinhas/São Luis (Maranhão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 299--334., jul. 2017; MORAIS, Rômulo Fonseca. A (des)legitimação do sistema penal e os direitos humanos na era do biopoder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 385-417., jul. 2017; MENEZES, Bruno Seligman de; SANTOS, Mateus Rech Graciano dos; MEDEIROS, Vanessa Cerezer de. Da crítica à solução: a criminologia e as Community Boards como alternativas ao sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 219-246., jun. 2017; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, n. 132, p. 331-381., jun. 2017; ZACKSEKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 126, p. 291-331., dez. 2016; CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 357--368., out. 2016; ALMEIDA, Caio Patricio. Hipercriminalização: o sintoma totalitário na política da liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 123, p. 207-231., set. 2016; SILVA, Fábio Lobosco. Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 123, p. 361-380., set. 2016; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre 'second codes' no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 313-332, nov.-dez. 2015; LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 215-256., mar.-abr. 2015; ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 317-356., mar.-abr. 2015; CALDEIRA, Cesar. Política penitenciária no Estado do Rio de Janeiro: agenda de discussões após o caso do Carandiru. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 105, p. 329-360., nov.-dez. 2013; MACHADO, Maíra Rocha et al. Carandiru: violência constitucional e a continuidade do massacre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 105, p. 304-325., nov.-dez. 2013; CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 279-303., set.-out. 2013; e BERDET, Marcelo. Are alternative sanctions an effective civil remedy to overcrowding prison population in Brazil? *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 21, n. 103, p. 383-407., jul.-ago. 2013.

32. Sobre o tema da medida de segurança, foram incluídos nesta categoria os artigos a seguir: CORREIA, Ludmila Cerqueira; MALHEIRO, Ana Valeska de Figueirêdo;

3.3.2. Revista de Estudos Criminais

O total, foram analisados 166 artigos publicados entre 2013 e 2017. A hipótese sobre a prevalência dos artigos acerca da prisão se confirma também em relação à Revista de Estudos Criminais.

Tabela 3 – Distribuição de artigos por assunto

Ano	Número de artigos sobre Encarceramento em Massa (%/número total)	Número de artigos sobre Medida de Segurança (%/número total)	Número Total de Artigos Publicados no Ano
2017	2,94% (1)	-	34
2016	9,37% (3)	3,12% (1)	32
2015	6,25% (2)	3,12% (1)	32
2014	3,12% (1)	-	32
2013	16,66% (6)	2,77% (1)	36

Tabela 4 – Distribuição dos temas no período destacado (2013-2017)

Ano	Número de artigos sobre Encarceramento em Massa (%/número total)	Número de artigos sobre Medida de Segurança (%/número total)	Número Total de Artigos Publicados no Ano (%/número total)
2013-2017	7,83% (13)	1,80% (3)	100% (166)

O primeiro dado, bastante revelador, é de serem encontrados artigos sobre condições de aprisionamento/encarceramento em massa[33] em todos os cinco anos analisados.

ALMEIDA, Olívia Maria de. Romper o silêncio para a garantia dos direitos das mulheres em sofrimento mental autoras de delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 24, n. 123, p. 301-328., set. 2016; LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 215-256., mar.-abr. 2015; FRASSETO, Flávio Américo; JOIA, Julia Hatakeyama. Internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias: apontamentos sobre as responsabilidades do sistema de justiça e do sistema de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 227-257., jul.-ago. 2014; e ROESLER, Cláudia Rosane; LAGE, Leonardo Almeida. A argumentação do STF e do STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 347-390., set.-out. 2013.

