Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 145 • jul. / 2018

Dossiê Especial: "Execução penal: mitos, desafios e horizontes"

***Editor associado*: Marcus Alan Gomes**

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 26 • vol. 145 • jul. / 2018

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editora-Chefe – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Editores-Assistentes – Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Leonhardt, Jéssica da Mata, Pedro Castro, Thiago Araújo 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)

Adrian Barbosa e Silva (CESUPA – Belém/PA); Adriana Padua Borghi (UMC – Mogi das Cruzes/SP); Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (PUCRS – Porto Alegre/RS); Alexandre Gonçalves Kassama (Uninter – Curitiba/PR); Américo Bedê Freire Júnior (Faculdades de Vitória – Vitória/ES); Ana Clara Gomes Costa (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/USAL – Salamanca/ESP); Ana Luiza Gonçalves dos Santos (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ); Anamaria Prates Barroso (UFPE – Recife/PE); André Lázaro Ferreira Augusto (Universidade Federal de Juiz de Fora/MG); Andressa Loli Bazo (USP – São Paulo/SP); Bruno Martins Torchia (Faculdade Batista de Minas Gerais/MG); Bruno Silveira Rigon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main/Alemanha); Daiene Kelly Garcia (Faculdade de Direito de Franca – Franca/SP); Danilo Marques Borges (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); Décio Franco David (UFPR – Curitiba/PR);

Eduardo Saad-Diniz (USP – Ribeirão Preto/SP); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS – Porto Alegre/RS); Francis R. Beck (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Francisco de Assis de França Júnior (CESMAC – Maceió/AL); Gabriel Haddad Teixeira (UnB – Distrito Federal/DF); Gabriela Perissinotto de Almeida (USP – São Paulo/SP); Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB); Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Ísis Aparecida Conceição (USP – São Paulo/SP); Jardel Luís da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Jéssica Ferracioli (FICS – São Paulo/SP); Julia Gitirana (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR); Leonardo Marcondes (ACADEPOL- Florianópolis/SC); Lucas e Silva Batista Pilau (Universidade La Salle – Canoas/RS); Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Paraná/PR); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Marlon Amaral Hungaro (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Paula Nunes Mamede Rosa (USP – São Paulo/SP); Paulo Thiago Fernandes Dias (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Rafael Fecury (UNAMA – Belém/PA); Raphael Boldt de Carvalho (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES); Renata Caroline Pereira Reis Mendes (Instituto Florence de Ensino Superior – São Luís/MA); Renata Guadagnin (PUCRS – porto Alegre/RS); Ricardo Tadeu Penitente Genelhú (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES); Rose Dayanne Santos de Brito (Università degli Studi di Roma – Itália); Rudy Heitor Rosas (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR); Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS); Tapir Tabajara Canto da Rocha Neto (PUCRS – Porto Alegre/RS); Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Thais Lemos Duarte e André Carneiro; Thiago Bottino (FGV- Rio de Janeiro/RJ); Thiago Guilherme Nolasco (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues (Universidade da Amazônia – Pará/PA); Alfredo Copetti Neto (Universidade Estadual do Paraná – PR); Alisson Gomes Monteiro (FACI|WYDEN – Belém/PA); André Augusto Salvador Bezerra (USP – São Paulo/SP); Augusto Jobim do Amaral (PUCRS – Porto Alegre/ RS); Bartira Macedo de Miranda Santos (Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO); Bernardo Araújo da Luz (Universidade de Coimbra – Portugal); Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Cristiane do Socorro Loureiro Lima; Eduardo Neves Lima Filho (UFPA – Belém/PA); Eduardo Neves Lima Filho (Universidade Estadual do Pará. Belém/PA); Eneas Romero (Universidade de Göttingen – Alemanha); Érica Babini Lapa Machado (UFPE – Recife/PE); Eulina Maia Rodrigues (UNAMA – Manaus/AM); Fernanda Fonseca Rosenblatt (Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE); Fernanda Martins (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ivanilson Paulo Raiol (Faculdade de Estudos Avançados do Pará – Belém/PA); José Edvaldo Pereira Sales (UFPA – Belém/PA); Júlio Zini (UFMG – Belo Horizonte/MG); Luanna Tomaz (Universidade Federal do Pará – Belém/PA); Manuela Bitar Pickerell (Universidade Federal do Pará – Belém/PA); Matheus Felipe de Castro (UFSC – Florianópolis/SC); Michelle Barbosa Brito (Universidade Federal do Pará – Belém/PA); Paulo Ferrareze Filho (Avantis – Florianópolis/SC; Rafael Altoé (UNICESUMAR/UEM – Paraná/PR) Tainá Ferreira e Ferreira (Universidade Federal do Pará - Belém/PA); Taysa Matos do Amparo (Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA); Thayara Castelo Branco (UEMA/ UNICEUMA – São Luis/MA); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Ana Gabriela Braga (UNESP – Franca/SP); André Luís Callegari (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Bruna Portella de Novaes (UnB – Brasília/DF); Bruno Rotta Almeida (Universidade Federal de Pelotas/RS); Emilio C. Viano (American University - Washington DC/ E.U.A); Érika Mendes de Carvalho (UEM – Maringá/PR); Fábio André Guaragni (Centro Universitário Curitiba – Curitiba/PR); Fernanda Mitsue Soares Onuma (Universidade Federal de Alfenas – MG); Franciele Silva Cardoso (Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Hamilton Gonçalves Ferraz (PUC-RIO – Rio de Janeiro/RJ); José de Jesus Filho (EAESP/FGV – São Paulo/SP); Lucas Vianna Matos ((UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Luciana Costa Fernandes (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/RJ); Luis Otávio Sales da Silva Junior (Centro Universitário Curitiba/PR); Maíra Coutinho Teixeira (Université Lille 2 Droit et Santé & Science Po Lille – França); Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas (Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE); Mariana Paganote Dornellas (Universidade Federal Fluminense/RJ); Marilia Montenegro Pessoa de Mello (Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE); Neon Bruno Doering Morais (Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE); Paulo César Busato (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR); Raul Marques Linhares (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Rebeca Fernandes Dias (UniDBSCO – Curitiba/PR); Renato Belini (MPPA – Belém/PA); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ricardo M. Mata y Martin (Universidad de Valladolid – Espanha); Sarah Quintão (Universidade Federal de Alfenas – MG); Tatiana Badaró (UFMG – Belo Horizonte/MG); Thiago Baldani Gomes De Filippo (USP – São Paulo/SP); Tiago Bunning Mendes (PUCRS – Porto Alegre/RS); Vivian Calderoni (USP – São Paulo/SP)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 145 • jul. / 2018

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 26 • vol. 145 • jul. / 2018

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 dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Juliana Mayumi Ono
Diretora responsável

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 8 h às 17 h)
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: [07-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [30.05.2018]

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
Allyne Andrade
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Taynara Lira
Rafael Vieira

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 26 • vol. 145 • jul. / 2018

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Analista Editorial: Karolina de Albuquerque Araújo

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial
Coordenação
Iviê A. M. Loureiro Gomes

Líder Técnica de Qualidade Editorial: 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, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thaís Rodrigues Sampaio

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecilia Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Beatriz Brandão Belo Bicker, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

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

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

Sumário

Dossiê especial – "Execução penal: mitos, desafios e horizontes"

Editorial Dossiê "Execução penal: mitos, desafios e horizontes"

Marcus Alan Gomes 17

Guardiões de castelos de areia: um retrato dos serviços prisionais do Nordeste brasileiro

Guards of the sands castles: a portrait of correctional services in the Northeast of Brazil

Ana Gabriela Braga, José de Jesus Filho, Maíra Coutinho Teixeira e Vivian Calderoni 25

Execução penal e fragmentação no Brasil: a disparidade da tipificação de faltas disciplinares de naturezas leve e média nos ordenamentos estaduais

Criminal execution and fragmentation in Brazil: the disparity of the classification of disciplinary infractions of light and medium natures in state ordinations

Bruno Rotta Almeida 65

A crescente população carcerária condenada à prisão perpétua nos EUA: seu custo e impacto em vários segmentos da sociedade

The growing prison population sentenced to life imprisonment in the USA: its cost and impact in various segments of society

Emilio C. Viano 99

Culpabilidade e execução penal: uma análise crítica do recurso à prevenção como estratégia de controle

Culpability and criminal law enforcement: a critical analysis of crime prevention as a control strategy

Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila 153

Gestão penitenciária e Poder Judiciário: interações entre agentes institucionais dentro e fora dos muros das prisões

Penitentiary management and Judicial Power: interactions between institutional agents in and out of prison walls

Lucas Vianna Matos e Bruna Portella de Novaes 181

A internalização das regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa

The internalization of Bangkok rules and its effects on the criminal execution of women in Brazil: limits and challenges in the context of mass incarceration

Luciana Costa Fernandes e Mariana Paganote Dornellas 209

Direito e população LGBT em cárcere: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado

Right and LGBT population in prison: an analysis from the experience of the Curado Complex in Pernambuco

Neon Bruno Doering Morais, Marilia Montenegro Pessoa de Mello e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas 241

Execução provisória da pena no Brasil: as irracionalidades da atual jurisprudência do STF

Provisional implementation of pen in Brazil: the irrationalities of current jurisprudence of STF

Renato Belini 281

Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988

Criminal execution and jurisdictionality: the failed promises of the Constitution of 1988

Ricardo Jacobsen Gloeckner e Tiago Bunning Mendes 319

La pena y su ejecución: la integración del derecho penitenciario en el sistema penal

The punishment and it's execution: the integration of prison law in the criminal system

Ricardo M. Mata y Martin 367

Privatização da administração de penitenciárias: análise crítica do discurso do Projeto de Lei 3.123/2012

Privatization of penitentiary administration: a critical discourse analysis of the Bill 3.123/12

Sarah Quintão Machado da Silva Pereira e Fernanda Mitsue Soares Onuma 395

Direito Penal

O funcionalismo penal e a abertura das categorias dogmáticas: um caminho à responsabilidade penal da pessoa jurídica

The criminal functionalism and the opening of the dogmatic categories: a path to the corporate criminal liability

André Luís Callegari e Raul Marques Linhares 435

A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e de crime de estado

The (il)legitimacy of the crime of illicit enrichment under the perspectives of crime of suspect and crime of state

Luis Otávio Sales da Silva Junior e Fábio André Guaragni 459

Liberdade de ação *versus* neurociências no direito penal da culpabilidade

Freedom of action versus neurosciences in criminal law of culpability

Paulo César Busato 487

Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico

Hate speech criminalization and freedom of speech: an analysis of the art. 20 of Law 7.716/89 from the perspective of the legal good theory

Tatiana Badaró 531

Direito penal e pós-modernidade: a proporcionalidade como instrumento de correção da expansão irrazoável da intervenção penal

Criminal law and post-modernity: the proportionality as a correctional instrument for the unreasonable expansion of the criminal intervention

Thiago Baldani Gomes de Filippo 571

Crime e Sociedade

Paralelismo e distanciamento entre a criminologia e o "olhar sociológico" sobre a punição: as múltiplas possibilidades do controle social enquanto objeto

Parallelism and distancing between criminology and the "sociological look" on punishment: the multiple possibilities of social control as the object

Franciele Silva Cardoso 607

Entre "punição" e "proteção": por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais

Between "punishment" and "protection": for a new model of juvenile penal responsability of juvenile offenders

Hamilton Gonçalves Ferraz 627

A recepção do pensamento criminológico no ensino do direito criminal paulista (1889-1930)

The reception of criminological thinking in the paulista's criminal law teaching (1889-1930)

Rebeca Fernandes Dias 649

Índice Alfabético-remissivo 693

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 703

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 713

Condições para Submissão (*checklist*) 717

Editorial Dossiê "Execução penal: mitos, desafios e horizontes"

Marcus Alan Gomes

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública da UFPA. Membro do Centro de Investigação CJS – Crime, Justiça e Segurança, da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador do Centro de Estudos Jurídicos Econômicos e Ambientais – CEJEA, da Universidade Lusíada-Porto, vinculado ao Grupo de Investigação Direito Penal e Criminologia. Vice-Presidente da Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa – AICLP. Juiz de Direito em Belém.
marcusalan60@hotmail.com

Áreas do Direito: Penal; Processual; Direitos Humanos

A legitimação do sistema penal parte de elaborações dogmáticas que buscam conferir sentido e utilidade à punição. Aqui se encontram organizadas as teorias da pena, seu fundamento e seus fins. Elas inspiram a legislação e nelas apoia-se a jurisprudência que reproduz a lógica punitiva. A criminologia, por sua vez, debate-se diante de uma retórica repressiva (populismo penal) baseada na ideia de periculosidade e em uma espécie de ode ao securitarismo. A política criminal, carente de sólida orientação epistemológica, é ministrada como remédio a todos os males sociais, a despeito de sua inquestionável inaptidão para dirimir conflitos intersubjetivos. Desse caldo de cultura resulta, no âmbito da execução penal, a fragilização de garantias individuais e a maximização do encarceramento a um nível que, na América Latina, transformou a prisão no grande expoente do controle e da exclusão social de uma massa humana que se conta aos milhares[1] – talvez milhões – submetida a reiteradas violações de direitos humanos.

1. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, a população

A execução da pena é o momento do controle penal que revela com mais nitidez as contradições e incoerências do poder punitivo. Nenhuma função declarada da pena – ou a ela atribuída – é capaz de se efetivar. Sintomaticamente, a retórica da repressão ganha robustez na medida em que os discursos de legitimação externam suas inconsistências. A simbologia do direito penal é patrocinada pela demagogia de modelos dogmáticos que identificam na pena aptidão para prevenir crimes. Uma equação incompleta cujo resultado é uma política criminal fantasiosa, que parece delirar, paranoica.

No Brasil, essa dinâmica atingiu níveis insuportáveis. Recentemente[2] foi apresentada aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal[3] uma proposta de projeto de lei elaborada por comissão de juristas liderada pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, que propõe modificações na legislação penal e processual penal para "aperfeiçoar o combate à criminalidade organizada, aos delitos de tráfico de entorpecentes, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal". Entre várias alterações drásticas no Código Penal, prevê-se nova redação para seu art. 75: o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

O alargamento do limite temporal máximo de cumprimento da condenação no País impactaria radicalmente o sistema penitenciário, ademais de reverberar preocupantemente na dinâmica progressiva da execução da pena. Nenhuma justificativa minimamente razoável foi apresentada para tamanha mudança. O trabalho da comissão não durou mais do que quatro meses e, como de hábito, desprezou qualquer interlocução com o saber criminológico. Um ato de força, por assim dizer, que aposta, uma vez mais, em estratégias populistas e de efeito simbólico. Enquanto outros países trilham o caminho do desencarceramento[4], o Brasil insiste e persiste no erro de cegar-se pela repressão e de servir-se do aprisionamento como uma espécie de anestésico coletivo que disfarça a dor provocada pelo câncer da desigualdade social e pelo esvaziamento de valores inerentes a uma sociedade plural e solidária.

---

prisional brasileira era composta, em junho de 2016, por 726.712 pessoas, em um universo de 368.049 vagas no sistema penitenciário. Um déficit, portanto, de 358.663 vagas.

2. Mais precisamente em 8 de maio de 2018.
3. Deputado Federal Rodrigo Maia e Senador Eunício Oliveira.
4. Em Portugal o cumprimento da pena privativa de liberdade não pode ser superior a 25 anos.

O propósito do Dossiê "Execução penal: mitos, desafios e horizontes" é promover um largo debate sobre as tormentosas – e, às vezes, aparentemente insolúveis – questões que envolvem o cumprimento da sanção penal e sua (in) compatibilidade com ideais humanitários e princípios constitucionais orientados à racionalização da resposta penal.

Nesse sentido, foram reunidos trabalhos que descortinam os principais problemas e dificuldades em matéria de execução penal, ora pautados em rigorosa investigação empírica, ora desenvolvidos mediante profunda exploração de sólido referencial teórico.

Luciana Costa Fernandes e Mariana Paganote Dornellas desenvolvem estudo sobre a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro das Regras da Bangkok estipuladas pela Organização das Nações Unidas para o tratamento e concessão de medidas não privativas de liberdade a mulheres que violaram a lei penal. As autoras consideram o encarceramento feminino no Brasil como uma expressão do encarceramento em massa para refletir sobre os impactos da política criminal de drogas relativamente ao incremento da população prisional feminina. Analisam, ainda, o cumprimento das referidas Regras pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no contexto do processo legislativo, da construção da jurisprudência e da concessão de indultos pela Presidência da República, tudo a afetar, durante e após a execução da pena, a vida das mulheres aprisionadas. Observam as autoras que:

> [...] os índices crescentes no encarceramento de mulheres e limites da atuação legislativa, judiciária e executiva debatidos, nos defrontam com um projeto de manutenção de hierarquias ou da perpetuação da única função ainda produzida pela pena: a de infligir dor e manter os interesses hegemônicos no País.

Os resultados alcançados pela pesquisa "Pensando o Direito: diagnóstico dos serviços prisionais no Brasil (Região Nordeste)", desenvolvida em 2015 no âmbito do projeto "Pensando o Direito" do Ministério da Justiça, são sistematizados e apresentados por Ana Gabriela Braga, José de Jesus Filho, Maíra Coutinho Teixeira e Vivian Calderoni. Com o objetivo de dar a conhecer a organização dos serviços e o perfil dos servidores penitenciários – com especial foco no agente prisional – o trabalho descortina a realidade dos serviços prisionais em estados do Nordeste, revelada por informações levantadas nos órgãos estaduais de execução penal e coletadas em entrevistas dirigidas com agentes penitenciários. Segundo os autores:

> [...] os dados produzidos pela pesquisa acrescentam elementos para a compreensão da precariedade estrutural do sistema prisional como fonte

> produtora de tensões que eclodem periodicamente em forma de massacres e à custa de muitas vidas, ademais da morte cotidiana das pessoas que vivem e trabalham atrás dos muros.

Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila discorrem sobre a culpabilidade, enquanto categoria dogmática, e sua correspondência com os fins preventivos (geral e especial) buscados nas etapas de individualização judicial e executória da pena. Preocupam-se com a repercussão de certas circunstâncias judiciais, inspiradas em um modelo de direito penal do autor, no processo de individualização da sanção penal, que acaba por ser conduzida para além dos limites do injusto culpável e impacta, por conseguinte, a progressão da execução ao regime aberto, a substituição e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, a concessão do livramento condicional e a aplicação da transação penal. Defendem, por fim, que:

> o exame da personalidade do agente, de seus antecedentes e de sua conduta social podem conduzir a uma pena superior à magnitude do injusto culpável, atrelada a fatores vinculados a uma rechaçável reprovação pela conduta de vida", pelo que "é preciso repensar a indicação desses elementos como fatores de fixação judicial da pena, bem como outros elementos presentes do artigo 59, *caput*, do Código Penal e que, quando de fato interessam, encontram-se já nos limites do próprio delito e de suas categorias.

Neon Bruno Doering Morais, Marilia Montenegro Pessoa de Mello e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas enveredam por rica pesquisa exploratória de campo multissituada com o escopo de analisar a habitação e as condições da população GBT nas prisões pernambucanas, em especial no Complexo de Curado, preocupados com a importância do Direito para a ruptura da lógica binária e homofóbica do cárcere. A hipótese investigada envolve o dimorfismo sexual no cárcere, que separa os internos pelo sexo e, em geral, não reserva espaço para a população GBT, a despeito de uma incipiente experiência em contrário em alguns presídios masculinos do País. Para as autoras e o autor, o ambiente binário da prisão é condicionado pela dominação masculina, e

> isso significa que pessoas com comportamentos 'femininos' vão sentir muito mais dificuldades no cumprimento de sua pena e, neste universo, são incluídas não apenas as mulheres cis, que são aquelas que se identificaram com o gênero atribuído a elas desde o nascimento, mas também as transexuais, travestis e os homens homossexuais [...]", que acabam por receber "punição adicional às que foram sentenciadas.

O binômio *execução provisória da condenação x presunção da inocência* é objeto da contribuição de Renato Belini, que analisa atentamente a legitimidade formal (racionalidade) e material (eficácia social) das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, das ADC 43 e 44, e do ARE 964.246 à luz do pensamento de Robert Alexy e do modelo teórico da ponderação. Destaca o autor que as premissas hermenêuticas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal "para permitir a execução provisória da pena no direito brasileiro restaram mais próximas de serem atos subjetivos do que efetivamente racionais".

Sobre a temática disciplinar na prisão, Bruno Rotta Almeida se propõe a um estudo comparativo da legislação de execução penal com o escopo de apurar em que medida a tipificação de faltas disciplinares de naturezas leve e média em distintos estados da Federação apresenta pontos contraditórios. O objeto principal do trabalho é, portanto, a fragmentação da execução penal no âmbito legislativo estadual e os problemas gerados por incoerências e divergências normativas. Esse cotejo leva o autor a concluir que

> as normas de execução penal devem ser ditadas – e também interpretadas – considerando as condições sociais concretas, e a superação do cárcere como meio de intensificação da exclusão social", constatada "a necessidade, especialmente no contexto brasileiro, de rupturas acima de tudo institucionais, que desmoronem as bases sólidas de um Estado sustentado pelo poder soberano e disciplinar.

Ricardo Jacobsen Gloeckner e Tiago Bunning Mendes, por sua vez, cuidam de uma antiga, porém sempre polêmica e problemática questão: a jurisdicionalização da execução penal. Já de início destacam os autores os traços administrativos que vigoram na aplicação da Lei de Execução Penal, os quais entendem incompatíveis com o atual estado da arte em matéria de execução, em que o Estado deve atuar como garantidor de direitos do interno. Após procederem à percuciente análise da natureza jurídica dos atos jurisdicionais que disciplinam o cumprimento da pena, ressaltam que:

> [...] o Brasil, neste ponto, apesar de admitir um juiz competente para lidar com a execução da pena, pouco mais fez do que introduzir um agente formalmente competente para controlar apenas alguns espaços da execução da pena, que se mantém ainda, não obstante o seu rechaço pelo direito da execução penal, essencialmente administrativa.