33. Foram incluídos, na categoria "encarceramento em massa", os seguintes textos: GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A audiência de custódia e os

Já em relação à medida de segurança[34], em dois anos específicos (2017 e 2014) não há nenhum trabalho abordando o tema. Analisando os totais encontrados,

seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 67, p. 155-178., out.-dez. 2017; MORAIS, Rômulo Fonseca. O saber jurídico-penal: um "arsenal de ficções gastas" a serviço da barbárie punitiva no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 103-129., jul.-set. 2016; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Repensando os desafios da dogmática jurídico-penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 61, p. 99-114., abr.-jun. 2016; DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa; GARCIA, Rafael de Deus. A rebelião da prisão de Attica (Nova Iorque, 1971): opressão racial, encarceramento em massa e os deslocamentos da retórica da igualdade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 61, p. 149-177., abr.-jun. 2016; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Qual alternativismo para a brasilidade? política criminal, crise no sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 14, n. 59, p. 83-107., out.-dez. 2015; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Indicadores de desempenho da justiça criminal em Santa Catarina. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 57, p. 173-204., abr.-jun. 2015; CARVALHO, Salo de. La ejecución de las penas privativas de libertad y restrictivas de derechos y la situación penitenciaria en Brasil: breve informe. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 53, p. 35-50., abr.-jun. 2014; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A inserção de medidas cautelares diversas no sistema processual penal brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 51, p. 125-142., out.-dez. 2013; MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana. A criminologia crítica na encruzilhada da dominação e da transformação social. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 51, p. 169-192., out.-dez. 2013; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. A mediação da pena privativa de liberdade no Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro: apreciação crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 50, p. 188-194., jul.-set. 2013; JARDIM, Lícia Bonesi. O trabalho do recluso como forma de neo-escravidão: uma reflexão a partir da criminologia crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 49, p. 147-166., abr.-jun. 2013; CARVALHO, Thiago Fabres de; DUARTE, Daniel Nascimento. O que é isto – o tráfico de drogas?: crítica hermenêutica da falácia política e ideológica do (conceito de) tráfico de drogas e de seu mandado constitucional expresso de criminalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 49, p. 95-130., abr.-jun. 2013; e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. Novos discursos, novas práticas? uma análise das inovações no campo do controle do crime no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 48, p. 35-54., jan.-mar. 2013.

34. Sobre a categoria "medida de segurança', foram incluídos os seguintes textos: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Vidas nuas e os manicômios judiciários no limiar do campo de concentração. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 63, p. 227-239., out.-dez. 2016; BUDÓ, Marília de

tem-se 13 artigos sobre o tema do aprisionamento e apenas 3 artigos sobre medidas de segurança.

Sobre o tema encarceramento em massa, tais números demonstram, por um lado, um volume muito maior de trabalhos publicados (7,83% x 1,80% do total da amostra).

Acerca da medida de segurança, chama a atenção a concentração de artigos produzidos pelos mesmos autores. Dos três textos, é possível notar a participação de uma mesma autora em dois deles. Em relação aos artigos sobre aprisionamento em massa, não há repetição de autores em relação ao tema.

Esse último dado pode revelar o baixo número de autores/autoras da ciência criminal brasileira dedicados/das à pesquisa do tema da medida de segurança. Ainda, se analisado o perfil dos autores/as dos textos, percebe-se que, sobre a prisão, tem-se o envolvimento de diferentes disciplinas integrantes das ciências criminais. Com efeito, há artigos tanto de viés criminológico, como também de cunho dogmático (penal e processual penal).

Já em relação à medida de segurança, constata-se uma concentração de autores/as vinculados/das vinculados/das à (s) criminologia (s), notadamente a de caráter crítico.

3.3.3. Totais das amostras: comparando os dados dos periódicos analisados

Neste ponto, são trazidos os totais relativos aos temas. Novamente, trabalha-se com a divisão da frequência dos assuntos por ano. Após, são apresentados os resultados do quinquênio e, a seguir, comparados os universos das duas revistas selecionadas.

Foram examinados, ao todo, 495 artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais e da Revista de Estudos de Criminais.

Percebe-se a tendência de incremento na produção sobre encarceramento em massa nos últimos cinco anos em ambos os periódicos.

Nardin. Do anormal ao perigoso: a psiquiatrização da medida socioeducativa de internação e a prisão perpétua à brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 57, p. 69-98., abr.-jun. 2015; e CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 48, p. 55-90., jan.-mar. 2013.

Tabela 5 – Distribuição de artigos por assunto

Ano	Número de artigos sobre Encarceramento em Massa (%/número total)	Número de artigos sobre Medida de Segurança (%/número total)	Número Total de Artigos Analisados no Ano (%/número total)
2017	10,98 % (10)	0 (0%)	100% (91)
2016	6,03%(7)	1,72% (2)	100% (116)
2015	4,62% (5)	1,85% (2)	100% (108)
2014	1,11% (1)	1,11% (1)	100% (90)
2013	11,11% (10)	2,22% (2)	100% (90)

Tabela 6 – Distribuição de artigos por assunto no quinquênio

Ano	Número de artigos sobre Encarceramento em Massa (%/número total/)	Número de artigos sobre Medida de Segurança (%/ número total)	Número Total de Artigos Analisados no Ano (%/número total)
2013-2017	6,66 %(33)	1,41% (7)	100% (495)

Esse dado é compreensível em função do preocupante incremento da população carcerária, especialmente a partir da edição da Lei 11.343/2006 (Drogas), que aumentou as penas em relação ao tráfico e não precisou suficientemente a diferença entre as figuras do traficante e do usuário.

Por outro lado, o número de produções acerca da medida de segurança sofre progressiva redução e, em 2017, nenhum dos dois periódicos dedica espaço ao tema.

Em contrapartida, em ambas as Revistas, houve espaço muito maior às publicações sobre encarceramento em massa. Aproximadamente 5 vezes mais (Tabela 6). Sempre a produção sobre encarceramento em massa representou ao menos o dobro daquela sobre medida de segurança. Em 2017, o número foi de 11 vezes mais (Tabela 5).

Estes dados revelam que a invisibilidade do problema da medida de segurança e o cometimento de ilícitos penais é uma realidade também na academia brasileira, especialmente no campo do Direito, área à qual se ateve a pesquisa.

Não é possível, portanto, generalizar tais resultados às demais áreas das ciências humanas e da saúde, pois seriam necessárias pesquisas muito mais abrangentes. É possível que a invisibilidade (ou ao menos pouca visibilidade) não seja privilégio das discussões das ciências criminais dentro do campo jurídico.

Também é importante destacar possibilidade de pesquisas que comparem outros temas específicos com o da medida de segurança. Na presente investigação, a comparação foi feita com o encarceramento em massa e a escolha se deu justamente porque essa realidade se aproxima do sofrimento psíquico, e ambas têm como denominador comum a exclusão social.

Os trabalhos referentes às medidas de seguranças podem não ter o mesmo impacto quantitativo em relação ao encarceramento em massa, pois o número de pessoas internadas é muito menor que o de pessoas presas[35]. Por outro lado, a desproporção de tratamento do sofrimento psíquico nas revistas analisadas é indicador bastante significativo do inegável processo invisibilização do tema.

Desta forma, a partir destes dados, é necessário identificar quais são as bases teóricas que poderiam apontar a superação do paradigma psiquiátrico da medida de segurança. Abaixo, então, contextualizaremos os diagnósticos e críticas a esse processo de invisibilidade.

4. Crítica criminológica ao esquecimento penal-psiquiátrico

O movimento brasileiro de reforma psiquiátrica iniciou-se em pleno período ditatorial, tirânico e repressivo. Em 1978, contaminado pelo movimento antipsiquiátrico italiano de Franco Basaglia, surgiu no Rio de Janeiro o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM) – fruto da crise da Divisão Nacional de Saúde Mental –, que no contexto da redemocratização, tornou-se o ator social estratégico pelas reformas no campo da saúde mental, organizando suas críticas ao modelo psiquiátrico clássico. O MTSM construiu um pensamento diferenciado no campo da saúde mental que permitiu visualizar uma possibilidade de inversão deste modelo a partir do conceito de *desinstitucionalização*, procurando