Lucas Vianna Matos e Bruna Portella de Novaes dedicam-se a interessante investigação empírica no seio da gestão penitenciária. A partir do estudo de

dez processos judiciais em curso na comarca de Salvador, o trabalho inova ao buscar compreender as interações entre atores institucionais extramuros, vinculados ao Poder Judiciário, e atores institucionais intramuros, estes atuantes nas unidades prisionais da capital baiana. Os casos escolhidos envolvem decisões judiciais sobre o cometimento de falta disciplinar pelos internos em que a atenção do autor se voltou ao fluxo documental de procedimentos administrativos disciplinares para efeito de análise crítica dos mecanismos de gestão, controle e punição no ambiente do cárcere. O trabalho desenvolveu-se em quatro etapas da tramitação processual: a notícia de indisciplina e aplicação de sanção cautelar; o curso do procedimento administrativo disciplinar; a audiência de justificação e a sentença homologatória da aplicação de sanção.

Sarah Quintão e Fernanda Mitsue Soares Onuma enfrentam, em perspectiva político-criminal, o tormentoso problema da privatização da administração penitenciária. O foco do trabalho é o conteúdo do Projeto de Lei 3.123/12, ora em curso na Câmara dos Deputados, e que versa sobre a privatização de estabelecimentos penitenciários. As autoras valem-se da Análise Crítica do Discurso de Norman Fairlough para identificar, no texto do Projeto de Lei, elementos que reproduzem o discurso hegemônico da privatização – de inspiração neoliberal e fiel à lógica gerencialista – que ganha espaço na política penitenciária brasileira. Concluem, categoricamente, que "a 'solução' apresentada pela privatização reproduz, mais uma vez, as estruturas já existentes, o que muda é que agora a administração do cárcere sai da gestão pública e vai para a privada".

Ricardo M. Mata y Martín, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valladolid, na Espanha – um reconhecido especialista em temas penitenciários – vem, em primoroso texto, propor que a execução da pena privativa de liberdade seja compreendida no contexto mais largo do sistema penal. Para o professor espanhol, a despeito do progressivo reconhecimento da juridicidade das circunstâncias que envolvem a execução da pena privativa de liberdade e de sua relevância constitucional, há outros aspectos que revelam a necessidade de se aproximar o sistema penal e o direito penitenciário da teoria da pena. Em suas palavras:

> Con todo ello ha pretendido mostrarse que solamente una visión completa de la pena que integre todos los periodos de vigencia de la misma, desde su inicial incorporación a la ley hasta su real aplicación en el sistema penitenciario, puede ofrecernos la auténtica virtualidad y contenidos de la pena privativa de libertad. En ese contexto más amplio pero necesario, la fase de ejecución de una pena privativa de libertad no representa la de menor

> trascendencia ni contenido jurídico sino, al contrario, la etapa decisiva y llena de aspectos jurídico-penales de la privación de libertad y, por tanto para las condiciones que habrá de sufrir el condenado. En este sentido la ejecución de la pena privativa de libertad, el Derecho Penitenciario, pertenece por Derecho propio al sistema penal y a su vez el sistema penal en su interna coherencia no se puede entender sin la integración del Derecho penitenciario.

A experiência da prisão perpétua nos Estados Unidos constitui o núcleo do artigo do Professor Emilio C. Viano (American University e Washington College of Law). O tema é objeto de reflexões criminológicas – o autor preside atualmente a Sociedade Internacional de Criminologia – que recaem sobre as razões históricas e culturais do encarceramento perpétuo no sistema penal norte-americano. O trabalho examina criticamente as justificativas desse tipo de pena, aponta suas inconsistências e analisa o viés correcional do modelo carcerário daquele país para destacar que "gastos excessivos no sistema de punição estruturado em torno da força policial, de prisões e de segurança, contrapõem-se a gastos mínimos empregados na prevenção, no tratamento das principais causas de criminalidade e o investimento nas comunidades em todos os aspectos necessários". Conclui, em tom categórico, que infelizmente

> considerações políticas e financeiras adotadas pela maior parte dos ocupantes de cargos eletivos, a despeito dos membros do Poder Legislativo, dos membros do Poder Judiciário e funcionários da Administração Pública em geral – incluam-se também os próprios interesses do sistema de justiça criminal em si mesmo – tornam a escolha pelo caminho mais promissor, razoável e humanitário, quase impossível nos Estados Unidos de hoje.

Não há mais tempo nem espaço para improvisos em matéria de execução penal. É premente que alternativas ao encarceramento e à lógica meramente punitiva da reação social sejam buscadas a partir do conhecimento acadêmico e científico, com o compromisso político não apenas de reduzir a violência urbana e a insegurança pública, mas também de potencializar o exercício de direitos e liberdades individuais e de promover a humanização da prisão, enquanto ainda precisarmos dela.

Esse é o principal propósito do dossiê temático com o qual a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* pretende contribuir para a reflexão responsável e madura sobre a execução penal, seus mitos, desafios e horizontes.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Compensação penal por penas ou prisões abusivas, de Rodrigo Duque Estrada Roig – *RBCCrim* 132/331-381 (DTR\2017\1433);
- O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 121/161-190 (DTR\2016\21997); e
- Penas alternativas ou o governo das pessoas pela punição?, de Marcelo Berdet – *RBCCrim* 119/327-356 (DTR\2016\4879).

Guardiões de castelos de areia: um retrato dos serviços prisionais do Nordeste brasileiro

Guards of the sands castles: a portrait of correctional services in the Northeast of Brazil

Ana Gabriela Braga

Pós-doutoranda (2018) na Universidade de Brasília (UNB). Doutora (2012) e Mestra (2008) em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo (USP) com estágio doutoral na Universitat de Barcelona (2011). Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp (Franca). Coordenadora do NEPAL (Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades) e do C.E.L. (Grupo de Extensão Cárcere, Expressão e Liberdade).
professora.anagabriela@gmail.com

José de Jesus Filho

Doutor em administração pública pela EAESP/FGV (2017). Mestre em Direito Penal pela UNB (2012). Graduação em direito pela UNESP (1999). Coordenador da Comissão de Segurança Pública e Pesquisador na área criminal da Associação Brasileira de Jurimetria.
jjesus@abj.org.br

Maíra Coutinho Teixeira

Mestranda na Université Lille 2 Droit et Santé & Science Po Lille, França.
maira.coutinho.teixeira13@gmail.com

Vivian Calderoni

Doutoranda e Mestra (2013) em direito penal e criminologia pela USP.
Coordenadora-adjunta do Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC).
Advogada.
calderoni.vivian@gmail.com.

Recebido em: 29.03.2018
Aprovado em: 09.05.2018
Última versão do(a) autor(a): 13.05.2018

Braga, Ana Gabriela; Filho, José de Jesus; Teixeira, Maíra Coutinho; Calderoni, Vivian.
Guardiões de castelos de areia: um retrato dos serviços prisionais do Nordeste brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 145. ano 26. p. 25-63. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo é uma síntese descritiva dos resultados finais obtidos na pesquisa Pensando o Direito: Diagnóstico dos Serviços Prisionais no Brasil (Região Nordeste), desenvolvida no ano de 2015, no âmbito do projeto Pensando o Direito do Ministério da Justiça. A pesquisa teve como objetivo conhecer a organização e perfil dos serviços e servidores penitenciários, com ênfase na figura do agente prisional. A metodologia abrangeu tanto abordagens quantitativas – coleta e inserção de informações dos estados em uma base de dados e aplicação de um *survey* – quanto qualitativas, a partir da análise normativa-organizacional, entrevistas e visitas *in loco*. Neste artigo, apresentamos um breve retrato dos serviços prisionais dessa região do Brasil a partir de informações das pastas estaduais de execução penal, do perfil e da opinião dos agentes penitenciários ouvidos pela pesquisa. O quadro que apresentamos aponta para a precarização das relações de trabalho prisional, propulsionada pela terceirização dos serviços prisionais e privatização de unidades. No atual contexto, a leitura dos dados de 2015 permite reforçar o diagnóstico – já explorado pela literatura nacional – da precariedade enquanto constituinte do sistema prisional brasileiro; nesse sentido, as crises, mais do que episódios excepcionais, constituem um projeto, pautando o funcionamento regular da prisão e dos serviços prisionais no Brasil.

Palavras-chave: Prisão – Agente penitenciário – Serviço prisional – Nordeste – Brasil.

Abstract: This article is a descriptive summary of the final results of the "Pensando o Direito: Diagnóstico dos Serviços Prisionais no Brasil (Northeast region)" study of January-September 2015, under the auspices of the "Pensando o Direito" project of the Ministry of Justice. The research objective was to examine the organization and profiles of the prison services and functionaries in the Northeast region of Brazil, with special focus on the prison agents. The quantitative methodology included the collection and entry of states› information in a database and the launch of a survey; qualitative methodology included normative-organizational analysis, interviews, and on-site visits. In this article, we present a brief portrayal of prison services in Northeastern Brazil, based on information from the state criminal enforcement bureaus, according to the opinions of prison officials from the survey. The resulting portrayal points to the precariousness of prison labor relations, propagated by the outsourcing and privatization of prison services. The readout of the 2015 data confirms the diagnosis, already explored in literature, of the precariousness of the Brazilian prison system, in which case crises have become the norm in prisons and prison services in Brazil.

Keywords: Prison – Prison guards – Penitentiary service – Northeast – Brazil.

Sumário: Introdução. 1. Contexto da pesquisa. 2. Agentes prisionais na literatura. 3. Percurso metodológico. 4. Agentes penitenciários no nordeste: breve panorama regional. 4.1. Alagoas. 4.2. Bahia. 4.3. Ceará. 4.4. Maranhão. 4.5. Paraíba. 4.6. Pernambuco. 4.7. Piauí. 4.8. Rio Grande do Norte. 4.9. Sergipe. 5. Considerações finais. Referências.

Introdução

Nas últimas décadas, o Brasil viveu um processo de crescimento exponencial da população penitenciária. De acordo com o último[1] Levantamento

1. Com exceção daqui que atualizamos os dados para o ano de 2018, os dados que serão citados ao longo do artigo são os de referência do momento da realização da pesquisa

Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen, BRASIL, 2016)[2], em junho de 2016, 726.712 pessoas estavam presas no País, elevando o Brasil ao posto de terceiro país com maior população carcerária no mundo (atrás apenas de Estados Unidos e China). Apesar da expansão do sistema penitenciário brasileiro nos últimos anos, a continuidade da cultura do encarceramento e o aumento exponencial da população prisional geraram um déficit de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o País, cenário também agravado em relação ao último levantamento disponível.

Para acentuar o problema, o crescimento populacional e físico (número de unidades) do sistema não foi devidamente acompanhado da ampliação do número de servidores penitenciários e de oferta de serviços prisionais, tanto dos que compõem a equipe técnica multiprofissional quanto de agentes penitenciários. Segundo o levantamento:

> [...] existem 67.176 pessoas trabalhando no sistema prisional do País. Nesse total, não estão contabilizados os números de São Paulo, dado que o estado não respondeu ao levantamento, e do Rio de Janeiro, que informou, incorretamente, existência de apenas 60 servidores. No Infopen de junho de 2013, contudo, consta que existiam 34.478 servidores no sistema prisional paulista e 6.655 no sistema fluminense. Se considerarmos que estes números se mantiveram, pode-se inferir que há cerca de 108 mil trabalhadores no sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2014, p. 76).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), por meio da Resolução 1 de 2009, recomenda a proporção mínima de cinco presos por agente penitenciário. Segundo, ainda, os dados de 2014, tem-se aproximadamente 46 mil servidores em atividade de custódia para uma população em torno de 350 mil pessoas – excluindo-se aqui a população prisional dos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro – perfazendo-se uma média de oito presos por custodiador. Contudo essa média pode ser mais baixa do que aponta os dados, uma vez que, entre os agentes responsáveis pela custodia do preso, muitos incluem os agentes em cargo administrativo ou agrupamentos especiais, que ainda que estejam locados nas unidades prisionais, não exercem a função de custódia propriamente dita. Para a correta interpretação desse dado,

---

(BRASIL, Infopen, 2014). Em se tratando de análise que envolve números relativos, não poderíamos atualizar os dados da população prisional sem atualizarmos também os números e informações coletados em 2015, o que exigiria outra pesquisa. Para manter a coerência, optamos pela referência anterior.

2. Infopen (2016).

é necessário notar que os servidores gozam de períodos de férias e licenças das mais variadas, de modo que nunca estão todos os servidores em atividade simultaneamente. Ademais, a organização do trabalho se dá em regime de plantões e é importante analisar quantos agentes prisionais estão em serviço por plantão.

Segundo o Infopen (com as devidas ressalvas feitas anteriormente) há 45.619 servidores voltados à atividade de custódia (exemplo: agente penitenciário, agente de cadeia pública) "A maioria dos trabalhadores do sistema realizam atividades de custódia, representando um total de 68% dos recursos humanos nas unidades prisionais" (BRASIL, 2014, p. 75); e, de acordo com o campo de pesquisa, parcela significativa se ocupa também da vigilância e das escoltas externas. Há ainda um grande contingente de policiais militares, policiais civis e agentes temporários ou terceirizados ocupando essas funções. A formação dos novos agentes varia de 100 horas a até 500 horas por ano. Em unidades prisionais terceirizadas, sequer há previsão de formação para novos agentes e nem todos os estados contam com escolas de administração penitenciária.

A mesma Resolução do CNPCP estabelece o número de profissionais da equipe técnica por 500 (quinhentos) detentos, de acordo com a seguinte proporção: um médico clínico; um enfermeiro; um auxiliar de enfermagem; um odontólogo; um auxiliar de consultório dentário; um psicólogo; um assistente social; três advogados; seis estagiários de direito; nove terapeutas ocupacionais; e um pedagogo. Contudo, não é essa a proporção que existe na realidade do sistema prisional brasileiro. A título ilustrativo, citamos a quantidade de clínicos gerais: de acordo com o Infopen (BRASIL, 2014, p. 76), são 449 clínicos gerais para todo o sistema penitenciário nacional, o que equivale dizer que cada médico é responsável por atender mais de 1.300 pessoas privadas de liberdade.

Ao lado da superlotação prisional e da crise permanente, que eclode em rebeliões, fugas e mortes, a insuficiência de equipes de saúde e de assistência judiciária figuram entre as principais mazelas dos sistemas prisionais estaduais. As administrações prisionais não têm sido capazes de conciliar e equilibrar as atividades de custódia e segurança com a provisão de saúde, alimentação, educação, trabalho e assistência jurídica para a população privada de liberdade, privilegiando a perspectiva do controle em detrimento das assistências previstas e garantidas pela Lei de Execução Penal.

Um dos caminhos para equacionar esse problema seria por meio da descentralização das atividades da administração prisional, com a transferência das assistências (atividades-meio) para as secretarias próprias, deixando com as pastas penitenciárias somente a atividade-fim (custódia). Recentemente no

Brasil, duas áreas seguiram esse encaminhamento, apresentando considerável melhora na prestação de serviços: educação e saúde.

Em 2003, com a finalidade de garantir o direito constitucional à saúde e o acesso com equidade, integralidade e universalidade às pessoas presas; assim como de organizar as ações e serviços de saúde dentro dos estabelecimentos penais, os Ministérios da Justiça e da Saúde começaram a se articular originando a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), que previa, entre outras coisas, a inclusão da população penitenciária no Sistema Único de Saúde (SUS). Já em 2009 e 2010, foram aprovadas, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos privados de liberdade, consolidando uma série de encaminhamentos para a implementação de uma política de educação para área, de modo que a responsabilidade pela gestão das escolas dentro das prisões seja das Secretarias de Educação e consideradas parte da rede pública de ensino, com os mesmo professores e materiais utilizados para o modelo de Educação de Jovens e Adultos (EJA) no estado.

É nesse campo que se insere a pesquisa *Diagnóstico dos Serviços Prisionais no Brasil* (Região NE), desenvolvida entre os meses de janeiro e setembro de 2015, no âmbito do projeto *Pensando o Direito* do Ministério da Justiça[3], cujos resultados finais foram sintetizados para se adequarem ao formato deste artigo.

A pesquisa teve como objetivo conhecer a organização e perfil dos serviços e servidores penitenciários dos nove estados que compõe a região Nordeste do País: Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, com ênfase na figura do agente prisional. Desde esse objetivo geral, depreenderam-se três objetivos específicos: i) diagnosticar os tipos de servidores que compõem o serviço penitenciário: quem são, de que área, remuneração, categoria (terceirizado, privado, estatutário, temporário, militar); ii) pensar na organização prisional a partir do serviço penitenciário, contrastando metas, discursos e práticas; iii) conhecer a formação, perfil e as opiniões dos agentes penitenciários para formular propostas de mudanças legislativas e políticas públicas voltadas à essa categoria.

3. Chamada Pública PNPD 097/2014 no âmbito do Subprograma de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional – PNPD do Programa de Mobilização da Competência Nacional para Estudos sobre o Desenvolvimento – PROMOB.

Após esta breve introdução, apresentamos o contexto em que foi desenvolvida a pesquisa, assim como o percurso metodológico. Em seguida, traçamos um breve panorama sobre características do serviço prisional e da função de agente penitenciário de cada estado; e, então, as considerações finais acerca do retrato apresentado.

1. Contexto da pesquisa

O período de realização da pesquisa, em especial das *visitas in loco*, merece destaque. As visitas, realizadas entre março e maio de 2015, sucederam as eleições federais e estaduais de 2014. Tratando-se de pastas vinculadas ao governo estadual relacionadas, por sua vez, com o Departamento Penitenciário Federal (DEPEN), a visita após eleição encontrou o tabuleiro recém-organizado, governos novos, muitas promessas e, muitas vezes, pouco conhecimento sobre a questão penitenciária. Nos estados que tiveram mudança de governo foram comuns as falas que atribuíam a precariedade do sistema penitenciário ao governo passado, isentando os atuais gestores de responsabilidade pelas condições do sistema prisional.

Ademais, o final de 2014 e o primeiro semestre de 2015 foram marcados por inúmeras rebeliões e fugas nos estados do Nordeste. Esse contexto é essencial tanto para leitura dos dados produzidos pela equipe de pesquisa quanto para refletirmos sobre a situação do sistema penitenciário de forma mais ampla. O contexto de precariedade e violência daqueles anos acompanhados nesta pesquisa vêm se agravando. Na realidade, esse contexto de penúria já estava presente antes mesmo, o que anuncia a crise como estado permanente e constituinte do sistema prisional brasileiro.

Segundo informações do Sindicato dos Servidores do Sistema Penitenciário do Maranhão (Sindspem-MA) e da Secretaria de Estado de Justiça e Administração Penitenciária (Sejap) 15 presos morreram no Complexo Penitenciário de Pedrinhas e 105 fugiram no ano de 2014[4]. Em maio de 2015, a rebelião iniciada no Pavilhão 10 do Presídio Regional de Feira de Santana na Bahia terminou após 18 horas de negociações, e 8 mortes[5]. As rebeliões na Penitenciária Estadual de Alcaçuz e no Presídio Provisório Raimundo Nonato, ambos localizados na Grande Natal/RN, levaram o governo do Rio Grande do Norte

4. Disponível em: [http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/09/veja-cronologia-de-fugas-mortes-e-rebelioes-no-complexo-de-pedrinhas.html]. Acesso em: 15.12.2015.

5. Disponível em: [http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/05/rebeliao-tem-mais-de-70-refens-vitimas-comecam-ser-libertadas.html]. Acesso em: 15.12.2015.

a decretar, em março de 2015, situação de calamidade[6] do sistema prisional do estado e instituir força tarefa para tentar controlar a situação nos presídios, através do Decreto 25.017[7]. Em maio de 2014, a Organização dos Estados Americanos (OEA) decretou medidas provisórias ao estado de Pernambuco pelo Complexo do Curado (monitorado desde 2011) e em 2015 foi alvo de novas denúncias à Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA[8].

Da mesma forma, o começo do ano de 2017 foi especialmente trágico para o sistema penitenciário do Nordeste do País, nas primeiras duas semanas de janeiro três estados da região atravessaram rebeliões que resultaram em muitas mortes e sangue. No primeiro dia do ano, a rebelião no Complexo Prisional Anísio Jobim, em Manaus (AM), deixou 56 presos mortos[9]. Dias depois, em 6 de janeiro, 33 presos foram mortos na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista (RR). Em seguida, em 14 de janeiro, ao menos 26 presos foram mortos na Penitenciária de Alcaçuz, na Grande Natal (RN). Uma "experiência, marcada por chacinas e episódios de violência extrema, que incluíram a decapitação de cabeças, esquartejamentos e atos de canibalismo, justificados como uma 'guerra entre facções rivais'" (MELO e RODRIGUES, 2017, p. 51).

O contexto específico de disputa e disruptura entre duas das maiores facções brasileiras (PCC e CV) certamente contribuiu para esse cenário de guerra, contudo, de acordo com Wagner Rocha D'Angelis, mesmo:

> Considerando-se como verdadeiras tais especulações, isso em nada diminui a responsabilidade e/ou incompetência do Poder Público (seja estadual ou federal) na tarefa de evitar os confrontos e o domínio de facções criminosas nas penitenciárias. O que aconteceu em Manaus, Boa Vista e Nísia Floresta, por exemplo, não são meros acidentes de percurso, como tentou mostrar eufemisticamente o atual presidente do país. [...] Na verdade, a praxe tem sido usar-se de medidas paliativas após cada calamidade, diante da falta de

6. Disponível em: [http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2015/03/governo-do-rn-decreta-calamidade-apos-onda-de-rebelioes-em-presidios.html]. Acesso 15.12.2015.
7. Disponível em: [www.diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id_jor=00000001&data=20150317&id_doc=489661]. Acesso em: 15.12.2015.
8. Disponível em: [http://global.org.br/programas/estado-brasileiro-deve-ser-responsabilizado-novamente-por-violacoes-de-direitos-no-complexo-do-curado-anibal-bruno]. Acesso em: 15.12.2015.
9. O segundo número maior de mortes em acontecimentos no sistema prisional depois do massacre do Carandiru, em 1992, no estado de São Paulo, que ocasionou ao menos 111 mortes.

> um amplo plano de construções de novas unidades prisionais, quiçá porque novas e antigas autoridades continuam se apegando à arcaica máxima de que investimentos em "presídio e esgoto não geram votos".[10]

As recorrentes violações de direitos humanos na história e no presente em nossas prisões, somadas aos resultados da pesquisa, parecem indicar que as explosões violentas que ocorrem no sistema penitenciário são momentos pungentes de uma permanente tensão, sucateamento, vulnerabilidade e violência, que definem o funcionamento ordinário do sistema penitenciário no Brasil. Nomear esses momentos agudos como "crises" não nos parece adequado[11], uma vez que os elementos para que situações de extrema violência como essas se expressem já estão presentes há décadas e são fruto de uma opção política de condução e gestão do sistema prisional e da estrutura punitiva.