35. Existem poucos dados acerca do número de pessoas cumprindo medida de segurança no Brasil. Foi publicado, em 2013, o chamado "Censo 2011 – A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil", que levantou o número de 3.989 de indivíduos internados em 19 Estados e o Distrito Federal (DINIZ, Débora. Censo 2011 – A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil. Brasília: Letras Livres, 2013. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15170/1/LIVRO_CustodiaTratamentoPsiquiatrico.pdf]. Acesso em: 15.11.2017). Em relação aos dados de encarceramento, o último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional aponta 726 mil e setecentos e doze presos no Brasil, em junho de 2016 (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento de Informações Penitenciárias*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 15.11.2017).

entender a função social da psiquiatria e suas instituições para além de seu papel explicitamente médico-terapêutico-asilar[36].

Os anos 80 e 90 foram marcados por esse intenso e ácido debate em torno dos pressupostos psiquiátricos tradicionais e dos diferentes modelos de tratamento, da rede alternativa de serviços e do abolicionismo (penal ou manicomial).

Em 2001, a Lei 10.216 foi promulgada, conhecida como "Lei Antimanicomial", dispondo sobre "a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental". Mesmo não constando a expressão de "extinção progressiva dos manicômios" do projeto original, a lei de 2001 se fundamenta nos direitos, específicos e difusos, e na cidadania plena dos pacientes, determinando, preferencialmente, os serviços comunitários de saúde mental, bem como a internação, em qualquer de suas modalidades, somente quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

A reforma psiquiátrica brasileira garantiu o "direito de existir" dos pacientes, colocando em pauta as questões relacionadas aos sujeitos *invisíveis* submetidos aos tratamentos psiquiátricos asilares (e excludentes) tradicionais. Instituir a lei (apesar de não ser o suficiente nessa busca desinstitucionalizadora) foi um ganho significativo nesse embate crítico (e, de certa forma, abolicionista), destacando-se de vários outros movimentos[37] que não obtiveram tantos avanços (legislativos, em especial). É, portanto, a conquista do "direito de negar" as instituições violentas, como pregava Basaglia.

A reforma inflamou o campo psiquiátrico desvelando os limites de sua forma. Além de estabelecer um contradiscurso, trata-se de uma via de contracultura psiquiátrica, em âmbitos macro e micropolíticos de atuação. Em um trabalho inicial

36. AMARANTE, Paulo. Novos Sujeitos, Novos Direitos: O Debate em Torno da Reforma Psiquiátrica. In: *Caderno de Saúde Pública*, jul.-set. Rio de Janeiro, 1995, p. 492.

37. Como, por exemplo, a criminologia abolicionista, a criminologia crítica feminista, o movimento crítico contra a LGBTfobia etc. Em todos esses casos, não se obteve avanços legislativos, pelo contrário, todos os esforços legislativos empreendidos (conquistados ou em andamento) sobre tais temas são exatamente de reforços ao recrudescimento penal, tendentes ao clamor da "esquerda punitiva" e do "garantismo prisioneiro", como bem denominou a profa. Vera Regina. São tempos cada vez mais áridos e em prol do populismo punitivo como a grande saída para a resolução de conflitos. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. In: *Sequência*. UFSC. v. 29, n. 57. Florianópolis: PPGD, 2008. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p237]).

de perturbação das *zonas psiquiátricas de conforto* – que tinha os tratamentos excludentes assimilados como ideais –, fomentou mudanças sociopolíticas e, de certa forma, ideológicas.

Por outro lado, o ciclo do tradicionalismo psiquiátrico – com sua ampla rede institucional pautada na segregação asilar isolacionista – está longe de chegar ao fim. Apesar do alcance significativo dos movimentos de reforma, do impacto político gerado e das tendências de reformulação do modelo em nível de saúde mental propriamente dita, no campo do poder punitivo, a realidade é bem diferente. Se a Lei 10.216/01 conseguiu, na prática, algumas mudanças importantes no modelo assistencial psiquiátrico[38], no Sistema de Justiça Criminal não se observaram grandes impactos, mas sim uma grande resistência em abandonar e superar tal estrutura genocida.