Os dados que serão apresentados aprofundam o debate sobre as tendências políticas criminais em curso no País ao destacarem a precariedade dos serviços prisionais. Tais dados parecem corroborar a hipótese de que as escolhas políticas de gestão dos serviços penitenciários, assim como a qualidade desses serviços, são fatores que contribuem para a produção das péssimas condições de encarceramento e de trabalho para o domínio das facções criminosas e manutenção do sistema em crise permanente.

A leitura dos dados no atual contexto permite reforçar o diagnóstico – já explorado pela literatura nacional[12] – de precariedade permanente do sistema prisional; nesse sentido, as crises, mais do que episódios excepcionais, constituem o funcionamento regular da prisão no Brasil.

2. Agentes prisionais na literatura

Apesar da importância de se pensar os serviços prisionais, pesquisas sobre essa temática, em especial, acerca dos agentes prisionais, têm sido negligenciadas em favor de estudos sobre presos e presas. No Brasil, pouquíssimas

10. Rebeliões no sistema penitenciário: fracasso do papel do Estado? Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/55231/rebelioes-no-sistema-penitenciario-fracasso-do-papel-do-estado]. Acesso em: 28.02.2018.

11. Diversos autores da literatura prisional exploram a hipótese de que as rebeliões e episódios de violência do sistema prisional compõe sua dinâmica. Para Sykes (2007), a rebelião não é um fato isolado e explosivo que atravessa surpreendentemente a dinâmica prisional. Segundo Salla (2006), a rebelião emerge a partir de uma série de outras crises menores, de um "*processo longo e profundo de desequilíbrio de poder*".

12. Sá (2009); Nascimento (2017); Melo (2018).

pesquisas têm sido desenvolvidas para se compreender a atuação desses agentes e sua identidade, entre elas destacamos os trabalhos de Luiz Antônio Bogo Chies (2001), Pedro Rodolfo Bodê de Moraes (2005), Anderson Moraes de Castro e Silva (2008) e a de Vivian Calderoni (2014).

Todavia, como bem colocou Alison Liebling (2000) é impossível entender a experiência da vida na prisão para os presos, ou as variações significativas entre prisões, sem uma clara compreensão do papel do agente penitenciário nessa estrutura. Da mesma forma, não há como se pensar o sistema penitenciário sem levar em conta os serviços prisionais.

Nesse debate, um primeiro aspecto diz respeito à natureza da atividade penitenciária. Em muitos estados, ela está localizada na pasta da segurança pública, em outros, na justiça e, em seis estados, foi instituída uma secretaria própria, de natureza civil, e não policial, geralmente denominada *Secretaria de Administração Penitenciária*. A localização da atividade penitenciária em uma dessas pastas tem implicações importantes sobre a autonomia e capacidade de gestão prisional. Além disso, ela está estreitamente vinculada à questão acerca do delicado lugar que o agente penitenciário ocupa entre o que convencionou-se considerar como defesa da sociedade e a proteção da pessoa privada de liberdade. A primeira opção aproxima o serviço penitenciário das forças de segurança, e conforme ouvimos no campo de pesquisa, envolve demandas em torno de porte de armas, do poder de polícia, da instauração de investigação criminal de crimes ocorridos no interior das prisões e da captura de foragidos.

Um segundo aspecto é o debate acerca da competência e limites para o exercício da atividade penitenciária e punitiva, enquanto função típica de Estado ou passível de ser delegada à iniciativa privada. Essa pergunta tem especial relevância em tempos de acelerado processo de privatização do sistema penitenciário que ora vivencia-se no Brasil.

A pesquisa se ancora em várias correntes e tradições teóricas que se voltaram ao estudo das prisões e do pessoal penitenciário, desde as teorias da ordem/desordem, controle, poder e legitimidade no interior das prisões, passando pela literatura acerca do comportamento e cultura desses agentes e pelas obras que abordam as implicações das transformações sociais e institucionais, em um nível macro, sobre a atuação dos agentes, especialmente na relação desses com os presos. Alguns especialistas colocam o tema da ordem, do controle e da legitimidade na atuação dos agentes penitenciários em relação aos presos como a questão central da gestão penitenciária.

Esse debate, prolífico na literatura penitenciária estadunidense dos últimos 60 anos, mas que não encontrou suficiente eco no Brasil[13], busca responder questões em torno da melhor forma de atingir os objetivos mais comumente assinalados à administração prisional: segurança, disciplina, proteção dos indivíduos e reintegração social. De um lado, autores como John Irwin (1987), Gresham Sykes (1958) e Richard Cloward (1960) abordaram as prisões desde uma perspectiva criminológica, destacando a figura do preso e sua cooperação com aspectos chaves na manutenção da ordem, de modo que a prisão vem a constituir-se de uma comunidade política. De outro, autores como John DiIulio (1987), Bert Useem (2006) e James Wilson (2000) apostaram na centralidade da figura do gestor prisional e sua capacidade de liderança sobre os presos.

Kelsey Kauffman (1988) dedicou-se a entrevistar mais de 100 agentes prisionais de Walpole em Massachusetts, em uma pesquisa longitudinal, para ricamente descrever aspectos culturais, motivacionais e da postura dos agentes penitenciários.

Jennifer Lee Heckman (2013) estudou o sistema prisional da Califórnia e constatou que, mesmo sob isomorfismo coercitivo, as alterações impostas pela Justiça do Estado, em temas de provisão de saúde, não foram aplicadas pela administração prisional devido a prevalência das lógicas institucionais já sedimentadas. Ou seja, mesmo após uma série de reformas institucionais, estas esbarram em práticas organizacionais previamente estabelecidas, gerando conflitos entre propósitos e funções organizacionais. No caso estudado por Heckman, os gestores prisionais recusaram-se a prover saúde adequada aos presos, conforme ordem da Justiça, porque entendiam que a segurança deveria prevalecer sobre outras demandas e que o cuidado com o bem-estar dos presos enfraqueceria a sua autoridade.

Uma corrente de autores, cujos principais expoentes são John Hepburn (1987) e Francis Cullen (1989), em suas pesquisas, apontam que a reduzida capacidade de agentes penitenciários de influenciar nas decisões acerca das operações e objetivos da prisão está associada a atitudes relacionadas à insatisfação no trabalho, tensões sobre seu papel e identidade funcional, além da alienação no trabalho. Essas constatações estariam baseadas ou nas diferenças de poder entre agentes penitenciários, a administração central e os presos ou na disparidade entre a capacidade real e a ideal do agente penitenciário de exercer controle sobre a população carcerária. Nesse sentido, John Hepburn (1985)

13. Encontra-se apenas as obras de Rosa Maria Fisher (1991), Fernando Salla (2006) e Sandro Cabral (2006). Esta última, porém, esteve mais voltada a comparar o desempenho de prisões privatizadas com prisões públicas.

afirma que a habilidade de agentes penitenciários de coagir fisicamente seus cativos no caminho da obediência é ilusória no dia a dia da prisão e seu valor é bastante duvidoso nos momentos de crise.

Como aponta Vivian Calderoni (2014), a relação que se constitui entre os agentes de segurança penitenciária e o cárcere é complexa, fruto de múltiplos elementos, entre eles os fatores institucionais – características da Instituição em que trabalham, seus objetivos, normas, recursos humanos, relacionamento com o Poder Judiciário, aspectos ambientais, econômicos – que interagem com os fatores individuais e subjetivos de cada agente – familiar, psicológico, social, financeiro – e que são influenciados pelas características da população carcerária específica. Logo, compreender o sistema penitenciário pela perspectiva dos servidores penitenciários parece uma abordagem interessante para desvelar as relações entre as personagens do sistema de justiça, aspectos do funcionamento da dinâmica prisional, ou, ainda, o papel socioeconômico da prisão na sociedade brasileira hoje.

3. Percurso metodológico

A pesquisa[14] foi realizada a partir de metodologia empírica, utilizando-se de abordagens quantitativas e qualitativas. Iniciando-se por pesquisa bibliográfica com a leitura das principais obras da literatura nacional e internacional acerca do tema, e desenvolvendo-se por meio de uma combinação de técnicas, entre as quais: análise documental, entrevistas, *visitas in loco* a estabelecimentos prisionais, aplicação de *survey* e solicitação de informação às pastas estaduais. Para uma *análise qualitativa* foram realizados: estudo da organização e normativa de cada estado (análise documental)[15]; *visitas in loco* a, ao menos,

14. Para atender às exigências éticas de pesquisas com seres humanos, a equipe responsável pelo Eixo Sul e Sudeste (do mesmo edital desta pesquisa, coordenada por Christiane Russomano Freire e co-coordenada por Luiz Antonio Bogo Chies), submeteu e teve aprovado o projeto em comum ao Comitê de Ética em Pesquisa da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) de São Paulo – a mesma havia informado que não aceitaria pareceres de outros comitês de ética para realização da pesquisa em São Paulo, e que, ao contrário, o emitido pela SAP teria validade nas demais localidades.

15. A análise documental abarcou a legislação e organização de cada estado da federação, assim como compilação de dados acerca da composição dos servidores penitenciários. Nessa primeira etapa, as fontes de informações foram exclusivamente institucionais, reunidas a partir de pesquisa nos sites e solicitações de informações às Secretarias Estaduais. Então, foram realizadas visitas *in loco* aos estados com objetivo de obter dados mais aprofundados sobre aspectos culturais, motivação organizacional,

duas unidades prisionais por estado[16]; entrevistas semidirigidas com diretores, gestores e sindicatos.

A escolha das unidades prisionais[17] a serem visitadas foi negociada com a administração penitenciária estadual[18] e atendeu aos seguintes critérios: i) relevância da unidade no contexto local; ii) diversidade dos tipos de estabelecimentos para constituição da amostra; iii) condições logísticas para realização

---

relações de poder e atuação dos agentes penitenciários, sindicatos e gestores locais. Essas visitas tiveram como objetivo-produzir dados qualitativos que subsidiaram a análise dos dados quantitativos, e trouxeram elementos para uma análise mais aprofundada de cada realidade estadual, além de uma visão geral da região estudada.

16. A equipe de pesquisa percorreu os nove estados da região Nordeste do País. Em cada estado visitou-se diferentes tipos de estabelecimentos de privação de liberdade ao transcorrer da pesquisa de campo. As unidades visitas constituem uma amostra não aleatória, mas significativa da região, construída em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional e com as outras equipes de pesquisa. A equipe desta pesquisa padronizou visitar ao menos duas unidades prisionais em cada um dos nove estados do Nordeste, totalizando 27 unidades, assim distribuídas: quatro em Alagoas, duas na Bahia, duas no Ceará, quatro no Maranhão, duas na Paraíba, duas em Pernambuco, quatro no Piauí, quatro no Rio Grande do Norte e três em Sergipe. Tais unidades visitadas incluíram, ao menos, seis diferentes tipos de estabelecimentos de privação de liberdade: oito penitenciárias, sete unidades para presos provisórios (cadeia pública, centro de detenção provisória, casa de detenção), seis estabelecimentos femininos, duas unidades de semiliberdade, duas de segurança máxima, um Hospital de Custódia e Tratamento Penitenciário e um núcleo ressocializador.

17. Dados os limites material e temporal, foi acordado entre as equipes e o DEPEN a constituição de uma amostra não aleatória, mas significativa da região, composta por um número mínimo de unidades a serem visitadas. Cada equipe deveria abranger no seu campo de pesquisas de estabelecimentos ao menos cinco estabelecimentos de diferentes tipos (Cadeia Pública, Fechado, Semiaberto, Feminina, HCTP) de sua respectiva região. Dessa forma, buscou-se uma amostra diversa tanto em relação ao tipo de regime (aberto/semiaberto), ao público que se destina (provisórios, condenados, mulheres), quanto a natureza da instituição (penitenciária, delegacia, HCTP) a partir da qual pudesse ser desenhado um retrato das condições de execução penal nessas unidades, assim como dos serviços prisionais ofertados.

18. Durante as visitas, a equipe foi acompanhada de gestores das secretarias estaduais ou de agentes penitenciários designados pelas mesmas. O contato e apoio das pastas de administração penitenciária foram essenciais para o desenvolvimento dessa fase da pesquisa. Primeiro, porque desses órgãos obtinham-se as autorizações para entrar nas unidades prisionais e realizar o deslocamento até as unidades (que, de forma geral, estavam distante do centro da cidade ou ainda em outro município). Depois porque a perspectiva dos gestores era uma das vozes importantes para composição de um diagnóstico dos serviços penitenciários.

das visitas. Diante de tais critérios as visitas se concentraram nas capitais e arredores dos estados, porque é nos grandes centros que está situada a maior parte das unidades prisionais – em sua maioria na forma de complexos – assim como as sedes da administração penitenciária e dos sindicatos.

No entanto, o estudo dos serviços prisionais vai muito além de conhecer a natureza de sua atividade, uma vez que ele também demanda conhecer as dimensões da cultura organizacional e das lógicas conflitantes no interior de instituições complexas como as prisões. Por essa razão, foi importante triangular as fontes de pesquisa institucionais com a voz das principais personagens das prisões que são os agentes penitenciários e as pessoas presas. A voz dos gestores, agentes penitenciários, diretores, presos, representantes dos sindicatos conformaram uma multiplicidade de perspectivas fundamentais para constituir uma visão mais aprofundada e diversa, contrapondo as diversas visões das personagens do campo de pesquisa. Esse recorte foi inspirado na proposta de "vocalidade múltipla" (*multi-vocality*) de Laura Beth Nielsen (2014, p. 19) – uma das multiplicidades da sua proposta de "direito em movimento" (*Law in Motion perspective*).

A multiplicidade de vozes, impressões e informações das visitas *in loco* foram sistematizadas na forma de Relatórios Estaduais de modo a aglutinar, também, informações presentes na planilha de dados preenchida pelas próprias pastas prisionais. Os relatórios trazem informações acerca do sistema penitenciário estadual, descrevendo as entrevistas realizadas e unidades visitadas. Cada relatório estadual foi estruturado a partir de 7 (sete) temas[19].

Nas visitas, foram realizadas entrevistas semiestruturadas com responsáveis pela pasta do sistema penitenciário estadual, diretores de unidade, presidentes de sindicato e agentes penitenciários, de modo a compreender as relações de poder entre servidores e desses com o sindicato e a administração prisional. Conhecer e comparar as perspectivas de alguns diretores, agentes e técnicos do sistema permitiu analisar as relações desses atores em distintos estabelecimentos prisionais na região estudada. Além disso, foram

19. Padrão acordado com o DEPEN e com as outras duas equipes de pesquisa: 1. Panorama: no qual sintetiza-se as principais informações do estado em um quadro; 2. Desenho institucional: apresenta-se a organização penitenciária local (pasta, secretarias, direções); 3. Dimensionamento: números do sistema prisional estadual; 4. Formação dos agentes penitenciários: informações sobre escolas e cursos; 5. Carreira dos agentes penitenciários: tema central, em que se discute: satisfação, concurso, salário, plano de carreira, funções; 6. Privatização: nesse item diagnostica-se a terceirização, cogestão e outras formas de mercantilização do sistema penitenciário; 7. Legislação: estão reunidos projetos de lei e legislação estadual em torno da carreira do agente penitenciário.

contempladas, nas entrevistas, a percepção desses personagens sobre seu papel, suas necessidades e demandas[20].

Além das entrevistas, as visitas às unidades prisionais tiveram o intuito de observar a estrutura física, condição de trabalho dos agentes, procedimentos, ação e organização de grupos especiais (escolta, intervenção), além de conversas informais com agentes de plantão, presos e com outros funcionários do sistema, de modo a permitir que a equipe de pesquisa entrasse em contato com a realidade prisional diretamente e não apenas com relatos.

4. Agentes penitenciários no Nordeste: breve panorama regional

A seguir, passa-se a apresentação de alguns dados do campo de pesquisa, o recorte aqui traçado traz elementos que dizem respeito especificamente a carreira do agente prisional dentro de um panorama do sistema prisional no Nordeste brasileiro. Os estados são apresentados aqui em ordem alfabética, para cada um reunimos informações acerca do contexto local, dimensionamento do sistema penitenciário, informações acerca da carreira do agente, criação de grupos especiais, modelos prisionais, privatização das unidades e terceirização dos serviços prisionais.

4.1. Alagoas

Alagoas[21] se destacou pelo contraste entre a unidade considerada modelo e as condições das demais unidades, todas superlotadas: o Presídio do Agreste (privatizado) é apresentado como contraposição às outras nove unidades do estado. A falta de técnicos também é um dos temas centrais para compreensão da dinâmica prisional alagoana.

Segundo os dados do Infopen (BRASIL, 2014) o estado de Alagoas possuía 5.948 presos distribuídos em 9 unidades prisionais – incluindo o Presídio do Agreste, unidade privatizada. São 641 agentes penitenciários, sendo 463 do sexo masculino e 1.200 prestadores de serviços.

20. Para elaboração das entrevistas, a pesquisa recorreu aos trabalhos já desenvolvidos por Jennifer Lee Heckmann (2013), Vivian Calderoni (2014) e Kelsey Kauffmann (1988), as quais trabalharam com entrevistas semiestruturadas sem prévia aplicação de questionários.

21. Campo realizado entre os dias 13 e 14 de maio de 2015. Foram visitadas as seguintes unidades prisionais: 1. Estabelecimento de Segurança Média Prof. Cyridião Durval e Silva (provisórios); 2. Presídio de Segurança Máxima (PSM); 3. Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia; 4. Núcleo Ressocializador da Capital.

Pelas informações coletadas em campo, faz dois anos que o Ministério Público proibiu a contratação de novos prestadores, logo a administração alega ficar com funcionários faltosos, porque não pode dispensar e contratar. Ademais, não há cargos de técnicos previsto no sistema, porém alguns prestadores de serviços realizam as funções técnicas. O único cargo institucionalizado no estado é do agente penitenciário. A Secretaria conta com 642 agentes, 1.200 prestadores e com 80 servidores do plano geral do Estado, emprestados de outras secretarias. De acordo com os dados da planilha, o orçamento aprovado em 2014 foi de R$ 59.210.905,00, o disponível correspondia a R$159.648.486,80 e o executado a R$133.408.713,97.

A escolaridade exigida para ingresso na carreira é o ensino fundamental completo. A remuneração inicial é de R$ 2.751,58 e a final de R$ 7.827,61. O regime de trabalho é concursado e estatutário e a escala de plantão de 24 horas trabalhadas por 96 de descanso. Não tem plano de carreira, porém esse estava em fase de elaboração.

Houve um único concurso em 2006 e foram chamados 100 agentes. As causas de desligamento são por licença saúde (18), exoneração (14), demissão (11), aposentadoria (1) e evasão (1).

As atribuições dos agentes penitenciário alagoanos são laborterapia, guarita, plantonista, setor de segurança e, excepcionalmente, setor administrativo. Existem, também, os grupos especiais: como o GIT (Grupamento de Intervenção Tática), o GER (Grupo de Escolta e Remoção) e o GEA (escolta com PMs). O porte de arma é regulamentado por uma Portaria de 2014.

Para os agentes penitenciários ouvidos é importante que todo agente, independente da especialização (escola, intervenção) passe pelo plantão: "no plantão a gente entende a dimensão de tudo", "no final, no plantão é quando tudo acontece".

A precariedade das condições de trabalho dos agentes nos plantões é enorme: falta água para beber, os alojamentos são improvisados e faltam equipamentos. Não tem armas não letais, segundo agentes entrevistados, apenas munição letal "eu no meu plantão se vejo 20 presos vindo me pegar, vou dar tiro nele com que eu tiver na mão". A demanda é justamente por efetivo e equipamento (arma): "parece que a gente não faz parte da segurança pública", afirmou um agente no plantão entrevistado.

No que diz respeito ao modelo arquitetônico das unidades prisionais, que adota o modelo da empresa *Verdi*[22], é muito interessante o elemento que apa-

22. Esse modelo, adotado em diversas unidades novas, cria barreiras físicas de contato entre agentes penitenciários e população prisional. Enquanto os primeiros circulam

rece na fala de uma gerente de unidade: "se eu tivesse de plantão eu preferiria a *Verdi*, eu como diretora sou contra. Para o agente é ótima, para segurança, para ressocialização não existe".

4.2. Bahia

Esse estado[23] se destacou pela forte presença da polícia militar no comando da administração penitenciária e na direção das unidades. Além disso, os dados e discursos do campo de pesquisa apontam para um acelerado processo de privatização das unidades prisionais em curso no estado.

Segundo os dados do Infopen (BRASIL, 2014), a Bahia tinha uma população prisional de 15.399 para 8.321 vagas disponíveis e uma taxa de aprisionamento de 101,8 para 100 mil habitantes, a quantidade de presos provisórios no estado era elevada, alcançando a marca de 65%. Ainda de acordo com o relatório, eram 22 unidades prisionais, sendo seis privatizadas (cogestão), quatro delas em contrato com a empresa Reviver e duas sob a responsabilidade da empresa Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda.

No momento em que a pesquisa de campo se desenvolveu, do total de unidades do estado, uma estava sob direção de um policial civil e seis de policiais militares. É importante destacar que a Cadeia Pública de Salvador, a qual funciona como a porta de entrada para o sistema prisional da Bahia e é responsável pela distribuição dos presos para as demais unidades, encontrava-se sob o comando da Polícia Militar.

De acordo com as informações coletadas na visita de campo ao estado, em torno de 50% do quadro de pessoal da administração penitenciária era de carreira, e 40% formado por agentes REDA (Regime Especial de Direito Administrativo). Esses últimos são agentes temporários que, segundo informações do Sindicato dos Terceirizados, prestam serviços pelo tempo de um ano, renovável por mais um ano.

Pelas informações fornecidas pela SEAP no preenchimento da planilha enviada pela equipe de pesquisa, a Bahia possuía 1.076 agentes penitenciários

---

basicamente pelo segundo andar da prisão, os presos ficam no andar baixo. A visibilidade se dá por grades no chão no segundo piso (teto do primeiro piso) e os agentes podem abrir e fechar celas, realizar a contagem dos presos e gerir os deslocamentos internos nas unidades sem necessidade de descer para o primeiro piso, sem entrar em contato com os presos.