Isso porque, como a existência de uma psiquiatrização do cotidiano, de uma sociedade normalizada, pautada no risco e no controle, a periculosidade continua sendo a grande estrela da relação, ditando as regras do jogo. Sendo assim, persiste em orientar a execução do sistema penal psiquiatrizado como estratégia de contenção dos riscos e de prevenção. E mais, nunca esteve tão forte e tão legitimada. A ordem é conter mais e mais cedo na permanente tecnologia política dos corpos – agora com versões mais modernas –, limpar as cidades dos indesejáveis, diminuir riscos, evitar incidentes penais e mantê-los invisíveis.

Durante anos nunca houve interesse jurídico – até porque juristas são pouco apreciadores e conhecedores de pesquisas de campo – em investigações na área, dificultando, assim, um enfrentamento sério e científico quanto aos temas áridos envolvendo as ciências criminais. A falta de materiais empíricos engendrou um retrato nacional lacunoso com nítida falta de transparência, sem método de ação minimamente coordenado capaz de vislumbrar melhorias das políticas públicas no setor[39].

38. Tais como: maior acesso da população aos serviços em saúde mental; fortalecimento da rede extra-hospitalar (Centro de Atenção Psicossocial – CAPS, Residências Terapêuticas, Ambulatórios, Centros de Convivência); diminuição de leitos psiquiátricos em hospitais públicos etc.

39. Trabalhos recentes como o de PRADO e SCHINDLER tem demonstrado a ausência de efetividade da Reforma Psiquiátrica: PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. *Rev. direito GV,* São Paulo, v. 13, n. 2, p. 628-652, ago. 2017. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200628&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 30.12.2017.

Especificamente em relação às medidas de segurança, a situação não é diferente. Ousa-se dizer (para não se cometer nenhuma impropriedade) que esta é a área mais deficitária da execução penal brasileira, por vários motivos: 1) Não há interesse algum por parte do Estado e da sociedade em promover diálogos, debates e ações positivas e propositivas; isso ocorre, sobretudo, pelo fato de as pessoas envolvidas perderem seu *status* de pessoa (consumidora) ao ingressarem no sistema penal-psiquiátrico; 2) A academia não tem interesse nas pesquisas (teóricas e de campo); pouquíssimos trabalhos acadêmicos (nas mais diversas áreas) foram desenvolvidos sobre o assunto; 3) Os sujeitos envolvidos são invisíveis sociais em tamanha proporção que a produção de dados oficiais é quase inexistente; 4) A execução penal ocorre propositadamente num descaso absoluto por parte do Estado.

5. Considerações finais

Este artigo não teve como objetivo o de realizar uma denúncia. Enquanto pessoas inseridas em uma sociedade excludente e ignorante em relação ao diferente, é compreensível que o foco das críticas ao sistema penal não esteja sendo, como vimos, a questão manicomial. O encarceramento em massa constitui realidade contemporânea, advinda da perversa lógica punitivista. É importantíssima a crescente tendência de publicações sobre o tema.

Por outro lado, é necessário, sim, alertar para a necessidade de se conferir maior visibilidade social ao problema das medidas de segurança. Assim como o encarceramento em massa, a medida de segurança é uma reação de exclusão social de determinados sujeitos (taxados como perigosos) e, ainda que quantitativamente não alcance a mesma expressão numérica em relação aos encarceramentos dos imputáveis, a crítica às medidas de segurança e ao cárcere tem em comum as dores que vivenciam seus sujeitos. Os poucos periódicos especializados na área jurídico penal precisam, nesse sentido, ser veículos permanentes de visibilidade aos invisibilizados e mobilizar espaços mais amplos para a crítica (dogmática, criminológica e político-criminal) à medida de segurança, especialmente quando aos portadores de sofrimento psíquico possuem reduzida possibilidade de organização/mobilização na defesa de seus direitos.