23. Campo realizado entre os dias 25 e 27 de março de 2015. Foram visitadas as seguintes unidades: 1. Penitenciária Lemos Brito (PLB); 2. Cadeia Pública de Salvador.

concursados estatutários, 469 temporários e 780 terceirizados. Desse total, 1.238 agentes masculinos e 307 agentes femininas. Em entrevista seus representantes afirmaram a existência de um batalhão da Polícia Militar de 800 policiais responsável pela guarda prisional. Segundo a mesma fonte, o orçamento aprovado em 2014 foi de R$ 532.501.492 e o disponibilizado efetivamente foi de R$ 416.424.514. O executado foi muito próximo do total disponibilizado, chegando a R$ 414.040.565.

Havia quatro grupos de agentes responsáveis pela custódia dos presos: policiais militares, servidores concursados, agentes sob REDA e agentes terceirizados (denominados agentes de disciplina penitenciária). O último concurso público para agentes ocorreu em 1992, a falta de renovação se reflete no envelhecimento dos agentes e diminuição do quadro.

Os agentes concursados, temporários (REDA) e terceirizados apresentaram grande disparidade salarial. Segundo o sindicato dos terceirizados, o salário do concursado era, em média, de R$ 3.300,00, dos temporários de R$ 2.300,00 e dos terceirizado de R$ 1.100,00. Tal dado aponta para a perversidade da terceirização de serviços em relação não só aos terceirizados, mas aos concursados também, na medida em que, ao pagar um terço do salário sem qualquer estabilidade ou direito trabalhista para ser realizado o mesmo serviço, se está ao mesmo tempo precarizando as condições de trabalho e de vida do terceirizado e dos agentes estatais, estes em número cada vez mais reduzido e ameaçados pelo exército de reserva de trabalhadores temporários.

O Grupo Especial de Operação Prisional (GEOP), responsável pelo gerenciamento das crises, contava com 16 servidores e que, segundo os sindicatos, eram responsáveis por confeccionar e comprar seus próprios uniformes bem como portar armas de maneira ilegal. O GEOP era formado por agentes penitenciários, mas não restou claro o processo e requisito de ingresso. Muitas vezes a equipe de pesquisa ouviu reclamações por parte dos agentes de que tem que utilizar suas armas particulares, pois o Estado não fornece.

As novas unidades prisionais estavam sendo construídas pela construtora *Verdi*. São unidades pré-moldadas, que podem ficar prontas em seis meses. São unidades que operam segundo a lógica do confinamento, da redução da mobilidade do preso e da eliminação do contato do preso com os agentes penitenciários.

Para o sindicato dos agentes penitenciários, a Polícia Militar estava usando o sistema penitenciário como fonte e informação sobre práticas criminosas. O sistema penitenciário como instrumental para fins de segurança pública. Os agentes demandavam uma lei orgânica e que a SEAP seja mais técnica e menos política.

Havia um evidente processo de vulnerabilização da função do agente penitenciário alavancado principalmente pela privatização do sistema prisional, da ausência de concursos públicos e da manutenção dos serviços prisionais por meio de agentes temporários e terceirizados.

4.3. Ceará

Em[24] 2007, havia 513 agentes, após ação judicial sob o último e único concurso realizado nos últimos 7 anos, 2.181 agentes. Nos discursos dos agentes foi comum a demanda por uma "logística bélica" – com formação de grupos especiais – ponderada com a demanda de aumento do efetivo para gerir a superlotação através de uma "gestão mais humana".

Passada a sensação sufocante de avistar as celas superlotadas, uma impressão ao visitar as unidades prisionais cearenses foi a diversidade de pessoas que circulavam por ali. Enquanto percorria a unidade prisional, a equipe pôde conversar com diversos personagens do sistema de justiça e técnicos do sistema, oportunidade quase inédita no trabalho de campo prisional. O mais comum é os operadores de direito só existirem no papel e no fórum, e as equipes multidisciplinares, quando previstas, serem em número reduzidíssimo e muitas vezes trabalharem em sistema de rodízio em várias unidades do sistema, com pouca fiscalização.

Durante a visita, a equipe encontrou um juiz responsável por uma das Varas da Execução Penal trabalhando em mutirão com seus servidores para atender ao art. 41, XVI, da Lei de Execução Penal que garante como direito da pessoa presa "atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente". Além do juiz, foi possível conversar com duas advogadas contratadas da unidade, o responsável pela escola penitenciaria, pelo curso de informática etc.

De acordo com os dados do Infopen (BRASIL, 2014) a população carcerária do Ceará era composta por 21.798 pessoas distribuídas em 158 unidades prisionais. Trabalhavam no sistema 2.681 pessoas, entre os quais 2.163 agentes penitenciários celetistas – 1.751 do sexo masculino e 412 do sexo feminino. Na entrevista com o sindicato foi informado que quase todas as unidades possuem um excedente populacional de 100% (mínimo) e que, em média, há um agente penitenciário para 100 presos por plantão.

24. Campo realizado entre os dias 22 e 23 de abril de 2015. As unidades prisionais visitadas foram: 1. Penitenciária Francisco Hélio Viana de Araújo – PFHVA; 2. CPPL3.

De acordo com os dados da planilha, o orçamento aprovado em 2014 foi de R$ 344.774.544,04, o disponibilizado efetivamente foi quase a metade de R$ 191.745.483,68 e o executado apenas R$ 177.151.136,34.

O salário inicial bruto do agente penitenciário no Ceará era de R$ 3.457, e final de R$ 8.700; todavia, o plano de carreira estava ainda em processo de aprovação legislativa. Os agentes faziam escolta, custódia e guarda da muralha. Havia um regimento interno regulamentando a intervenção da polícia militar em situações de crise. Em entrevista, o assessor da COSIPE observou que o agente penitenciário trata o preso de forma menos ríspida que o policial militar, pois há um contato mais direto, dinâmico e prolongado com o preso.

No início do ano de 2015, o Secretário efetivou a ocupação dos cargos de direção para os agentes penitenciários. A Secretaria possuía técnicos jurídicos concursados, além de parcerias com a Secretaria de Educação, Secretaria de Saúde e Empresas. Entretanto, permanece a necessidade de contratar técnicos para as funções administrativas, uma vez que essas também eram ocupadas por agentes em desvio de função-fim.

4.4. Maranhão

O estado do Maranhão[25] se destacou pelo tema da privatização/terceirização que está diretamente associado ao sucateamento das unidades e ao abandono pelo estado de modo muito sensível. Além disso, o domínio pelas facções foi tema recorrente das falas no campo de pesquisa.

No momento em que a investigação de campo foi realizada, havia um discurso por parte do governo e algumas medidas de tentativa de reapropriação pelo Estado. A política que o recém-empossado governo dizia estar querendo implementar era baseada em três metas: 1. Controle do Estado (exemplo de medida concreta: abertura de seleção para auxiliar penitenciário); 2. Implantação de melhorias (exemplo de medida concreta: fechar as 28 delegacias que tinham presos); 3. Desarticular facções (exemplo de medida concreta: aumentar a quantidade de técnicos e de funcionários da segurança e isolando líderes na nova unidade de segurança média Penitenciária de São Luís-III (PSL-III). Priorizar abertura de vagas de trabalho e educação nas unidades "neutras").

25. Campo realizado entre os dias 7 e 8 de abril de 2015. Foram visitadas as seguintes unidades prisionais: 1. Penitenciária de Pedrinhas (PP); 2. CDP; 3. Penitenciária São Luís III (PSL-III); 4. Penitenciária Feminina.

Interessante destacar que o estado do Maranhão, apesar de ter um sistema prisional deficitário, apresentava uma bem estruturada carreira de agentes penitenciários. De acordo com o Infopen (BRASIL, 2014), o estado do Maranhão tinha 32 unidades prisionais, sendo 8 delas no Complexo de Pedrinhas, com um total de vagas no estado de 5.049 para 6.098 pessoas presas. Segundo dados da planilha preenchida pelos gestores do estado, R$ 255.956.571,21 foram executados em 2014 dos R$ 295.386.377,00 efetivamente disponibilizados. Ainda de acordo com a planilha, o Maranhão contava com 365 agentes penitenciário estatutários. Em entrevista, os representantes da SEJAP informaram que existiam 714 vagas e que já havia sido aberto concurso para completar as demais vagas.

A carreira dos agentes penitenciários maranhense era bem estruturada. O salário alto, inclusive, mais alto do que da Polícia Militar e da Polícia Civil, além de ter regulamentado o porte de arma perante a aprovação da lei federal de 2014 que disciplina a matéria. É requisito para ser agente 3º grau possuir habilitação de trânsito tipo B e "ficha limpa". De acordo com as informações obtidas em campo, o salário inicial do agente era de R$ 3.100, enquanto do monitor terceirizado era de R$ 1.000 e do vigilante da empresa Atlântica de R$ 1.200. Aqui mais uma vez pode ser vislumbrado a precarização do trabalho penitenciário, com predominância de salários baixos e vínculos temporários.

Existem os grupos especializados, o mais valorizado era o Grupo Especial de Operações e Intervenções – GEOP. No momento em que a pesquisa de campo foi realizada, 35 agentes penitenciários estavam lotados nesse Grupo que foi fundado em 2008. Esses agentes já haviam trabalhado em unidades anteriormente. Segundo membros do GEOP entrevistados, o agente penitenciário é mais preparado para lidar com preso. "A PM é ostensiva e o agente usa o diálogo e uso progressivo da força. É raro dar disparos", afirma um dos agentes do GEOP entrevistado. "Os presos respeitam o GEOP", completa.

A escolta externa é feita por outro grupo especial, o Núcleo de Escolta e Custódia (NEC), composto por agentes penitenciários de carreira e regime de plantão de 12 h/36 h.

Muitos agentes do estado apresentam queixas relacionadas a problemas de saúde "ninguém chega na idade de aposentadoria saudável", afirmou um dos entrevistados. Em geral são acometidos por doenças, tais como depressão, diabetes, hipertensão e alcoolismo. Foi relato o uso abusivo do café para conseguirem cumprir o plantão de 24 h e a ausência de lanche saudável – sempre composto por pão e refrigerante, com pouco valor nutricional.

O sindicato estava empenhado em que todos servidores ganhassem adicional de insalubridade independente da vistoria da unidade/local em que trabalham. Segundo eles, 40% da carreira não recebia o adicional. Para o sindicato, diretores de unidades prisionais, o secretário adjunto da SEJAP e de Segurança deveriam ser agentes penitenciários de carreira. O Sindicato pareceu bastante crítico ao Depen. De acordo com eles, o modelo de unidade prisional lançado pelo departamento nacional não considera o bem-estar do agente, o que é exemplificado pelo fato de não ter alojamento e nem refeitório.

Ademais, demandavam a padronização dos procedimentos adotados pelos agentes penitenciários. "Para um agente não facilitar a situação de um preso e outro não, não gerar diferenças entre as formas de trabalho dos agentes", disse um dos entrevistados.

Importante destacar que o Maranhão foi o estado que apresentou o maior número de mortes dentro do sistema penitenciário. De acordo com os dados do Infopen, foram registradas 75 mortes intencionais para cada 10 mil pessoas privadas de liberdade no primeiro semestre de 2014 (BRASIL, 2014, p. 115).

4.5. Paraíba

O estado da Paraíba[26] foi mencionado por entrevistados de outros estados como o melhor sistema penitenciário da região, devido ao coeficiente presos/agentes do estado e ao salário do agente prisional (R$ 3.200,00 – inicial). Apesar do número razoável de agentes, o estado não contava com proporcional corpo técnico, somente as grandes unidades prisionais contavam com equipe técnica, fruto da adesão à Política Nacional de Saúde nas Prisões.

Pode-se ainda apontar alguns pontos negativos: primeiro, a dispersão das unidades prisionais, de acordo com entrevista na Secretaria, eram mais de 80 estabelecimentos (68 cadeias e 18 grandes unidades) distribuídos em 223 cidades (a Paraíba tem três vezes o número de unidades que o estado vizinho do Pernambuco), se, de um lado, tal difusão permite que as pessoas presas permaneçam mais próximas das suas localidades de origem, por outro dificulta a organização penitenciaria e efetividade de direitos. Depois, pode-se afirmar a partir do histórico narrado nas entrevistas, que a falta de continuidade na gestão da SEAP – em média, cada secretário permaneceu apenas seis meses na pasta – é uma das dificuldades de se estruturar o sistema local. O Secretário

26. Campo realizado entre os dias 28 e 29 de abril de 2015. Unidades prisionais visitadas: 1. Penitenciária de Psiquiatria Forense (Instituto psiquiátrico); 2. Penitenciária Desembargador Flósculo da Nobrega- Presídio do "Roger".

no momento da pesquisa (SEAP- PB), Dr. Wagner Paiva de Gusmão Dota é delegado civil há nove anos e estava há quatro meses no cargo, sendo que era a sua primeira experiência no sistema prisional.

O sistema penitenciário tinha a forte presença de duas facções (OKD e EUA[27]) que rivalizavam, produzindo uma série de mortes e restringindo ainda mais a ocupação no espaço prisional.

O estado da Paraíba, conforme dados do Infopen (BRASIL, 2014), possuía 9.596 presos para 2.013 trabalhadores, sendo 1.959 agentes penitenciários, desses, 1.813 sob o regime de concurso/estatuto e 144 temporários, e, do total de agentes, 364 do sexo feminino. De acordo com representantes da SEAP, foi informado que o Estado tinha 5.200 vagas e um orçamento de R$ 2,5 milhões/mês. De acordo com os dados da planilha, o orçamento aprovado em 2014 foi de R$ 92.580.000, mas o disponível correspondia a R$ 129.496.033 e o executado a R$ 129.495.949.

No momento da realização da pesquisa de campo, 800 policiais militares ocupavam as guaritas das unidades prisionais e a PM pressionava a Secretaria para assumir a função. O primeiro, e único, concurso para agente penitenciário foi realizado em 2008, sendo o perfil dos aprovados, em sua maioria, de nível superior e residente dos estados vizinhos (principalmente Pernambuco). De acordo com os agentes entrevistados, a categoria não tinha plano de carreira ou identidade funcional; eles identificavam que as funções do agente penitenciário compreendiam a escolta, intervenção e custódia (interna e externa).

A existência de diversos grupos especiais foi uma das marcas encontradas pela equipe de pesquisa no estado: GPOE (operações especiais); GPOC (grupo de cães); Força Tática Penitenciária (FTPen); Escolta. Como consequência, segundo o agente prisional entrevistado, há a segregação que esses grupos geram, enfraquecendo a categoria. Para um dos agentes entrevistados "a estratificação segrega a categoria", não se identificam com agentes, "Sou GPOE" – essa mesma percepção apareceu nas falas de entrevistados de outros estados quando perguntados acerca dos grupos especiais.

Os cargos de diretoria eram comissionados e a maioria ocupados por agente penitenciário; entretanto, os cargos dentro da SEAP eram, majoritariamente, de militares. De acordo com as informações colhidas em campo, 40% das escoltas eram feitas apenas por agentes e 60% com apoio da PM.

As condições de trabalho eram precárias. No Presidio Silvio Brito, por exemplo, os presos ficavam soltos, pois não havia estrutura segura para os agentes

27. Em alusão ao grupo terrorista Al-qaeda e ao país Estados Unidos.

adentrarem a unidade. Para atender às necessidades por escolta (principalmente no Presídio do Roger que abrigava, basicamente, presos provisórios), o estado permitia que os agentes trabalhassem 12 horas de seu plantão recebendo R$ 80,00: "a salvação é o extra" diz o ASP diretor de segurança da unidade. Em entrevistas e conversas informais com agentes penitenciários esse elemento apareceu de modo substantivo, o que ilustra a falta de efetivo para realização de escoltas. A solução improvisada encontrada é a criação de plantões extras, com remuneração baixa. Assim, os agentes em período de folga trabalhavam para cobrir as carências do Estado de forma mal remunerada – além das demais consequências de não terem seu momento de descanso respeitado nem a possibilidade de realizar outros bicos que poderiam lhe garantir uma remuneração melhor.

O estado pareceu contar com pouca representação sindical: 224 sindicalizados de um total de quase 1.800 agentes. A coordenação do sindicato (SINDIDASP-PB) estava na mão do mesmo grupo há muitos anos. Essa pareceu ser uma questão central na Paraíba: a não representatividade e legitimidade do Sindicato junto à categoria.

4.6. Pernambuco

As principais questões que chamaram atenção nesse estado[28] foi a estrutura antiga das unidades, com alas improvisadas, e a falta de efetivo de agentes penitenciários. A existência de grupos especializados de agentes é um elemento importante também. De acordo com o apurado na pesquisa de campo, as melhorias nas unidades nos últimos anos foram feitas apenas com verba do governo federal (Depen), não tendo havido investimento estadual. O período em que a pesquisa se desenrolou foi marcado por grandes rebeliões em dezembro, janeiro e fevereiro com mortes. Rebeliões que contaram com a intervenção da PM e do Grupo de Operação e Segurança (GOS).

Segundo os dados do Infopen (BRASIL, 2014), o estado de Pernambuco tinha 31.510 pessoas presas (dessas 59% estão presas provisoriamente) para 11.894 vagas, distribuídas em 77 unidades. A taxa de aprisionamento do estado era de 339,6 por 100 mil habitantes, muito superior à média nacional de 299,7 (BRASIL, 2014, p. 18). De acordo com o que foi informado pela Secretária em entrevista, sete unidades estavam em construção no estado, o que corresponde a mais de três mil vagas e duas já estavam para serem inauguradas no momento da visita em campo.

28. Campo realizado entre os dias 27 e 28 de abril de 2015. Foram visitadas as seguintes unidades prisionais: 1. Colônia Penal Feminina; 2. Complexo do Curado, unidade PJALLB.

O total de agentes penitenciários do estado era de 1.557 em regime concursado estatutário, de acordo com a planilha preenchida pela Secretaria. Ou seja, Pernambuco tinha uma média de um agente penitenciário para um grupo de 20 presos.

De acordo com a planilha preenchida pela Secretária, o orçamento destinado ao sistema prisional aprovado em lei em 2014 foi de R$ 220.199.000, o valor efetivamente disponibilizado foi de R$ 264.353.762,8 e o valor executado foi de R$ 217.031.481,5.

Pelo que foi possível apurar na pesquisa, o estado possuía oito convênios com governo federal para construção de unidades e 80 convênios para vagas de trabalho para presos.

O estado do Pernambuco tinha apenas agentes penitenciários concursados, em regime estatutário, com porte de arma regulamentado. Segundo o sindicato, antes de existir a carreira própria de agentes penitenciários, eram vinculados a polícia civil. Pela constituição estadual, a carreira de agentes ainda faz parte da segurança pública. Um dos pontos mais citados em diversas entrevistas é a questão da falta de efetivo de agentes penitenciários. De acordo com o sindicato, 4 mil audiências por ano deixavam de ser realizadas por falta de escolta.

Outro elemento que parece central para a compreensão da carreira do agente penitenciário em Pernambuco é a criação do Grupo de Operação de Segurança (GOS) em 2006/2007. Para fazer parte do GOS tinha que receber convite. Utilizavam munição não letal, escudos, capacetes e caneleiras. Para integrar faziam curso em Brasília. Para um diretor de unidade entrevistado, o GOS é para pequenas intervenções. Em casos graves é o Batalhão de Choque da Polícia Militar que é acionado, pois possuía grande efetivo e entrada por várias frentes. Para ele, o GOS era um grupo pequeno com muitas demandas externas e segue o modelo da Penitenciária da Papuda (DF), que são sete unidades, e no centro tem espaço para o grupo especial, de modo em que a arquitetura facilita a intervenção.

De acordo com as informações coletadas em campo, o GOS estava "em busca de identidade" porque fazia intervenção, escolta, transferência, remoção etc., como "tapa buraco". E, segundo diversos entrevistados, era uma lacuna não ter um grupo responsável apenas por fazer intervenção.

Os agentes penitenciários ficavam apenas na área de segurança, só entravam de fato nas unidades para abrir as celas para banho de sol e para distribuir a alimentação. E apenas em grupos. Segundo o sindicato, o agente não podia ir para o pátio por falta de armamento menos letal. A arma letal é institucional/da unidade. Na Colônia Feminina usavam spray de pimenta para apartar a briga entre presas.

Ainda segundo o sindicato, os agentes eram responsáveis pelo setor administrativo, monitoramento eletrônico, disciplina, contenção de rebeliões/motins, apresentação judicial, custódia em hospital e domiciliar, ressocialização, revistas, escolta e socorro médico.

De acordo com um dos entrevistados – agente penitenciário antigo na carreira – o perfil do agente não mudou com o tempo, mas talvez mude com a exigência de terceiro grau no concurso. Porém, o mesmo entrevistado destaca que mudou a estrutura para os agentes trabalharem desde que entrou na carreira, antes não tinha vale alimentação, armamento, viaturas etc.

Na data em que a visita *in loco* ocorreu, só uma unidade tinha um policial militar ocupando o cargo de diretor e um psicólogo como diretor do Hospital de Custódia e Tratamento Penitenciário. As demais unidades tinham agentes penitenciários como diretores. Segundo a Secretaria, a política adotada era de que os agentes assumissem os cargos de direção das unidades, porque são conhecedores do sistema e essa é uma forma de valorização da categoria. A escolha dos diretores era responsabilidade do Secretário da SERES conjuntamente com o Secretário de Justiça e Direitos Humanos, e é exigido curso superior.

Para o sindicato, as rebeliões reduziram em função da presença de agentes nos cargos de direção. Segundo eles, o coronel não tem a visão de agente já que não volta para o presídio depois, ele não tem vínculo com a melhoria. Existia um movimento dos agentes para assumirem as diretorias, mas nos cargos de cúpula não conseguiram chegar.

As principais demandas do sindicato eram por melhores condições de trabalho, aumento do efetivo e por armamento menos letal. Ademais, o sindicato possuía demandas estruturais que vão além da própria carreira do agente em si, tais como, a demanda pela a criação de carreira técnica, por desmilitarização do sistema (o próprio diretor da SERES era militar), pela realização de uma auditoria do sistema penitenciário, pela criação de uma secretaria que fiscalizasse o investimento dos recursos públicos e pelo fortalecimento da Defensoria Pública.