Conforme a pesquisa realizada, foi demonstrado que os dois dos mais relevantes periódicos na área das ciências criminais diminuíram progressivamente o espaço reservado ao tema medida de segurança e, no ano de 2017, sequer um artigo a respeito foi publicado. Dados como os aqui expostos revelam a invisibilidade do tema nos estudos acadêmicos na área das ciências criminais nos

últimos anos. O Dossiê "Crime e Loucura"[40], neste sentido, representou importante iniciativa.

Por outro lado, cabe ainda outro alerta. As importantes questões aqui aventadas não podem estar adstritas apenas ao campo teórico, ao contrário, devem suplantar esse domínio. Não apenas através de pesquisas que se traduzam em potentes escritos científicos devem ser pautadas as ações pró-visibilidade, como também nos espaços das salas de aula e, especialmente, nos currículos das Faculdades de Direito.

Referências

AMARANTE, Paulo. Novos Sujeitos, Novos Direitos: O Debate em Torno da Reforma Psiquiátrica. In: *Caderno de Saúde Pública*, jul.-set. Rio de Janeiro, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. In: *Sequência*. UFSC. v. 29, n. 57. Florianópolis: PPGD, 2008. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p237].

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Qual alternativismo para a brasilidade? Política criminal, crise no sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 14, n. 59, p. 83-107, out.-dez. 2015.

ANTUNES, Maria João. *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis* – dos arts. 103, 104 e 105 do código penal de 1982. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ANTUNES, Maria João. *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

AMARANTE, Paulo. Asilos, alienados e alienistas: pequena história da psiquiatria no Brasil. In: AMARANTE, Paulo (org.). *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 317-356, mar.-abr. 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. Novos discursos, novas práticas? Uma análise das inovações no campo do controle do crime no Brasil. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 11, n. 48, p. 35-54, jan.-mar. 2013.

40. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Dossiê Crime e Loucura*, n. 144, 2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3 ed. Lisboa: Edições 70, 2004.

BUDÓ, Marília de Nardin. Do anormal ao perigoso: a psiquiatrização da medida socioeducativa de internação e a prisão perpétua à brasileira. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 12, n. 57, p. 69-98, abr.-jun. 2015.

CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 357-368, out. 2016.

CALDEIRA, Cesar. Política penitenciária no Estado do Rio de Janeiro: agenda de discussões após o caso do Carandiru. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 105, p. 329-360, nov.-dez. 2013.

CARVALHO, Salo de. La ejecución de las penas privativas de libertad y restrictivas de derechos y la situación penitenciaria en Brasil: breve informe. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 12, n. 53, p. 35-50., abr.-jun. 2014.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 279-303, set.-out. 2013.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 48, p. 55-90, jan.-mar. 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de; DUARTE, Daniel Nascimento. O que é isto – o tráfico de drogas?: crítica hermenêutica da falácia política e ideológica do (conceito de) tráfico de drogas e de seu mandado constitucional expresso de criminalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 49, p. 95--130, abr.-jun. 2013.

CASTEL, Robert. *O psicanalismo*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.

CHRISTIE, Nils. *Limites à Dor:* O Papel da Punição na Política Criminal. Tradução de Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). *Classificação de Periódicos Quadriênio 2013-2016*. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/veiculoPublicacaoQualis/listaConsultaGeralPeriodicos.jsf]. Acesso em: 15.12.2017.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; MALHEIRO, Ana Valeska de Figueirêdo; ALMEIDA, Olívia Maria de. Romper o silêncio para a garantia dos direitos das mulheres em sofrimento mental autoras de delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 123, p. 301-328, set. 2016.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *As razões da tutela*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento de Informações Penitenciárias*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 15.11.2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português* – parte geral – as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DINIZ, Débora. *Censo 2011* – A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil. Brasília: Letras Livres, 2013. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15170/1/LIVRO_CustodiaTratamentoPsiquiatrico.pdf]. Acesso em: 15.11.2017.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa; GARCIA, Rafael de Deus. A rebelião da prisão de Attica (Nova Iorque, 1971): opressão racial, encarceramento em massa e os deslocamentos da retórica da igualdade. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 15, n. 61, p. 149-177, abr.-jun. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1979.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A Audiência de Custódia e os seus Impactos no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, v. 67, p. 155-178, 2017.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 263-294, jan. 2017.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

JARDIM, Lícia Bonesi. O trabalho do recluso como forma de neo-escravidão: uma reflexão a partir da criminologia crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 49, p. 147-166, abr.-jun. 2013.