4.7. Piauí

O estado do Piauí[29] se destacou pela superlotação e um acentuado sucateamento das unidades prisionais. Ademais, a falta de controle do Estado dentro das unidades e o grande número de mortes de presos também fazem parte dos

29. Campo realizado entre os dias 12 e 13 de maio de 2015. Foram visitadas as seguintes unidades prisionais: 1. Penitenciária Feminina de Teresina; 2. Casa de Detenção; 3. Penitenciária Regional de Teresina Irmão Guido; 4. Colônia Penal Agrícola.

elementos centrais para a compreensão desse estado. A nova gestão (Wellington Dias – PT) após muito anos de governos do PMDB, trouxe muitas promessas. O antigo Secretário de Justiça esteve por 12 anos na gestão da SEJUS/PI e o Secretário em exercício no momento em que a pesquisa de campo foi realizada estava no cargo há apenas quatro meses.

Chama atenção o fato de que não havia ouvidoria, estava ainda em fase de estruturação. Já existia por lei, mas não na prática. Na entrevista o representante da Secretária afirmou que o governador iria escolher o 1º ouvidor. Também se destacou o fato de não existir corregedoria, apenas um projeto, esperando aprovação na Assembleia Legislativa, para a sua criação e estruturação.

De acordo com os dados do Infopen (BRASIL, 2014, p. 17, 18, 37 e 21), o Piauí possuía uma população prisional de 3.224, tendo uma das menores taxas de encarceramento do País, 100,9 para cada 100 mil habitantes, ao mesmo tempo em que a taxa de ocupação chegava em 188%. Por outro lado, 64% dos presos do estado eram provisórios.

O número de agentes penitenciários, de acordo com a planilha preenchida pela Secretaria, era de 774, ou seja, 1 agente para cada 4 presos – média superior do que aquela recomendada pelo CNPCP. A maioria dos funcionários da saúde – médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem – era composta por servidores concursados da SEJUS, porém, a maior parte dos técnicos era contratada sob o modelo temporário.

A carreira do agente estava dividida em quatro classes. O agente iniciava na classe 3 e subia para a classe 2, depois para a 1, até chegar na classe especial. A promoção se dava de dois em dois anos conforme os critérios de merecimento e antiguidade.

Há uma particularidade na história da carreira de agente penitenciário no Piauí, uma vez que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, todos servidores que trabalhavam na SEJUS tiveram a oportunidade de optar por ter seu cargo convertido para agente do serviço prisional. Contudo, tal conversão não observou a necessidade de capacitar esses funcionários que antes ocupavam funções de auxiliares administrativos, limpeza, portaria etc.; consequentemente, diante do crescimento da população carcerária local e necessidade de aumentar o efetivo, esses funcionários não capacitados foram redirecionados para a função-fim do agente causando lapsos de procedimento técnico e, no momento da pesquisa, um número muito alto de agentes com idade avançada, segundo alguns relatos, para exercer tal função. Foi possível identificar, nas visitas às unidades, homens e mulheres, aparentando mais de 50 anos de idade, ocupando a função de agente penitenciário.

O agente penitenciário trabalhava na guarda interna, havendo apoio da PM em casos específicos, por exemplo, na revista minuciosa da cela e na guarda externa. Havia um grupo especializado de apoio para escolta e intervenção composto por 21 agentes.

De acordo com as entrevistas realizadas, o turno do plantão era de 24 h por 72 h e o salário inicial de R$ 3.900. Devido à melhor remuneração, ouvimos depoimentos de militares que deixaram a carreira policial para tornarem-se agente, contudo também ouvimos relatos de agentes que passaram em outros concursos, como o de delegado e juiz.

A ocupação dos cargos de gerente (diretor) pelos agentes penitenciários teve início no ano da realização da pesquisa, a partir da nova gestão da SEJUS; das 15 unidades prisionais existentes no estado, apenas três não eram geridas por agente penitenciário (duas por policiais civis e uma por policial militar).

As principais demandas do sindicato observadas na pesquisa de campo foram: elaboração do plano de cargos; reconhecimento e inclusão do adicional de insalubridade; melhoria do auxílio alimentação; cumprimento da promoção dos cargos (prevista para ocorrer de dois em dois anos, mas devido a entraves financeiros o processo está paralisado) e aposentadoria especial. O sindicato também demandava o aumento do efetivo de agentes, mesmo a proporção de agentes para presos do estado do Piauí sendo a melhor da região Nordeste.

4.8. Rio Grande do Norte

As questões mais pungentes no estado do Rio Grande do Norte[30] encontradas na pesquisa foram as fugas e homicídios dentro das unidades, a falta de efetivo de agentes penitenciários, o sucateamento das unidades e dos equipamentos de segurança.

Chamou muito a atenção a prática institucionalizada de realização de "vaquinhas" por parte dos funcionários do sistema penitenciário para suprir carências básicas, como a aquisição de armamento, de *modem* de internet, computadores, tinta e demais materiais para reformas e reparos de unidade.

O estado do Rio Grande do Norte, conforme dados do Infopen (BRASIL, 2014), possuía 7.081 presos para 1.076 trabalhadores, sendo 912 agentes penitenciários, em que 225 eram do sexo masculino e 650 do sexo feminino, todos

30. Campo realizado entre os dias 29 e 30 de abril de 2015. Unidades prisionais visitadas: 1. CDP da Candelária; 2. Unidade Feminina do Complexo Penitenciário João Chaves; 3. Unidade Masculina do Complexo Penitenciário João Chaves.

em regime de concurso/estatuto. O orçamento aprovado em 2014 foi de R$ 103.445.000,04, mas o disponível correspondia a R$ 75.614.890,60 e o executado R$ 4.767.184,68.

Entre os dados coletados na pesquisa de campo, o déficit de efetivo na unidade masculina do Complexo Penitenciário João Chaves, que possuía 250 vagas, abrigava 105 presos do regime fechado e 400 no semiaberto, contudo, contava com apenas 4 agentes por plantão. A média de agentes apontada pelos entrevistados era de 8 por plantão, havendo um déficit de 600 agentes no sistema. Havia apenas um grupo de escolta armada com atuação em Natal, Mossoró e Caicó responsável por todas demandas das escoltas para audiências e atendimentos médico. Este grupo não atuava em regime de plantão, mas de forma independente. Destarte, de acordo com as entrevistas realizadas, eram atendidas apenas 30% da demanda para audiências.

O sistema prisional do Rio Grande do Norte, apesar de suas 13 unidades sete cadeias públicas, uma unidade psiquiátrica e cinco penitenciárias – O sistema prisional do Rio Grande do Norte inovou ao transformar delegacias em cadeias. O sistema penitenciário local era composto de unidades com estrutura física sucateada e unidades improvisadas; o preso era responsável por arcar com os custos de todo material de sua necessidade: roupas, material de higiene pessoal, alimento, colchão. A Polícia Militar limitava-se exclusivamente ao serviço de guarda. O equipamento básico de comunicação e segurança do agente penitenciário era comprado e mantido pelos próprios agentes.

As unidades antigas não resistiram às rebeliões: no Presídio de Alcaçus, os presos encontravam-se soltos nos pavilhões desde o início do ano de 2015, pois grande parte da estrutura física da unidade havia sido destruída em rebeliões.

O último concurso foi feito em 2009; a remuneração do agente era de R$ 1.072, sendo que, com as gratificações, chegava a R$ 3.450; e sua escala de trabalho era de 24 h por 72 h. O agente portava armas para a realização de seu trabalho dentro da unidade – pistolas 40 e espingarda de calibre 12. Os grupos especiais do estado eram: GOE – Grupo de Operações Especiais (atua para intervenção); GEP – Grupo Escolta Penal; GPOC – Grupo de Operação com Cães (apoio ao GOE).

Os representantes da COAPE afirmaram em entrevista que a função do agente é humanizar a família e o interno, garantir os direitos do interno, além de garantir a função de segurança. Não havia técnicos dentro do quadro de servidores penitenciários, razão pela qual os próprios agentes penitenciários assumiam o papel de assistentes sociais, psicólogos e saúde. Os laudos técnicos não eram realizados exatamente em função da falta de técnicos no sistema. Em alguns casos, o técnico da polícia civil atendia a essa demanda. Não havia

técnicos para elaborar os laudos solicitados para fim de progressão de regime; diante dessa realidade, conhecida pelo judiciário, solicitava-se apenas o atestado de conduta carcerária. Não havia convênio firmado com as secretarias de educação ou saúde.

4.9. Sergipe

O estado[31] se destacou pela precariedade das unidades prisionais. A unidade que abrigava 60% da população presa estava sem condições de habitabilidade e colocava em risco a segurança dos presos e dos agentes. A unidade privatizada consumia, proporcionalmente, a maior parcela do orçamento. A estrutura penitenciária estava defasada em relação ao rápido crescimento da população carcerária. A equipe de pesquisa se deparou com uma grande improvisação na gestão das unidades.

De acordo com o Infopen (BRASIL, 2014) a população prisional do estado era de 4.307, com taxa de aprisionamento de 194,0 para 100 mil habitantes. Sergipe era o estado da federação com a maior porcentagem de presos provisórios: 73% (BRASIL, 2014, p. 21).

Informa o site da Secretaria[32] que o estado tinha sete unidades prisionais, um Hospital de Custódia e Tratamento e uma casa do albergado. Uma das unidades (COMPAJAF) era administrada em modelo de cogestão com a empresa Reviver.

Segundo o Secretário, o orçamento anual da SEJUC era de 107 milhões de reais. Desses, mais de 90% era dedicado ao sistema penitenciário. No entanto, segundo os membros do sindicato, dos 53 milhões destinados às oito unidades prisionais, 20 milhões eram gastos com a unidade privatizada.

O salário do agente era de R$ 1.584,96 para uma jornada de 12 horas por 36 de descanso. O salário do médico era de R$ 3.950 para 20 horas de trabalho semanais e de R$ 2.575 para os demais técnicos para 40 horas semanais. Segundo a direção, todos os serviços assistenciais eram prestados, apesar de não haver corpo técnico de médicos, enfermeiros, assistentes sociais e psicólogos.

---

31. Campo realizado entre os dias 27 e 28 de abril de 2015. Foram visitadas as seguintes unidades prisionais: 1. Complexo Penitenciário Dr. Manoel Carvalho Neto (COMPEMCAN) em São Cristóvão; 2. Complexo Penitenciário Advogado Dr. Jacintho Filho (COMPAJAF), em Aracaju.

32. Disponível em: [www.sejuc.se.gov.br/]. Acesso em: 20.07.2015.

De acordo com a entrevista realizada com os representantes da Secretaria, o número total de agentes penitenciários no estado era de 564 agentes, incluindo os agentes terceirizados atuando no COMPAJAF. O único concurso público, até o momento da realização da pesquisa, para agentes penitenciários havia ocorrido em 2001. O crescimento da população carcerária não foi acompanhado do acréscimo de agentes penitenciários. Em 2007, havia 2.094 presos para 830 agentes penitenciários. No momento da realização da pesquisa, eram 4.307 presos para 564 agentes penitenciários.

A principal queixa dos agentes penitenciários identificada pelos pesquisadores em campo relaciona-se à falta de efetivo. De acordo com o sindicato, havia cinco grupos de agentes: 1) um grupo formado por auxiliares de polícia civil que foram transferidos *ex-officio* ao sistema penitenciário em 1984; 2) um grupo formado por agentes auxiliares provenientes de outras secretarias que foram, posteriormente, legalmente enquadrados como agentes penitenciários; 3) um grupou formado por agentes auxiliares de outras secretarias que jamais foram legalmente enquadrados como agentes penitenciários; 4) um grupo formado por agentes penitenciários que foram aprovados em concurso público em 2001 e que são chamados de guardas prisionais; e 5) um grupo formado por funcionários da empresa Reviver. O sindicato era integrado pelos quatro primeiros grupos, já os agentes contratados pela empresa terceirizada possuíam uma associação própria para sua representação. Não havia agentes de vigilância externa (muralha). A Polícia Militar deixou de ocupar cargos no sistema penitenciário entre 2006 e 2007.

Eram atribuições dos agentes penitenciários: escolta interna e externa, vigilância interna, corregedoria, inteligência, gestão, recaptura, serviço de cartório e condução do veículo. Tanto nas falas dos sindicalistas quanto na do Secretário, ficou expressa a ênfase excessiva na segurança: "todas as atividades estão em função da segurança"; segundo um dos agentes, o cumprimento da pena "não deve ser prazeroso".

Segundo os membros do sindicato entrevistados, a segurança é a principal atividade do agente penitenciário. Segundo alguns agentes, aqueles que estão na linha de frente ganham menos, quando eles deveriam ter melhores salários, uma vez que exercem a atividade-fim. Além disso, segundo esses mesmos agentes, muitos estavam em desvio de função. Haviam três classes salariais para os agentes penitenciários, com percentuais fixos para cada classe: 40% (3ª classe), 30% (2ª classe), 30% (1ª classe). Segundo o Secretário de Justiça e alguns agentes, essa regra não permitia a mobilidade dos agentes: agentes exercendo a mesma função recebendo salários diferentes.

Os agentes penitenciários circulavam livremente no espaço interno da unidade portando armas de fogo, contrariando os Princípios Básicos da ONU sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei.

Embora os cargos de gestores estivessem ocupados por agentes penitenciários, essa garantia não estava na lei. Os diretores das unidades prisionais eram agentes penitenciários em cargo de confiança.

As condições de trabalho dos agentes penitenciários eram muito precárias. Todos os agentes entrevistados se queixaram da falta de equipamentos para trabalho, tais como armamento e munição. O ambiente da unidade visitada era insalubre, as paredes sujas e escurecidas. Os agentes tinham que trabalhar no escuro, o que colocava em risco sua segurança. Eram apenas 22 agentes por plantão no COMPEMCAN, ou seja, 105 presos por agente. A estrutura de trabalho era tão precária que os agentes preferiam não atuar nessa unidade. Nenhuma das unidades possuía guarita e, no COMPAJAF, a vigilância externa era realizada por meio de uma ronda com um veículo. Atribuíram a isso a maior facilidade de ingresso de material ilícito: drogas, armas etc. na unidade.

As principais demandas do sindicato eram por abertura de novo concurso público, a definição de um plano de carreira, a melhoria nas condições operacionais, a garantia legal de que os cargos de gestores sejam ocupados por agentes penitenciários e que o cargo de diretor seja ocupado mediante eleição entre os próprios pares (agentes penitenciários).

5. Considerações finais

A realização do campo desta pesquisa, por meio do contato direto com agentes penitenciários, representantes sindicais, diretores de unidades prisionais e dirigentes das pastas de administração penitenciária, confirmou a relevância de realizar investigações com foco nos serviços penitenciários.

Ouvir agentes penitenciários, observar as relações entre as pessoas que trabalham no cárcere, enxergar o sistema prisional pela sua perspectiva da gestão, foram abordagens que possibilitaram tanto um olhar micro – das relações interpessoais no cárcere e das questões específicas em relação à carreira – quanto um olhar macro – ao descortinar processos sociais e políticos mais amplos, como a precarização do sistema penitenciário, os discursos em torno da pena privativa de liberdade, ou ainda, as relações entre capital e prisão, evidenciadas na contemporaneidade pela privatização do sistema penitenciário, que ganhou força no Brasil na última década.

Apesar das diversas permanências do sistema prisional – características e formatos próprios à sua estrutura – a dinâmica institucional e os arranjos de poder instituídos nas unidades prisionais são transitórios e dependem da conjuntura de dentro e fora dos muros. O retrato dos serviços prisionais da região Nordeste do Brasil sumarizado neste artigo, é fruto de pesquisa realizada no primeiro semestre de 2015 e, portanto, limitado nesse espaço e tempo[33].

Cabe retomar dois pontos do contexto em que a pesquisa foi realizada, fundamentais para estas considerações finais. Primeiro, o campo foi realizado apenas alguns meses após a posse dos governos estaduais vencedores da eleição de 2014. Logo, nos estados em que houve mudança de governo, foi comum o discurso das pastas penitenciárias de responsabilização do partido anterior acompanhado de uma série de promessas, e algumas vezes, com demonstrações de pouco conhecimento do sistema prisional. Depois, diversos sistemas penitenciários da região passavam por um momento de tensão, com inúmeras fugas e rebeliões, em especial, os estados do Rio Grande do Norte, Maranhão e Pernambuco. Tal fato, apesar de dificultar entrevistas e visitas (no Maranhão e Rio Grande do Norte as fugas ocorreram pouco antes e durante a realização do campo de pesquisa), possibilitou uma visão privilegiada das frágeis e tensas relações entre Estado, facções criminosas, agentes penitenciários, sindicatos e empresas de segurança privada.

Nesse cenário em que servidores trabalham em unidades bombas-relógio (uma mistura de espaços superlotados, com estrutura precária em condições materiais miseráveis, com serviço penitenciário insuficiente e que custodiam facções rivais), surge em seus discursos uma sólida demanda por reforços na área de segurança: aumento do contingente e de armamento, bem como formação e capacitação dos servidores na área operacional.

Em certa medida o DEPEN parece atender a essa expectativa ao fornecer cursos nessa área, contudo, ao fazê-lo, acaba por reforçar a semântica do controle e as práticas disciplinares, mesmo em unidades, espaços ou funções para as quais seriam recomendáveis outras habilidades.

A partir da escuta dos agentes penitenciários formados pelo DEPEN, pode-se identificar um contraste entre a capacitação operacional e a realidade local

33. O artigo apresenta alguns elementos extraídos do relatório referente a região Nordeste, que compõe, por sua vez, um conjunto de três análises, que, juntas, realizaram o Diagnóstico dos Serviços Prisionais em todos os estados do País. A reflexão que ora se propõe torna-se mais precisa na medida em que for lida em conjunto com essas análises e somada a outros recortes e perspectivas, seja da literatura já existente, seja de análises futuras.

para reprodução desta, na medida em que a arquitetura prisional, o número de agentes, e os equipamentos de segurança disponíveis não permitiam a operacionalização dos procedimentos ensinados nos cursos. Esse dado aponta para a necessidade de atentar-se a aspectos das realidades locais para pensar nas formações e procedimentos nacionais, e, ainda, de criar-se escalas de intervenção variadas e adaptadas às necessidades locais.

Ao lado de unidades antigas e superlotadas, compõem o cenário, unidades novas com modelo arquitetônico de penitenciária vertical (*Verdi*), que privilegiam a perspectiva da segurança e o utilitarismo em relação ao uso do espaço (com maior número de vagas possível) em detrimento dos serviços previstos na LEP, reservando poucos e apertados espaços para escolas, oficinas de trabalho e área de recreação.

A equipe visitou uma série de unidades nesse modelo em diversos estados e concluiu que o mesmo isolamento que facilita o trabalho dos agentes reforça a contenção, a separação entre os internos e os agentes, inibe o convívio, tenciona as relações, restringe o papel do agente à função de carcereiro e afasta o cumprimento da sua função mais ampla como garantidor de direitos da execução e humanização do ambiente prisional; consequentemente, contraria a ideia do agente de serviço prisional como "cordão umbilical da sociedade e corpo técnico com os presos[34]".

Ademais, do ponto de vista dos servidores, essas unidades não atendem à estrutura mínima, tal como quarto de descanso, banheiro adequado, copa etc.

De forma geral, os problemas mais relatados pelos servidores envolvem a falta de investimento estadual nos serviços prisionais – as melhorias vêm das verbas federais –, falta de efetivo, superlotação, frágil estruturação da Escola Penitenciária, precarização dos servidores terceirizados, esvaziamento do plantão devido a criação de grupos especiais, e a necessidade de estruturação do plano de carreira, extinguindo as indicações de pessoas não-técnicas para gerências dentro do sistema.

Em relação às pastas de administração penitenciária, pode-se observar uma tendência de desmilitarização, já que, de forma geral, estão ocupadas por alguém de renome no campo do direito. Os agentes penitenciários não chegaram às pastas estaduais – principalmente quando essas não são especificas da administração penitenciaria (ex. Justiça) – porém confirma-se na região a tendência de a categoria assumir a direção da maioria das unidades prisionais, agregando uma dupla valorização à carreira: material (pela

34. Diretor da Escola Penitenciária do Ceará em entrevista realizada pela equipe de pesquisa.

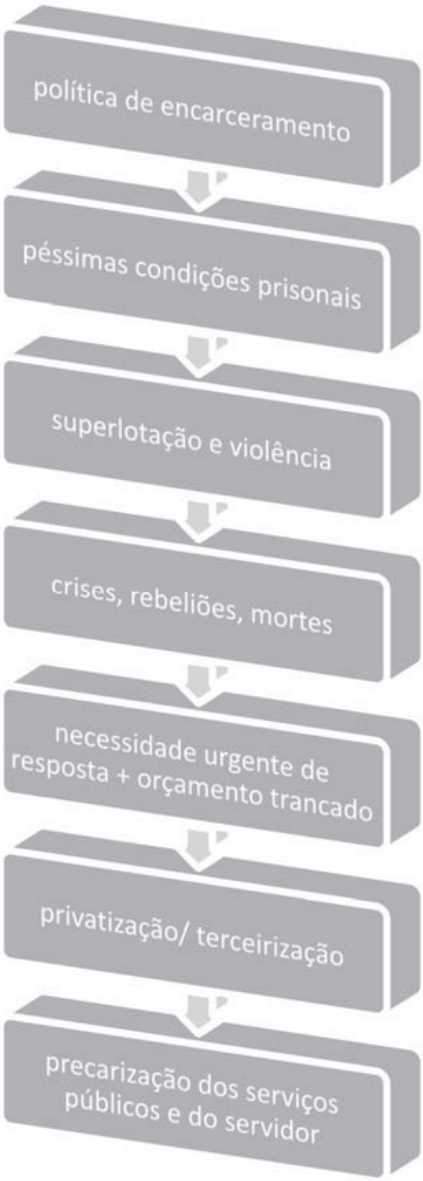
possibilidade de o agente chegar a ocupar o cargo de diretor) e simbólica (por ser "dirigido por um igual").

Além disso, na última década, com a realização de concursos com ofertas salariais razoáveis para a carreira de agente, houve aumento do efetivo e da qualificação dos agentes penitenciários – ainda insuficiente – levando a um fortalecimento da carreira como um todo.

A abertura de quadros dos últimos anos não foi o suficiente para suprir a demanda por serviços prisionais em um período de crescimento exponencial do encarceramento. Com o aumento da população carcerária e a centralização nas mãos do agente de todas atividades fim ao serviço prisional (custódia, escolta, vigilância externa, grupo de intervenção, serviços administrativos), o número de agentes no plantão em relação ao número de presos é, em média, sempre muito reduzido.