LARRAURI, Elena. "Populismo punitivo... y como resistirlo. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, 2007, ano VII, n. 25.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 215-256, mar.-abr. 2015.

LOBO, Lilia Ferreira. *Os infames da história*: pobres, escravos e deficientes no Brasil. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre 'second codes' no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 313-332, nov.-dez. 2015.

MACHADO, Maíra Rocha et al. Carandiru: violência constitucional e a continuidade do massacre. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 105, p. 304-325., nov.-dez. 2013.

MASTROIANNI, Fábio de Carvalho et al. Contribuições e desafios da psicologia nos procedimentos de execução penal: um estudo qualitativo com profissionais da região central do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 111-131, jul. 2017.

MATOS, Erica do Amaral. Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 257-297, jul. 2017.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria uma saída*: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de janeiro: Revan, 2006.

MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana. A criminologia crítica na encruzilhada da dominação e da transformação social. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 51, p. 169-192, out.-dez. 2013.

MENEZES, Bruno Seligman de; SANTOS, Mateus Rech Graciano dos; MEDEIROS, Vanessa Cerezer de. Da crítica à solução: a criminologia e as Community Boards como alternativas ao sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 219-246, jun. 2017.

MIRANDA, Isabella. A produção da morte pelo sistema penal: análise do processo criminal de um dos presos mortos no complexo penitenciário de Pedrinhas/São Luis (Maranhão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 299-334, jul. 2017.

MORAIS, Rômulo Fonseca. O saber jurídico-penal: um "arsenal de ficções gastas" a serviço da barbárie punitiva no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 103-129, jul.-set. 2016

ODA, Ana Maria Galdini Raimundo; DALGALARRONDO, P. História das primeiras instituições para alienados no Brasil. In: *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. v. 12, n. 3, set.-dez, 2005.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. A mediação da pena privativa de liberdade no Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro: apreciação crítica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 50, p. 188-194, jul.-set. 2013.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil* – evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. *Rev. Direito GV,* São Paulo, v. 13, n. 2, p. 628-652, ago. 2017. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200628&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 30.12.2017.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 15-33, out. 2017.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROESLER, Cláudia Rosane; LAGE, Leonardo Almeida. A argumentação do STF e do STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 347-390, set.-out. 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 331-381, jun. 2017.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, n. 136, p. 267-291, out. 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil -1870-1930. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

SILVA, Fábio Lobosco. Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 123, p. 361-380, set. 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Repensando os desafios da dogmática jurídico-penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 15, n. 61, p. 99-114, abr.-jun. 2016.

TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. Cidadania, classes populares e doença mental. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário (orgs.). Cidadania e Loucura: políticas de saúde mental no Brasil. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A inserção de medidas cautelares diversas no sistema processual penal brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 51, p. 125-142, out.-dez. 2013.

ZACKSEKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 126, p. 291-331, dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A medida de segurança como a pior opção: por que os neurocientistas não devem dizer sobre como punir?, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 130/399-426 (DTR\2017\666);
- Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 142/247-77 (DTR\2018\10710);
- Considerações sobre o atual sistema de fundamentação e imposição da medida de segurança, de Adel El Tasse – *RCP* 9/137-149 (DTR\2011\2160);
- Medida (de segurança) cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII, do Código de Processo Penal, de Thayara Castelo Branco, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Claudio Alberto Gabriel Guimarães – *RBCCrim* 149/299-325 (DTR\2018\20691); e
- A (dis)funcionalidade da medida de segurança no paradigma da reforma psiquiátrica, de Soraia da Rosa Mendes e Gustavo Dalul Faria – *RBCCrim* 144/217-250 (DTR\2018\14305).