A criação de grupos especiais foi outro ponto de destaque do campo de pesquisa. Em quase todos os estados visitados foram criados grupos de intervenção ou escolta a partir de seleções internas entre agentes de carreira. Essa política teve como consequência o esvaziamento dos plantões, na medida em que os agentes especializados deixam as atividades nos plantões para integrar o grupo especial; e de acordo com alguns agentes entrevistados, criou hierarquia e divisões na categoria. Por outro lado, a especialização possibilitou melhores condições de trabalho para os membros do grupo e foi bastante destacado nos estados em que há escassez de equipamentos de segurança.

Outro ponto crucial é a privatização do sistema penitenciário. Dos nove estados visitados cinco possuíam ou negociavam grandes contratos com empresas de segurança privada (Alagoas, Bahia, Sergipe, Rio Grande do Norte e Maranhão). Uma narrativa recorrente nas entrevistas com os responsáveis pelas pastas penitenciarias relacionava o sucateamento do serviço penitenciário público à Lei de Responsabilidade Fiscal que tem "amarrado os governos" na ampliação do orçamento para abertura de quadro e nomeação de novos servidores – ao mesmo tempo em que permite contratos milionários de terceirização de serviços ou mesmo de privatização de unidades prisionais. Além da questão fiscal, a privatização ou terceirização dos serviços fim é vendida como alternativa rápida e fácil para solucionar as crises do sistema prisional, engendrando o seguinte fluxo:



Fonte: autoria própria

A continuidade de fluxo está nas pessoas presas e nos trabalhadores prisionais, personagens atingidos diretamente pela privatização das unidades e/ou terceirização dos serviços prisionais. Primeiro desqualificam o serviço prisional, ao colocarem a segurança e transferirem o monopólio da violência para agentes privados, na maioria das vezes, despreparados (com cursos de formação à jato) e às custas de baixíssima remuneração (o terceirizado ganha em torno de um terço do agente funcionário público); contribuindo assim para corrupção, baixa qualidade dos serviços e precarização das condições de trabalho do servidor público e do contrato de trabalho do terceirizado.

Para ilustrar o processo e as consequências da terceirização dos serviços prisionais na região, recorre-se à história recente do Maranhão. Assim em como muitos outros no Brasil, o governo estadual fechou as carceragens das cadeias e delegacias a partir de 2007 e expandiu o sistema prisional, sem ampliação do quadro penitenciário. Logo, passou-se a recorrer a diversas empresas de segurança penitenciária, em 2013 o gasto do governo Roseana Sarney (PMDB) com as duas principais fornecedoras de mão de obra para os presídios do Maranhão chegou a R$ 74 milhões[35]. Nesse meio tempo, a barbárie se instalou no sistema carcerário, com mortes violentas, rebeliões, resultando, inclusive, em denúncias internacionais contra a situação do Complexo de Pedrinhas[36]. Os agentes prisionais e gestores da pasta prisional entrevistados atribuem à terceirização a principal causa da crise no sistema penitenciário maranhense.

Durante a realização do campo, a equipe de pesquisa visitou unidades cujos únicos funcionários do Estado eram o diretor geral e de segurança. O atual governo relatou tentar reverter o cenário, abrindo concurso e prometendo a ampliação no quadro de servidores, ainda que temporários. Enquanto isso, a Civiliza, empresa que já atuou no Maranhão, negociava contrato com o governo do Rio Grande do Norte, em momento de "crise" do sistema[37].

Ao final, perante tal diagnóstico, vale reforçar a importância de fortalecer a carreira de agente penitenciário, no sentido de limitar o uso da violência no cárcere e, depois, de valorizar a carreira e a responsabilidade do exercício do cargo. Para tanto, recomenda-se investimento na formação e formulação de plano de carreira do agente penitenciário, de forma a melhorar os serviços prisionais a partir do investimento nas pessoas que custodiam o preso em nome do Estado.

Nesse sentido, o fortalecimento da carreira do agente penitenciário passa pela valorização da atividade de custódia e de seu papel na humanização e reintegração social do preso e não limitando sua atividade a mera contenção e segurança. Processo esse que não pode ser pensado junto a uma política de desencarceramento e redução do nosso superlotado sistema prisional.

Os dados produzidos pela pesquisa acrescentam elementos para a compreensão da precariedade estrutural do sistema prisional como fonte produtora

35. Disponível em: [http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2014/01/09/maranhao-dobra-gasto-com-prisao-terceirizada.htm]. Acesso em: 15.12.2015.

36. Conectas Direitos Humanos, Justiça Global, Ordem dos Advogados do Brasil – secção Maranhão, Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (2016).

37. No mesmo dia em que a equipe esteve no Rio Grande do Norte a empresa Civiliza havia se reunido com o Secretário para apresentar suas propostas.

de tensões que eclodem periodicamente em forma de massacres e às custas de muitas vidas, ademais da morte cotidiana das pessoas que vivem e trabalham atrás dos muros. Os elementos levantados possibilitam uma ampliação da lente e uma qualificação do debate acerca das condições carcerárias e da política criminal em curso. Aprofundam no conhecimento e na reflexão acerca do diagnóstico e escancaram paradoxo da opção política pelo sucateamento das instituições prisionais, ao mesmo tempo que o País vive um aumento significativo no encarceramento. A continuidade dessa política criminal não poderia ter outro resultado que não esse: violações de direitos, tensões permanentes, fortalecimento das facções e mortes.

Referências

ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 9-1, p. 65-78, 1991a.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, v. 22, n. 107, p. 339-356, mar.-abr. 2014.

BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen – junho 2014* (Brasília: Ministério da Justiça, Depen, 2014). Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 17.11.2015.

CALDERONI, Vivian. *Luz e sombra no sistema prisional:* percepções de juízes sobre agentes penitenciários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CASTRO E SILVA, Anderson Moraes de. *Nos braços da lei:* o uso da violência negociada no interior das prisões. Rio de Janeiro: e+a, 2008.

CHIES, Luiz. Antonio Bogo et al. *A prisionalização do agente penitenciário:* um estudo sobre encarcerados sem pena. Pelotas: Educat, 2001.

Conectas Direitos Humanos, Justiça Global, Ordem dos Advogados do Brasil – secção Maranhão, Sociedade Maranhense de Direitos Humanos. *Violação continuada*: dois anos da crise em Pedrinhas. 2016. Disponível em: [www.conectas.org/publicacoes/download/violacao-continuada-dois-anos-da-crise-em-pedrinhas].

COYLE, Andrew. *Administração penitenciária:* uma abordagem de direitos humanos. International Center for Prison Studies, 2004.

CULLEN, Francis et al. *The correctional orientation of prison guards:* do officers support rehabilitation? Fed. Probation, 1989.

DIIULIO, John J. *Governing prisons*. Simon and Schuster, 1990.

FISCHER, Rosa Maria. Poder e cultura em organizações penitenciárias. Tese de Livre-docência. Faculdade de Economia e Administração da USP. São Paulo, 1989.

GORDON, M. S. The examination of correctional officers' organizational commitment. *Journal of Professional Issues in Criminal Justice*, v. 2(2), p. 191--206, 2007.

GRIFFIN, M. L. The influence of professional orientation on detention officers' attitudes toward the use of force. *Criminal Justice and Behavior*, v. 29, n. 3, p. 250-277, 01.06.2002.

GRIFFIN, M. L.; HEPBURN, J. R. Inmate misconduct and the institutional capacity for control. *Criminal Justice and Behavior*, v. 40, n. 3, p. 270-288, 22.10.2012.

HECKMAN, Jennifer Lee. *Competing logics and organizational failure:* the structuring of California prison health care. University of Southern California, 2013.

HEPBURN, J. R. The prison control structure and its effects on work attitudes: the perceptions and attitudes of prison guards. *Journal of Criminal Justice*, v. 15, n. 1, p. 49-64, jan. 1987.

IRWIN, J. *The Felon.* [s.l.] University of California Press, 1987.

JACOBS, J. B. Stateville: *The penitentiary in mass society*. University of Chicago Press, 1978.

JUSTICE, C.; MESKO, G. *Document title:* self-assessment of professional capacity, competence and values of prison officers in Slovenian prisons december 2004. *Author(s): Document No.: Date Received: Department of Justice. To provide better report available electronically*. 2004.

KAUFFMAN, K. *Prison officers and their world*. Massachusetts: Harvard University Press, 1988.

LIEBLING, A. *Prison officers, policing and the use of discretion theoretical criminology*, 2000.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; SANTOS, Thandara. *Opinião dos policiais brasileiros sobre reformas e modernização da segurança pública*. 2014. Disponível em: [http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/pesquisa_opiniao_dos_policiais_versao_sem_diag ramacao_completa.pdf]. Acesso em: 15.10.2014.

MELO, Juliana G; *RODRIGUES,* Raul. Notícias de um massacre anunciado e em andamento: o poder de matar e deixar morrer à luz do Massacre no Presídio de Alcaçuz, RN. *Rev. Bras. Segur. P*ública, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 48-62, ago.-set. 2017.

MELO, Juliana G. Pesquisadora relata os horrores de uma prisão no Rio Grande do Norte. *Revista Época*.19.03.2018. Disponível em: [https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2018/03/pesquisadora-relata-os-horrores-de-uma-prisao-no-rio-grande-do-norte.html]. Acesso em: 27.03.2018.

MORAES, Pedro. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NASCIMENTO, Francisco Elionardo de Melo. Por bem menos se interdita um zoológico: apontamentos da condição histórica das prisões cearenses que culminou na crise penitenciária. *ARACÊ – Direitos Humanos em Revista*, ano 4, n. 5, fevereiro 2017.

NIELSEN, Laura Beth. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, v. 1, n. 2, p. 12-24, jul. 2014.

SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 274-307, jul.-dez. 2006.

SYKES, Gresham M. *The society of captives:* a study of a maximum security prison. Princeton: New Jersey, Princeton University Press, 2007.

UNB, Universidade de Brasília (2005), *Caracterização dos servidores públicos no Brasil em comparação com outros países*. Observatório de Recursos Humanos em Saúde. Disponível em: [www.observarh.org.br/observarh/repertorio/Repertorio_ObservaRH/NESP-UnB/Caracterizacao_servidores_publicos.pdf]. Acesso em: 11.12.2015.

USEEM, Bert. Prison buildup and disorder. *Punishment & society*, v. 8, n. 1, p. 87-115, 01.01.2006.

SÁ, Alvino Augusto de. O caos penitenciário... seria mesmo um caos? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 203, p. 15-16, out. 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional, de Fabio Lobosco Silva – *RBCCrim* 123/361-380 (DTR\2016\24045); e
- Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio estado, de Cristina Zackseski e Beatriz Vargas Ramos – *RBCCrim* 139/143-170 (DTR\2017\7103).

Execução penal e fragmentação no Brasil: a disparidade da tipificação de faltas disciplinares de naturezas leve e média nos ordenamentos estaduais

Criminal execution and fragmentation in Brazil: the disparity of the classification of disciplinary infractions of light and medium natures in state ordinations

Bruno Rotta Almeida

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2016). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS (UFPel). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito da UFPel. Membro-fundador da Red Cono Sur de Investigación en Cuestión Penitenciaria (RCSICP). Coordena o LIBERTAS – Programa de Enfrentamento da Vulnerabilidade em Ambientes Prisionais, co-Coordena e é advogado do DEFENSA – Assessoria Criminal Popular, ambos vinculados à Faculdade de Direito da UFPel.
bruno.ralm@yahoo.com.br

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 09.05.2018
Última versão do(a) autor(a): 14.05.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo estuda a disparidade sobre a legislação de execução penal de distintas Unidades da Federação. Propõe compreender em que medida a tipificação de faltas disciplinares de naturezas leve e média pela legislação penitenciária dos estados brasileiros encontra-se em contradição. Almeja verificar se a atual legislação de execução penal de diferentes entes federativos pode identificar incoerências e dessemelhanças no âmbito prisional, a fim de alertar para a própria fragmentação da legislação nacional sobre execução da pena. O artigo utiliza como objeto de análise as informações penitenciárias contidas no

Abstract: The article studies the disparity on the law of criminal execution of different Units of the Federation. It proposes to understand to what extent the classification of light and medium disciplinary offenses by the penitentiary legislation of the Brazilian states is in contradiction. It aims to verify if the current legislation of criminal execution of different federal entities can identify inconsistencies and dissimilarities in the prison area, in order to alert the very fragmentation of the national legislation on criminal execution. The article uses as the object of analysis the National Survey of Penitentiary Information

levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, de junho de 2014. A aproximação das realidades regionais leva em conta a equivalência da taxa de encarceramento de cada Unidade da Federação selecionada para a pesquisa. Assim, em um primeiro momento, o texto apresenta aportes sobre complexidade e fragmentação em âmbito prisional, e o panorama jurídico-normativo da execução penal em distintos entes federativos, delimitando-se na descrição das condutas consideradas faltas disciplinares leves e médias. Após, expõe a fragmentação da execução penal. Logo depois, apresenta alguns caminhos e perspectivas da execução da pena diante disso.

Palavras-chave: Disparidade – Fragmentação – Lei – Execução penal – Faltas disciplinares.

of the National Penitentiary Department, of June 2014. The approximation of the regional realities occurs by means of the equivalence of the incarceration rate of each Unit of the Federation selected for the research. Thus, at first, the text presents contributions on complexity and fragmentation in prisons, and the juridical-normative panorama of the criminal execution in different federative entities. It delimits the description in the conducts considered light and medium disciplinary infractions. After, it exposes the fragmentation of the criminal execution. Soon after, it presents some ways and perspectives of the criminal execution before this.

Keywords: Disparity – Fragmentation – Law – Criminal execution – Disciplinary infractions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Execução penal, fragmentação e violência: notas prévias. 3. Disparidade jurídico-normativa da execução penal entre as Unidades da Federação. 4. A tipificação de faltas disciplinares nos ordenamentos estaduais. 5. Execução penal e fragmentação: a domesticidade disciplinar à brasileira. 6. A execução da pena diante da violência da fragmentação: caminhos e perspectivas. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A fragmentação da legislação de execução penal é observada na variedade da composição do ato normativo estadual que dispõe sobre o assunto, bem como da sua própria lavratura. Encontram-se decretos, portarias e resoluções do Poder Executivo, e também leis do Poder Legislativo. Todos os atos foram capazes de apresentar regras e instaurar regimentos no âmbito da execução penal estadual. Esses atos normativos são documentos que consolidam procedimentos e dinâmicas sobre objetivos, classificação, assistência, visita, reabilitação, disciplina etc.

Este artigo busca compreender em que medida a tipificação de infrações disciplinares de naturezas leve e média pela legislação penitenciária dos estados brasileiros encontra-se em contradição. A pergunta é no sentido de verificar se a atual legislação de execução penal de diferentes entes federativos é capaz de registrar contradições e diferenças no tocante ao âmbito prisional que poderiam identificar a própria fragmentação da legislação nacional sobre execução da pena. A pesquisa busca elucidar o problema a respeito da diversidade

de tratamento da pessoa privada de liberdade nas unidades prisionais dos entes federativos, além de possibilitar a visibilização das especificidades das legislações estaduais e provocar o debate sobre a questão da disciplina em âmbito prisional no campo das ciências criminais e áreas afins.

Com o intuito de aproximar particularidades essencialmente distintas, elegemos a taxa de encarceramento (quantidade de pessoas presas para cada cem mil habitantes) de cada Unidade da Federação como o critério para a escolha dos entes federativos estudados.[1] O trabalho ficou circunscrito ao exame das informações penitenciárias das unidades federativas que representam as 12 maiores taxas de encarceramento no País na época do citado relatório. Tal escolha se deu a fim de que todas as regiões do País estivessem representadas. Além disso, incluímos o estado do Rio de Janeiro (17ª maior taxa de encarceramento no Brasil, em junho de 2014), devido exclusivamente à sua posição e participação histórica e política acerca da questão penitenciária e da execução penal nos contextos brasileiro e latino-americano.[2]

1. A análise das regionalidades relativas à questão penitenciária e à execução penal permite submeter a metodologia de enfrentamento do problema de pesquisa a diferentes e variados caminhos. Com o intuito de *aproximar* particularidades essencialmente distintas, elegemos a taxa de encarceramento (quantidade de pessoas presas para cada 100 mil habitantes) de cada Unidade da Federação como critério de exame das regionalidades penitenciárias. Entendemos que o índice de aprisionamento é uma importante ferramenta de interpretação da política criminal e penitenciária de um determinado local. A partir da taxa de encarceramento é possível encontrar uma peculiaridade que integra, de modo conjunto, locais com qualidades tão distintas. Importante salientar que, de acordo com Máximo Sozzo, a taxa de encarceramento é um indicador incompleto para medir níveis de punitividade, entendida em sentido amplo como os níveis de dor ou sofrimento produzidos pelo sistema penal, mas, ao mesmo tempo, resulta um bom ponto de partida para se referir à dimensão da sua extensão (SOZZO, Máximo. Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur. A modo de introducción. In: SOZZO, Máximo et. al. *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2016. p. 10).
2. Para a análise das informações penitenciárias, utilizamos o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014, do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. O censo é um importante instrumento de conhecimento das realidades das prisões brasileiras, além de dispor dos últimos dados sobre a existência de regimentos internos ou padrões nas unidades penais do País. Os últimos relatórios do INFOPEN (2015 e 2016) não apresentam as informações analisadas neste artigo. Essas são as Unidades da Federação examinadas, em ordem decrescente de taxa de encarceramento: Mato Grosso do Sul (568,9/100.000); São Paulo (497,4/100.000); Distrito Federal (469,8/100.000); Acre (441,2/100.000); Rondônia (436,4/100.000); Espírito Santo (417,9/100.000); Amapá (353,4/100.000);

A delimitação da problemática se localiza no estudo da disciplina, precisamente na tipificação de infrações disciplinares de naturezas leve e média. Para tanto, usamos como objeto de análise uma *norma geral* de cada unidade da Federação, que pudesse prever as faltas leves e médias. A opção foi por uma espécie de *norma geral* do ente federativo, ou seja, aquele documento normativo que qualifica a compostura executiva da pena, seja de forma *exclusiva* (quando se trata de regimento único, padrão ou básico aplicado a todos os estabelecimentos), seja *orientadora* (quando se trata de regimento padrão ou básico que, no caso de não se aplicar a todos os estabelecimentos, busca guiá-los em eventuais ausências e inconsistências). Inicialmente, o texto apresenta aportes sobre complexidade e fragmentação em âmbito prisional. A seguir, expõe um panorama jurídico-normativo em distintos entes federativos, circunscrito na descrição das condutas consideradas faltas disciplinares leves e médias. Após, aborda alguns elementos sobre a fragmentação e os caminhos e perspectivas da execução da pena diante disso.

2. Execução penal, fragmentação e violência: notas prévias

O artigo propõe uma tensão à própria noção de complexidade acima de tudo jurídico-normativa da execução penal brasileira. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 1984) apresenta um modelo a ser seguido. Ocorre que há uma diversidade de sistemas penitenciários no Brasil. Cada ente federativo possui informações e normas peculiares, com características completamente distintas. A diversidade de sistemas decorre, a nosso ver, da fragmentação jurídico-normativa. Essa fragmentação é, portanto, uma violência. E essa violência pode ser visualizada na afetação da política criminal penitenciária, pois deteriora o caminho a ser percorrido e indicado por essa política e através da lei. Partimos da perspectiva de fundação da norma diante de uma ilusão totalizadora e decorrente violência da fragmentação.[3]

Michel Foucault explora alguns aspectos sobre a experiência da linguagem, o conhecimento das coisas e o desejo de semelhança. Para o autor, a linguagem

---

Pernambuco (339,6/100.000); Roraima (324/100.000); Mato Grosso (321,2/100.000); Minas Gerais (295,6/100.000); Santa Catarina (266,3/100.000). Soma-se o Rio de Janeiro (238,9/100.000) (BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/infopen_jun14.pdf]. Acesso em: 15.02.2018).

3. GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma:* para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

visa restituir um discurso, aproximando-se dele; faz nascer o que ele denomina de "fidelidades vizinhas e similares da interpretação".[4] Para o autor, há um desaparecimento da interseção entre as palavras e as coisas: "o discurso terá realmente por tarefa dizer o que é, mas não será nada mais que o que ele diz".[5] O Direito e a lei fazem parte de épocas passadas; ajustavam-se às monarquias absolutistas, em que obravam pelo uso da força; seu objetivo era controlar o proibido, reprimir impulsos e dominar os crimes (considerados atos de contestação à autoridade, isto é: crimes de lesa-majestade).[6]

A ilusão encobre a violência do próprio controle penal. Com isso queremos assinalar que a igualdade jurídica e a legalidade convivem com a segregação/seletividade estrutural do sistema penal brasileiro.[7] Uma leitura constitucional e normativa permite inferir que, diante da ofensa de normas legais e constitucionais, o sistema penal é um espaço de violação em vez de proteção de direitos, garantias e regras. Trata-se, por conseguinte, de uma *violência institucional* como expressão e reprodução de uma violência estrutural, marcada por excessivas desigualdades e injustiça social, e potencializada pela normatividade disciplinar dos estados a seguir abordada. Consoante Vera Regina Pereira de Andrade:

> [...] mais do que uma trajetória de ineficácia, o que acaba por se desenhar é uma trajetória de eficácia invertida, na qual se inscreve não apenas o fracasso do projeto penal declarado, mas, por dentro dele, o êxito do não-projetado; do projeto penal latente da modernidade.[8]

A crença na lei faz emergir uma violência que não é percebida como tal, pois encobre a diferença da realidade em prol do efeito simbólico da norma *dita humano-dignificante*, perpetuando-se no tempo e, enfim, naturalizando-se no seio das relações sociais, notadamente no plano da disciplina em seara prisional. Consoante

4. FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas:* uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 57.
5. FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas:* uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 59.
6. ADORNO, Sérgio. Foucault, a lei e o direito. In*:* SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). *O legado de Foucault*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006. p. 202.
7. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 283.
8. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 289 ss.

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, "a elaboração de uma ordem simbólica que diga como é a realidade, e a constituição dessa ordem como negação da desordem da realidade-real, leva à substituição da realidade pela norma".[9] Para o autor, a violência do Direito é, acima de tudo, uma violência simbólica, que arquiteta e comina uma definição (também um sentido, um fundamento e uma significação) do mundo como legítima, além de uma direção e uma lógica, uma racionalidade concreta (a da forma jurídica), que se exerce pela forma, formatando, substituindo e impondo uma *ordem jurídico-formal* sobre a presumida *desordem social*.

No âmbito do castigo, entendido como uma instituição social que envolve uma estrutura complexa e uma densidade de significados tanto históricos quanto sociais,[10] a violência simbólica alcança outra dimensão: a da violência institucional. Isso porque, com a análise do corpo normativo das faltas disciplinares de naturezas leve e média de diferentes estados do País, é possível perceber que a violência das realidades carcerárias não passa de uma naturalização da própria violência estatal.[11]

---

9. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Força do direito e a violência das formas jurídicas. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, p. 27-41, out. 2011.

10. GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna:* un estudio de teoría social. Ciudad de México: Siglo XXI, 2006. p. 326 ss. Também em relação à questão penitenciária: "a questão penitenciária não tem solução 'em si', porque não se trata de um problema 'em si', mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta de qualquer autonomia, a seu turno, a questão criminal também nada mais é que mero elemento de outro problema mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária" (THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 110).

11. Conforme se percebe, a noção de violência pode adotar um sem-número de manifestações. No que diz respeito à violência institucional, este trabalho está limitado ao âmbito penitenciário e de execução penal, podendo ser sinônimo de violência estatal. A violência institucional, segundo Laura Casola e Natalia Monasterolo, encontra quatro eixos, que servem para delimitar a definição de tal violência, mesmo que alguns aspectos possam exigir maior reflexão e crítica: canais de violência institucional (políticas normativas e estruturas institucionais); forma em que se leva a cabo a violência institucional (violação de princípios leais e constitucionais; consequências no indivíduo (ressocialização); consequências na sociedade (reprodução da criminalidade) (CASOLA, Laura; MONASTEROLO, Natalia. *Violencia institucional:* la construcción objetivo-subjetiva de un nuevo concepto a través de las instancias de prevención, corrección y ejecución penitenciaria. Córdoba: Nuevo Enfoque, 2012. p. 24 ss.). A violência institucional também pode abarcar – a nosso ver, a principal tendência – a performance segregacionista e seletiva do sistema de política criminal e penitenciária, como também – e, especialmente –, o de política social e cultural. Essas ações podem se tornar violentas

As informações penitenciárias sobre gestão e política, publicadas pelo INFOPEN desde 2014, expõem diversidades penitenciárias muito evidentes entre os entes federativos. A diferença está em cada item, como visitas, assistência social, psicológica, saúde, trabalho, educação, assistência jurídica etc. Todos os estados brasileiros apresentam agressivos déficits em uma ou outra questão.[12] Ao mesmo tempo, a disparidade encontra, com menor ou maior grau, uma notória harmonia disciplinar e securitária, conforme se verá a seguir.

3. Disparidade jurídico-normativa da execução penal entre as Unidades da Federação

O critério de delimitação espacial da pesquisa possibilita a representação de todas as regiões do País. A Figura 01 mostra o mapa do Brasil onde estão destacadas as Unidades Federativas selecionadas:

Figura 01. Unidades da Federação selecionadas para a pesquisa



Fonte: Mapa Político do Brasil com destaques do autor.

na medida em que venham a atuar por meio da repressão, da exclusão social, da seletividade e da segregação, impactando no âmbito prisional (AZERRAD, Marcos Edgardo. *Crisis carcelaria, violencia institucional y clasificación de los reclusos*. Violación de garantías y convenciones internacionales. Córdoba: Lerner, 2010. p. 41 ss.).

12. ALMEIDA, Bruno Rotta. Ilusão total e diferença. Dilemas sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate*, v. 5, n. 2, maio de 2017.

O Quadro 01 relaciona as 13 Unidades da Federação selecionadas para a pesquisa e as respectivas taxas de encarceramento e populações prisionais. Percebe-se que o número de pessoas presas é bastante distinto entre os estados. As três maiores populações prisionais do Brasil estão incluídas no quadro: São Paulo (219.053), Minas Gerais (61.286), e Rio de Janeiro (39.321). As três menores populações prisionais do País são: Piauí (3.224); Amapá (2.654); e Roraima (1.610). Dessas três, as duas últimas (Amapá e Roraima) constam no quadro a seguir. Ao total, as 13 Unidades Federativas selecionadas para a pesquisa respondiam a quase 73% da população prisional brasileira em junho de 2014.

Quadro 01. Taxa de encarceramento e população prisional por Unidade da Federação (06/2014)

Unidade da Federação	Taxa de encarceramento	População prisional
Mato Grosso do Sul	568,9	14.904
São Paulo	497,4	219.053
Distrito Federal	469,8	14.171
Acre	441,2	3.486
Rondônia	436,4	7.631
Espírito Santo	417,9	16.234
Amapá	353,4	2.654
Pernambuco	339,6	31.510
Roraima	324	1.610
Mato Grosso	321,2	10.357
Minas Gerais	295,6	61.286
Santa Catarina	266,3	17.914
Rio de Janeiro	238,9	39.321
Média/total	382,4	440.131

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/infopen_jun14.pdf]. Acesso em: 15.02.2018. Adaptado pelo autor.

Entre os anos de 2007 e 2008, o Departamento Penitenciário Nacional realizou um breve levantamento sobre a existência de estatutos e regimentos penitenciários em seus sistemas estaduais. O trabalho permitiu uma reflexão muito interessante sobre o aparato legislativo da execução penal em todas as 27 Unidades da Federação.[13]

Apenas Distrito Federal, Minas Gerais e Paraná possuíam, na época da pesquisa, estatuto do sistema penitenciário e regimento interno para todos os estabelecimentos penais. Já Amazonas, Amapá, Espírito Santo, Maranhão e Rio Grande do Norte, além dos três citados inicialmente, tinham editado estatuto penitenciário. Os estados do Acre, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Rio de Janeiro, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins dispunham de regimento interno único para todos os estabelecimentos. Em contrapartida, Alagoas, Bahia, Goiás, Paraíba, Piauí e Sergipe não possuíam estatuto nem regimento interno, seja para todas as unidades prisionais ou para cada uma delas. Os estados do Rio Grande do Sul, Rondônia e Pernambuco utilizavam o regimento interno de cada estabelecimento penal. Importante mencionar que, durante os anos da pesquisa, havia, em mais de 80% dos entes federativos, projetos e discussões para elaborar ou revisar normas sobre o estatuto e o regimento penitenciário estadual. Não pretendemos, aqui, apontar a evolução desse processo de promulgação de estatutos e regimentos entre as Unidades Federativas, mas perquirir em torno das – velhas e – atuais diferenças das dinâmicas penitenciárias dispostas nos atos normativos de alguns estados brasileiros.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014 coletou informações sobre a existência ou não de regimentos internos nos estabelecimentos prisionais do País. A Figura 02 mostra a porcentagem de unidades que tinham regimento interno. Cerca de 30% dos estabelecimentos declararam não ter regimento interno.

13. O relatório foi realizado durante a elaboração dos Planos Diretores das Unidades da Federação, no período de outubro e 2007 a abril de 2008 (BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Relatório da situação atual do sistema penitenciário: estatuto e regimento – Maio/2008*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/meta07_estatuto-e-regimento.pdf]. Acesso em: 18.02.2018).

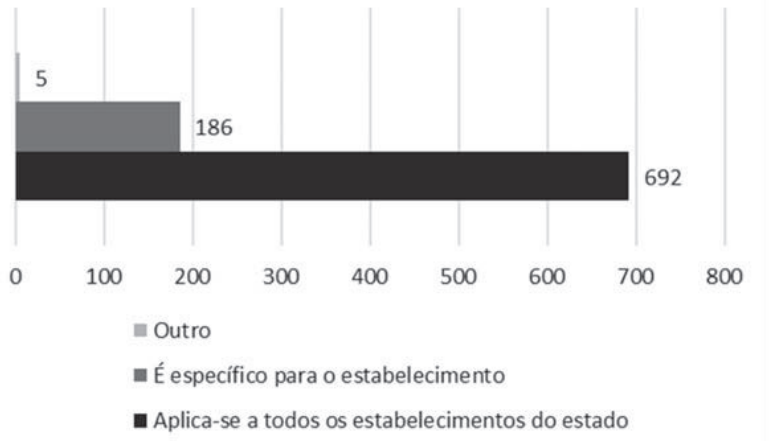
Figura 02. Unidades que dispõem de regimento interno (06/2014)



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/infopen_jun14.pdf]. Acesso em: 15.02.2018. Adaptado pelo autor.

Entre as unidades prisionais que têm regimento interno, como mostra a Figura 03, a maior parte (78%) não utilizava regimento específico, assim, adotando um regimento padrão aplicável a todos os estabelecimentos do ente federativo. Verifica-se, nesse sentido, que pouco mais de 20% das unidades penais no Brasil possuíam regimento específico.

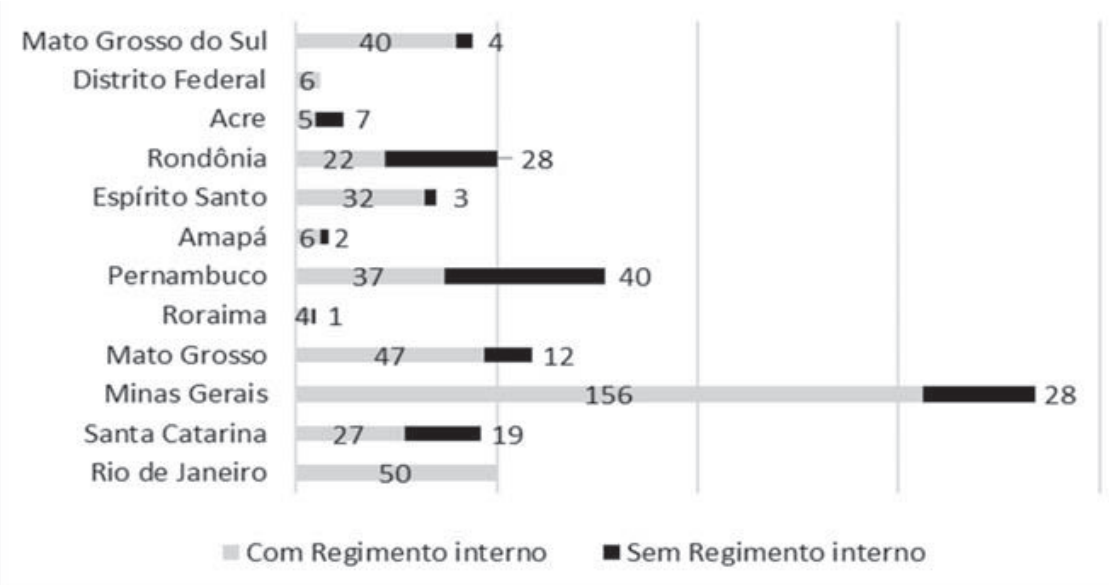
Figura 03. Regimento interno por tipo (06/2014)



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/infopen_jun14.pdf]. Acesso em: 15.02.2018. Adaptado pelo autor.

A Figura 04 apresenta a porcentagem de estabelecimentos penais com e sem regimento interno por Unidade da Federação. Todos os estabelecimentos do Rio de Janeiro e do Distrito Federal tinham regimento interno. Em Mato Grosso do Sul (91%), a porcentagem de estabelecimentos com regimento também era alta. No entanto, Acre (58%), Rondônia (56%) e Pernambuco (52%) eram os estados que apresentaram, entre os entes analisados, o maior percentual de unidades prisionais sem regimento interno.

Figura 04. Unidades com e sem regimento interno por Unidade da Federação (06/2014)



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/infopen_jun14.pdf]. Acesso em: 15.02.2018. Adaptado pelo autor.

A fim de realizar a comparação da legislação de execução penal dos estados que correspondiam às maiores taxas de encarceramento no País em junho de 2014, reservado o Rio de Janeiro, tivemos de usar como objeto de análise uma *norma geral* de cada ente federativo que retratasse, entre outras coisas, os objetivos, procedimentos e as dinâmicas sobre classificação, disciplina, assistência, visita, reabilitação etc. no âmbito da execução da pena, na respectiva Unidade da Federação, mesmo que saibamos da existência de normas outras que, também, dispõem os mesmos caracteres.

Quadro 02. Norma geral estadual sobre execução da pena por Unidade da Federação[14]

UF	Norma geral estadual sobre execução penal	Ementa
Mato Grosso do Sul	Decreto 12.140, de 17 de agosto de 2006.	Dispõe sobre o regimento interno básico das Unidades Prisionais do Estado de Mato Grosso do Sul.
São Paulo	Resolução Secretaria de Administração Penitenciária 144, de 29 de junho de 2010.	Institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo.
Distrito Federal	Portaria 001, de 11 de janeiro de 1988.	Baixar, na forma do anexo, o Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais da Secretaria de Segurança Pública, já devidamente apreciado pelo Conselho Penitenciário e Juízo das Execuções Criminais do Distrito Federal.
Acre[15]	Decreto 7.880, de 2003	–
Rondônia	Decreto 18.329, de 29 de outubro de 2013.	Aprova o Manual de Administração do Sistema Penitenciário (MASPE) e dá outras providências.
Espírito Santo	Portaria 332-S, de 02 de julho de 2003	Regimento Padrão dos Estabelecimentos Prisionais do Estado do Espírito Santo.
Amapá	Lei 692, de 11 de junho de 2002.	Dispõe sobre normas de execução penal no Estado do Amapá e dá outras providências.

14. A ordem do quadro segue a preferência com relação aos entes federativos com as maiores taxas de encarceramento.

15. Não localizamos o Decreto 7.880, de 2003, correspondente a normas do sistema penitenciário do Acre. Tampouco obtivemos sucesso na solicitação enviada por e-mail e através de contato telefônico com o Instituto de Administração Penitenciária da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos. Encontramos, todavia, alguns documentos normativos acerca da execução penal no estado (Lei 733, de 22 de janeiro de 1981, Lei 1.224, de 10 de junho de 1997, Lei 2.028, de 31 de outubro de 2008, Lei 2.553, de 4 de maio de 2012, e Lei 2.305, de 30 de agosto de 2010), porém não contemplam os objetivos da análise aqui proposta. Por essa razão, o estado do Acre não será citado nos itens seguintes.

UF	Norma geral estadual sobre execução penal	Ementa
Pernambuco	Lei 15.755, de 4 de abril de 2016.	Institui o Código Penitenciário do Estado de Pernambuco
Roraima	Decreto 16.784-E, de 17 de março de 2014.	Aprova o Regimento Interno do Sistema Penitenciário do Estado de Roraima.
Mato Grosso	Decreto 1.899, de 26 de agosto de 2013.	Tipifica as faltas disciplinares de natureza média e leve, regulamenta o procedimento disciplinar, institui a composição do Conselho Disciplinar no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado de Mato Grosso e dá outras providências.
	Decreto 5.683, de 13 de dezembro de 2002.	Aprova o Regimento Interno dos Estabelecimentos Prisionais do Estado de Mato Grosso.
Minas Gerais	Lei 11.404, de 25 de janeiro de 1994.	Contém normas de execução penal.
Santa Catarina	Lei Complementar 529, de 17 de janeiro de 2011.	Aprova o Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais do Estado de Santa Catarina.
Rio de Janeiro	Decreto 8.897, de 31 de março de 1986.	Regulamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.

Fonte: Elaborado pelo autor.

A escolha se deu por uma espécie de norma geral do ente federativo, ou seja, aquele documento normativo que qualifica a compostura executiva da pena, seja de forma *exclusiva* – quando se trata de regimento único, padrão ou básico aplicado a todos os estabelecimentos – ou *orientadora* – quando se trata de regimento padrão ou básico que, no caso de não se aplicar a todos os estabelecimentos, eis que vinculados a regras específicas, busca guiá-los em eventuais ausências e inconsistências. Nesse sentido, o Quadro 02 expõe o material de análise deste item.

O que se percebe do quadro precedente, a uma primeira e rápida vista, é que pelo menos seis estados (dos treze avaliados neste artigo) elaboraram novas normas de execução penal e sistema penitenciário após a pesquisa sobre estatuto e regimento realizada pelo DEPEN, em 2007 e 2008.

4. A tipificação de faltas disciplinares nos ordenamentos estaduais

O terreno das infrações disciplinares ocupado pelos regimentos dos entes federativos estudados é significativamente fracionado. Foi possível detectar

uma imensa variedade de ações e situações tipificadas como faltas disciplinares leves ou médias.

Quadro 03. Quantitativo de condutas consideradas infrações disciplinares por natureza (leve ou média) e Unidade da Federação[16]

UF	Natureza	
	Leve	Média
Mato Grosso do Sul	24	40
São Paulo	11	23
Distrito Federal	12	18
Rondônia	18	51
Espírito Santo	12	22
Amapá	25	23
Pernambuco	11	40
Roraima	8	23
Mato Grosso	30	34
Minas Gerais	27[17]	
Santa Catarina	11	18
Rio de Janeiro	9	19

Fonte: Elaborado pelo autor.

O exame exaustivo das normas estaduais sobre infrações disciplinares almeja possibilitar maior visibilização dos caracteres específicos das respectivas legislações, consubstanciar empiricamente o problema e, por fim, abrir espaço para novas agitações em torno do debate, nas ciências criminais e afins, sobre a questão da disciplina no campo do sistema prisional.

No regimento do Espírito Santo, são consideradas falta disciplinar de natureza leve: "transitar indevidamente pela unidade prisional"; "comunicar-se com visitantes sem a devida autorização"; "comunicar-se com sentenciados em regime de isolamento celular ou entregar aos mesmos quaisquer objetos

16. A ordem do quadro segue a preferência com relação aos entes federativos com as maiores taxas de encarceramento. Todas as citações aos regimentos dos entes federativos, realizadas daqui em diante, referem-se aos documentos dispostos no Quadro 02.

17. Não especifica a natureza da infração disciplinar.

sem autorização"; "manusear equipamento de trabalho sem autorização ou sem conhecimento do encarregado, mesmo a pretexto de reparos ou limpeza; ter posse de papéis, documentos, objetos ou valores não cedidos e não autorizados pela unidade prisional"; "mostrar displicência no cumprimento do sinal convencional de recolhimento ou formação" (art. 48 e incisos). Destacamos, agora, as ações que são consideradas como falta disciplinar média: "induzir ou instigar alguém a praticar falta disciplinar grave, média ou leve"; "divulgar notícia que possa perturbar a ordem ou a disciplina"; "dificultar a vigilância em qualquer dependência da unidade prisional"; "praticar autolesão, como ato de rebeldia; provocar perturbações com ruídos e vozerios ou vaias"; "perturbar a jornada de trabalho ou a realização de tarefas"; "perturbar o repouso noturno ou a recreação; praticar atos de comércio de qualquer natureza com companheiros ou funcionários"; "inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e demais dependências da unidade prisional"; "destruir objetos de uso pessoal, fornecidos pela unidade prisional"; "praticar fato previsto como crime culposo ou contravenção, sem prejuízo da sanção penal"; "receber, confeccionar, portar, ter, consumir ou concorrer para que haja em qualquer local do estabelecimento, indevidamente, bebida alcoólica ou objetos que possam ser utilizados em fugas"; "portar ou utilizar aparelho telefônico celular ou outros meios de comunicação não autorizados pela unidade prisional"; "atrasar, sem justa causa, o retorno ao estabelecimento prisional, no caso de saída temporária"; "deixar de submeter-se à sanção disciplinar imposta" (art. 49 e incisos).

O regimento do estado de Santa Catarina afirma que "serão consideradas faltas disciplinares leves e médias todas as ações ou omissões do interno, infringentes de normas constantes nesta Lei Complementar, e graves as previstas na Lei federal 7.210, de 1984" (art. 66). Estas são as hipóteses de faltas disciplinares de natureza leve (art. 95 e incisos): "ocultar fato ou coisa relacionada com a falta de outrem, para dificultar averiguações"; "utilizar material, ferramenta ou utensílio do estabelecimento penal, em proveito próprio, sem a autorização competente"; "portar objeto de valor, além do regularmente permitido"; "transitar pelo estabelecimento penal ou por suas dependências em desobediência às normas estabelecidas"; "desobedecer às prescrições médicas, recusando o tratamento necessário ou utilizando medicamentos não prescritos ou autorizados pelo órgão médico competente"; "enviar correspondência sem autorização do gestor do estabelecimento penal"; "utilizar-se de local impróprio para satisfação de necessidades fisiológicas"; "utilizar-se de objeto pertencente a outro preso sem o devido consentimento"; "proceder grosseira ou imoralmente em relação a outro interno"; "simular doença ou estado de precariedade física para eximir-se de obrigação"; e "cometer desatenção propositada durante estudos ou aula de serviço". As faltas de natureza média são estas (art. 96 e incisos): "praticar ou

contribuir para a prática de jogos proibidos, agravando-se a falta quando essa prática envolver exploração de outros presos"; "resistir, inclusive por atitude passiva, à execução de ordem ou ato administrativo"; "ofender funcionários"; "praticar compra ou venda não autorizada em relação a outro preso"; "faltar à verdade com o fim de obter vantagem ou eximir-se de responsabilidade"; "formular queixa ou reclamação com improcedência, reveladora de motivo reprovável"; "explorar companheiro sob qualquer pretexto ou forma"; "desobedecer aos horários regulamentares; recusar-se sem motivo justo ao trabalho que for determinado"; "recusar-se à assistência ou ao dever escolar sem razão justificada"; "entregar ou receber objetos sem a devida autorização"; "desleixar-se da higiene corporal, do asseio da cela ou alojamento e descurar da conservação de objetos de uso pessoal"; "lançar nos pátios águas servidas ou objetos, bem como lavar, estender ou secar roupas em local não permitido"; "produzir ruídos para perturbar a ordem nas ocasiões de descanso, de trabalho ou de reunião"; "desrespeitar os visitantes, seus ou de outros internos"; "retardar o cumprimento de ordem com intuito de procrastinação"; "descurar da execução de tarefa"; e "ausentar-se dos lugares em que deva permanecer".

Em Minas Gerais, a legislação de execução penal analisada não especifica a natureza da falta disciplinar. Apenas menciona as situações que constituem infrações disciplinares: "negligência na limpeza e na ordem da cela e no asseio pessoal"; "abandono voluntário do local de tratamento"; "descumprimento das obrigações do trabalho"; "atitude molesta para com os companheiros"; "linguagem injuriosa"; "jogos e atividades proibidas pelo Regimento Interno"; "simulação de doença"; "posse ou tráfico de bens não permitidos"; "comunicação proibida com o exterior ou, no caso de isolamento, com o interior"; "atos obscenos ou contrários ao decoro"; "falsificação de documento da administração"; "apropriação ou danificação de bem da administração"; "posse ou tráfico de arma ou de instrumento de ofensa"; "atitude ofensiva ao Diretor, a funcionário do estabelecimento ou a visitante"; "inobservância de ordem ou prescrição e demora injustificada no seu cumprimento"; "participação em desordem ou motim"; "evasão"; "fato previsto como crime, cometido contra companheiro, funcionário do estabelecimento ou visitante"; "realização ou contribuição para a realização de visita íntima em desacordo com esta lei ou com o ato da autoridade competente" (art. 142 e incisos).

No estado de Rondônia, as faltas leves são estas (art. 143 e incisos): "executar, sem autorização, o trabalho de outrem"; "descumprir prescrição médica"; "desatenção em sala de aula ou recusar-se ao dever escolar sem razão justificada"; "fazer refeições em locais não permitidos"; "conversar por meio de janela, guichê, setor de trabalho ou local não permitido"; "descumprir as normas para visitação social"; "comunicar-se com visitantes sem a devida autorização";

"manusear equipamento de trabalho sem autorização ou sem conhecimento do responsável, mesmo a pretexto de reparos ou limpeza"; "improvisar varais e cortinas na cela, no alojamento ou no pátio interno, comprometendo a vigilância, salvo em situações excepcionais autorizadas pelo diretor"; "estar indevidamente trajado"; "usar material de serviço para finalidade diversa da qual foi prevista"; e outras. Ainda, a pessoa submetida à monitoração eletrônica pode cometer falta leve quando "sair e retornar de seu itinerário regular sem autorização, por prazo inferior a 10 minutos durante o dia, e afastar-se do GPS por menos de 10 minutos, durante o dia" (art. 143, § 1º). Incorrendo nessa hipótese, a pessoa monitorada "será advertida por escrito pela Autoridade Administrativa, que manterá cópia da advertência no prontuário do(a) apenado(a), sendo que em caso de até 2 (duas) advertências, incorrerá em falta média" (art. 143, § 2º). Sobre as faltas médias, destacam-se estas (art. 142 e incisos): "portar material cuja posse seja proibida"; "desviar ou ocultar objetos cuja guarda lhe tenha sido confiada"; "induzir ou instigar alguém a praticar qualquer falta disciplinar"; "dificultar a averiguação, ocultando o fato ou coisa relacionada com a falta de outrem"; "dificultar a vigilância em qualquer dependência da Unidade Prisional"; "praticar autolesão ou greve de fome isolada como atos ele rebeldia"; "provocar perturbações com ruídos, vozerios ou vaias"; "perturbar o repouso noturno ou a recreação"; "perturbar a jornada de trabalho ou a realização de tarefas"; "praticar atos de comércio, de qualquer natureza, com outros apenados ou funcionários"; "comportar-se de forma inamistosa durante prática desportiva"; "inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e das demais dependências da Unidade Prisional"; "destruir objetos de uso pessoal, fornecidos pela Unidade Prisional"; "receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da Unidade Prisional, objetos que possam ser utilizados em fugas"; "receber, confeccionar, portar, ter ou consumir bebida alcoólica ou concorrer para sua fabricação"; "praticar fato previsto como crime culposo ou contravenção, sem prejuízo da sanção penal"; "manter ou possuir anotações com números de telefones, de contas bancárias, de rifas, dentre outras consideradas impróprias"; "praticar ato libidinoso, obsceno ou gesto indecoroso"; e mais outras várias condutas, que alcançam um total de 42 hipóteses de falta média. Além dessas, também, comete falta média a pessoa privada de liberdade que for considerada "reincidente em falta leve" (art. 142, § 1º), como, também, aquela que, em situação de monitoramento eletrônico: reiterar em conduta leve, quando por si só não caracterize falta grave; sair e retornar de seu itinerário regular, sem autorização, por prazo inferior a 10 minutos durante a noite; permanecer com o equipamento em chamada perdida sem comunicar imediatamente a Unidade de Monitoração; afastar-se do GPS por menos de 10 minutos em horário noturno; receber 2 (duas) advertências por violações leves e tentar romper a tornozeleira.

No estado de Mato Grosso do Sul, são faltas leves (art. 102 e incisos): "dirigir ofensas leves e promover discussão entre presos"; "deixar de cumprir as tarefas diárias"; "vestir-se e portar-se inadequadamente dentro da unidade"; "atrasar-se, no cumprimento dos horários estabelecidos pela casa (rotina, silêncio, e outros)"; "fomentar ou criar discórdia entre outros presos"; "resistir, sem justa causa, e por atitude passiva, à execução de ordem ou ato administrativo"; "caluniar, difamar, ou injuriar companheiros"; "desempenhar, sem zelo ou atenção, as suas atribuições"; "recusar-se a tomar conhecimento de ato oficial"; "portar, ter, facilitar ou participar, para que haja na Unidade Prisional, livros publicações, papéis ou documentos não autorizados"; "faltar à verdade com o fim de obter vantagens ou eximir-se de responsabilidade"; "lançar nos pátios, água servida ou objetos, bem como lavar, estender e secar roupas em local não permitido"; "cometer irreverência de não se levantar ou não tomar atitude de respeito, diante do Diretor ou de autoridades, salvo quando estiver trabalhando ou doente"; "cometer desatenção propositada durante estudos ou serviço"; "descumprir as normas de conduta, urbanidade, higiene, trabalho, instrução e outros fatores socialmente almejados e esperados"; "transgredir regras excepcionais estabelecidas pelo Diretor da Unidade Prisional"; entre outras. As faltas médias estão nos incisos do art. 103: "praticar atos contrários à moral e ao bom costume"; "rebelar-se contra ordens baixadas pela autoridade competente"; "portar, guardar ou facilitar a entrada e ou uso de objetos não permitidos pela administração"; "utilizar visitantes para conduzir carta, bilhete, recado ou objeto para fora da unidade"; "praticar compra ou venda não autorizadas, em relação a outro interno, visitante ou funcionários"; "ocultar fato ou coisa relacionada com a falta disciplinar de outrem para dificultar averiguações"; "utilizar, sem maiores consequências, material, ferramentas ou utensílios da Unidade Prisional, em proveito próprio, sem a autorização competente"; "recusar-se à assistência do dever escolar sem razão justificada"; "desobedecer às prescrições médicas, recusando-se ao tratamento necessário ou utilizar medicação não prescrita ou autorizada pelo setor médico"; "produzir ruídos para perturbar a ordem, nos horários de descanso, trabalho, religião ou de reunião"; "explorar companheiro sob qualquer pretexto"; "efetivar ligações telefônicas sem autorização"; "manter, com visitantes ou presos, conversas ou discussões em que sejam criticados de forma injuriosa e difamatória, os poderes públicos, as leis e as autoridades, assim como veicular essas críticas por meio escrito e oral"; "utilizar-se de local impróprio para satisfação de necessidades fisiológicas"; "ficar no anonimato, quando sua falta disciplinar leve ou média for imputada a outro"; "mentir em carta às autoridades e cartas anônimas"; "atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade diante das autoridades, funcionários e sentenciados"; "dificultar a vigilância em qualquer dependência

da Unidade Prisional"; "praticar autolesão, como ato de rebeldia"; "perturbar a jornada de trabalho, a recreação ou o repouso noturno"; "inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e demais dependências da Unidade Prisional"; "praticar ato previsto como crime culposo ou contravenção, sem prejuízo da sanção penal"; "receber, confeccionar, portar, consumir ou concorrer para que haja em qualquer local da unidade, indevidamente, bebidas alcoólicas e objetos que possam ser utilizados em fugas"; "portar ou utilizar aparelho telefônico celular ou outros meios de comunicação não autorizados pela Unidade Prisional"; "atrasar, sem justa causa, o retorno à Unidade Prisional, no caso de saída temporária"; entre outras.

Em São Paulo, o regimento considera falta disciplinar de natureza leve as seguintes condutas (art. 44 e incisos): "transitar indevidamente pela unidade prisional"; "comunicar-se com visitantes sem a devida autorização"; "comunicar-se com presos em regime de isolamento celular ou entregar aos mesmos quaisquer objetos sem autorização"; "manusear equipamento de trabalho sem autorização ou sem conhecimento do responsável, mesmo a pretexto de reparos ou limpeza; adentrar em cela alheia sem autorização"; "improvisar varais e cortinas na cela, no alojamento ou no pátio interno, comprometendo a vigilância, salvo em situações excepcionais autorizadas pelo diretor da unidade prisional"; "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"; "estar indevidamente trajado"; "usar material de serviço para finalidade diversa da qual foi prevista"; "remeter correspondência sem o registro regular da área competente". Já as infrações médias (art. 45 e incisos) são estas: "atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade frente às autoridades, aos funcionários e aos presos"; "portar material cuja posse seja proibida"; "desviar ou ocultar objetos cuja guarda lhe tenha sido confiada"; "simular doença para eximir-se de dever legal ou regulamentar"; "induzir ou instigar alguém a praticar qualquer falta disciplinar"; "divulgar notícia que possa perturbar a ordem ou a disciplina"; "dificultar a vigilância em qualquer dependência da unidade prisional"; "praticar autolesão ou greve de fome isolada como atos de rebeldia"; "provocar perturbações com ruídos, vozerios ou vaias"; "perturbar a jornada de trabalho ou a realização de tarefas"; "perturbar o repouso noturno ou a recreação"; "praticar atos de comércio, de qualquer natureza, com outros presos ou funcionários"; "comportar-se de forma inamistosa durante prática desportiva"; "inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e das demais dependências da unidade prisional"; "destruir objetos de uso pessoal, fornecidos pela unidade prisional"; "portar ou ter, em qualquer lugar da unidade prisional, dinheiro, cheque, nota promissória ou qualquer título de crédito"; "receber, confeccionar, portar,

ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da unidade prisional, objetos que possam ser utilizados em fugas"; "receber, confeccionar, portar, ter ou consumir bebida alcoólica ou concorrer para sua fabricação"; "praticar fato previsto como crime culposo ou contravenção, sem prejuízo da sanção penal"; "mostrar displicência no cumprimento do sinal convencional de recolhimento ou formação"; "faltar ao trabalho sem causa justificada"; "descumprir horário estipulado, sem justa causa, para o retorno da saída temporária"; "manter ou possuir anotações com números de telefones, de contas bancárias, de rifas, dentre outras consideradas impróprias".

Em Roraima, as faltas disciplinares de natureza leve são estas (art. 66 e incisos): "comunicar-se com visitantes sem a devida autorização"; "manusear equipamento de trabalho sem autorização ou sem conhecimento do encarregado, mesmo a pretexto de reparos ou limpeza"; "utilizar-se de bens de propriedade do Estado, de forma diversa para a qual recebeu"; "estar indevidamente trajado"; "usar material de serviço para finalidade diversa da qual foi prevista, se o fato não estiver previsto como falta grave"; "remeter correspondência, sem registro regular pelo setor competente"; "provocar perturbações com ruídos e vozerios ou vaias"; e "desrespeito às demais normas de funcionamento do estabelecimento penal, quando não configurar outra classe de falta". Já as faltas médias são (art. 67 e incisos): "atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade frente às autoridades, aos funcionários, a outros sentenciados ou aos particulares no âmbito do estabelecimento penal"; "fabricar, fornecer ou ter consigo objeto ou material cuja posse seja proibida em ato normativo do Departamento Penitenciário Nacional"; "desviar ou ocultar objetos cuja guarda lhe tenha sido confiada"; "simular doença para eximir-se de dever legal ou regulamentar"; "divulgar notícia que possa perturbar a ordem ou a disciplina"; "dificultar a vigilância em qualquer dependência do estabelecimento penal federal"; "perturbar a jornada de trabalho, a realização de tarefas, o repouso noturno ou a recreação"; "inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e das demais dependências do estabelecimento penal"; "portar ou ter, em qualquer lugar do estabelecimento penal, dinheiro ou título de crédito"; "praticar fato previsto como crime culposo ou contravenção, sem prejuízo da sanção penal"; "comunicar-se com reeducandos em cela disciplinar ou regime disciplinar diferenciado ou entregar-lhes qualquer objeto, sem autorização"; "opor-se à ordem de contagem da população carcerária, não respondendo ao sinal convencional da autoridade competente"; "recusar-se a deixar a cela, quando determinado, mantendo-se em atitude de rebeldia"; "praticar atos de comércio de qualquer natureza"; "faltar com a verdade para obter qualquer vantagem"; "transitar ou permanecer em locais não autorizados"; "não se submeter às requisições administrativas, judiciais e policiais"; "descumprir as

datas e horários das rotinas estipuladas pela administração para quaisquer atividades no estabelecimento penal"; e ofender os incisos I, III, IV e VI a X do art. 39 da LEP.[18]

No Amapá, são consideradas faltas leves (art. 67 e incisos): "atitude de acinte ou consideração perante funcionário ou visitas"; "descuidar da higiene pessoal"; "dissimular ou alegar doença ou estado de precariedade física para eximir-se de obrigações"; "produzir ruídos que perturbem o descanso e as atividades no estabelecimento"; "procrastinar, discutir cumprimento de ordem, ou recusar o dever do trabalho"; "proceder de forma grosseira ou discutir com outro preso"; "sujar pisos, paredes ou danificar objetos que devam ser conservados"; "descumprir as prescrições médicas"; "fazer refeições em local e horário não permitidos"; "descumprir as normas para visita social ou íntima"; e outras. As faltas médias estão no art. 68 e incisos: "deixar de acatar as determinações superiores"; "imputar falsamente fato ofensivo à administração"; "dificultar averiguação, ocultando fato ou coisa mencionada com a falta de outrem"; "manter, na cela, objeto não permitido"; "causar dano material ao estabelecimento ou coisa alheia"; "abster-se de alimentação como protesto ou rebeldia"; "colocar outro preso ou internado à sua submissão ou à de grupo, em proveito próprio ou alheio"; "desviar material de trabalho, de estudo, de recreação e outros, para local indevido"; "maltratar animais"; "praticar ato definido como crime culposo"; "portar, ter em sua guarda, ou fazer uso de bebida alcoólica, ou apresentar-se embriagado"; "afixar material pornográfico no estabelecimento penal".

Em Pernambuco, constitui falta disciplinar de natureza leve (art. 130): "atitude de acinte ou desconsideração perante funcionários ou visitante"; "emprego de linguagem desrespeitosa"; "apresentar-se de forma irreverente diante do gestor do estabelecimento prisional, funcionários, visitantes ou outras pessoas"; "executar, sem autorização, o trabalho de outrem"; "descuidar da higiene pessoal"; "lavar ou secar roupa em local não permitido"; "descumprir prescrição médica"; "fazer refeições em locais não permitidos"; "conversar através de janela, guichê, setor de trabalho ou local não permitido";

18. Os incisos I, III, IV e VI a X do art. 39 da LEP constituem os seguintes deveres do condenado: comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; submissão à sanção disciplinar imposta; e conservação dos objetos de uso pessoal, respectivamente (BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 18.11.2017).

"descumprir as normas para visitação social"; ou "comportar-se de forma inamistosa durante a prática desportiva". Constitui falta disciplinar de natureza média (art. 131): "deixar de acatar decisões superiores"; "imputar falsamente fato ofensivo à administração, a servidores, a pessoa privada de liberdade ou a paciente"; "dificultar a averiguação, ocultando fato ou coisa relacionada com a falta de outrem"; "manter na cela objetos não permitidos"; "abandonar o trabalho, sem permissão"; "praticar ato libidinoso, obsceno ou gesto indecoroso"; "praticar jogo previamente não permitido"; "provocar, mediante intriga, discórdia entre servidores, pessoa privada de liberdade ou pacientes, para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro e/ou causar tumulto"; "colocar outra pessoa privada de liberdade ou paciente à sua submissão ou de grupo, em proveito próprio ou alheio"; "confeccionar, portar ou utilizar chave ou instrumento de segurança do estabelecimento, salvo quando autorizado"; "utilizar material, ferramenta ou utensílios do estabelecimento em proveito próprio ou alheio, sem autorização"; "desviar material de trabalho, de estudo, de recreação e outros para local indevido"; "usar material de serviço para finalidade diversa da qual foi prevista"; "recusar-se a deixar a cela quando determinado, mantendo-se em atitude de rebeldia"; "deixar de frequentar, sem justificativa, as aulas em que esteja matriculado"; "maltratar animais"; "alterar ou fazer uso indevido de documentos ou cartões de identificação fornecidos pela administração, para transitar no interior do estabelecimento ou fora dele, pessoalmente ou para uso de terceiro, com o mesmo fim"; "portar, ter em sua guarda ou fazer uso de bebidas com teor alcoólico ou apresentar-se com sinais de embriaguez"; "comunicar-se com pessoa privada de liberdade em regime de isolamento ou entregar-lhe qualquer coisa, sem autorização"; "abordar autoridade ou pessoa estranha ao estabelecimento, sem autorização"; "induzir ou instigar alguém a praticar falta disciplinar grave, média ou leve"; "simular ou provocar doença, ou estado de precariedade física ou mental, para eximir-se de obrigações ou alcançar vantagem de natureza pessoal"; "divulgar notícia que possa perturbar a ordem ou a disciplina"; "atrasar, sem justa causa, o retorno ao estabelecimento, nas saídas autorizadas"; "utilizar-se de outrem para transportar correspondência ou objeto sem conhecimento da administração"; "cobrar qualquer tipo de vantagem a outra pessoa privada de liberdade ou aos seus visitantes, como forma de coação e/ou impedimento do direito de se locomover e frequentar lugares autorizados pela administração"; "permutar, penhorar ou dar em garantia objeto de sua propriedade a outra pessoa privada de liberdade, paciente ou a funcionário"; "comprar ou vender, sem autorização, a outra pessoa privada de liberdade, pacientes ou funcionários"; "portar ou manter em sua cela ou alojamento material de jogos não permitidos"; "procrastinar, discutir cumprimento de ordem ou recusar o dever do trabalho"; "responder

por outrem a chamada ou revista e/ou deixar de responder as chamadas regularmente, quando presente"; "transitar pelo estabelecimento, quando não autorizado, manter-se em lugares não permitidos ou ausentar-se sem permissão dos locais de presença obrigatória"; "sujar pisos, paredes ou danificar objetos que devam ser conservados"; "desobedecer aos horários regulamentares"; "praticar fato definido como crime culposo"; "produzir ruídos que perturbem o descanso das demais pessoas privadas de liberdade e as atividades do estabelecimento"; "manter à sua disposição medicamentos ou substâncias curativas em quantidades que representem perigo para a sua saúde"; "a pessoa privada de liberdade, monitorada eletronicamente, que violar a área de inclusão"; "pessoa monitorada eletronicamente, mantiver o aparelho de monitoração eletrônica desligado, quando não considerado fuga pelo Conselho Disciplinar"; e a prática de fato previsto como contravenção penal.

No Distrito Federal, são faltas disciplinares leves (art. 118 e incisos): "ocultar fato ou coisa relacionada com a falta de outrem, para dificultar averiguações"; "utilizar material, ferramenta ou utensílio do estabelecimento em proveito próprio, sem a autorização competente"; "portar objeto de valor, além do regularmente permitido"; "transitar pelo estabelecimento ou por suas dependências em desobediência às normas estabelecidas"; "desobedecer às prescrições médicas, recusando o tratamento necessário ou utilizando medicamentos não prescritos ou autorizados pelo órgão médico competente"; "efetuar ligações telefônicas sem autorização"; "utilizar-se de local impróprio para satisfação de necessidades fisiológicas"; "proceder grosseira ou imoralmente em relação a outro interno"; "simular doença ou estado de precariedade física para eximir-se de obrigação"; "cometer desatenção propositada durante estudos ou aula de serviço"; e outras. As faltas médias estão nos incisos do art. 119: "praticar ou contribuir para a prática de jogos proibidos, agravando-se a falta quando essa prática envolver exploração de outros presos"; "resistir, inclusive por atitude passiva, à execução de ordem ou ato administrativo"; "caluniar, difamar ou injuriar funcionário"; "praticar compra ou venda não autorizada, em relação a outro preso"; "faltar à verdade com o fim de obter vantagem ou eximir-se de responsabilidade"; "formular queixa ou reclamação com improcedência, reveladora de motivo reprovável"; "explorar companheiros sob qualquer pretexto ou forma"; "recusar-se sem motivo justo ao trabalho que for determinado"; "recusar-se à assistência ou ao dever escolar, sem razão justificada"; "desleixar-se da higiene corporal, do asseio da cela ou alojamento, e descurar da conservação de objetos de uso pessoal"; "lançar nos pátios águas servidas ou objetos, bem como lavar, estender ou secar roupas em local não permitido"; "produzir ruídos para perturbar a ordem, nas ocasiões de descanso, de trabalho ou de

reunião"; "descurar da execução de tarefa"; "possuir, guardar, ocultar, receber, ceder a qualquer detento, utilizar ou intermediar o uso de aparelho de telefonia celular"; "possuir, guardar, ocultar, receber, ceder a qualquer título, usar ou intermediar o uso de bebida alcoólica, ou apresentar-se com sinais de seu uso"; "possibilitar o detento, de qualquer maneira, a que estranho seja relacionado e recebido como seu visitante, visando com isso a fim proibido ou ilegal"; e outras.

A legislação de execução penal do estado de Mato Grosso[19] considera como falta disciplinar de natureza leve as seguintes condutas (art. 10 e incisos): "atitude de acinte ou desconsideração perante funcionários ou visitas"; "emprego de linguagem desrespeitosa"; "apresentar-se de forma irreverente diante do Diretor, funcionários, visitantes ou outras pessoas"; "comunicar-se com o reeducando em regime de isolamento celular ou entregar ao mesmo quaisquer objetos sem autorização"; "manusear equipamento de trabalho sem autorização ou sem conhecimento do encarregado, mesmo a pretexto de reparos ou limpeza"; "desatenção em sala de aula ou no trabalho"; "procrastinar cumprimento de ordem ou recusar o dever de trabalho"; "descuidar da higiene pessoal"; "estar indevidamente trajado"; "sujar pisos, paredes ou danificar objetos que devam ser conservados"; "utilizar-se de local impróprio para satisfação das necessidades fisiológicas"; "mostrar displicência no cumprimento do sinal convencional de recolhimento ou formação"; e outras, totalizando 30 infrações. No regimento desse estado, há mais condutas que são consideradas como falta disciplinar de natureza média do que leve. Encontramos 32 hipóteses de infração média (art. 11 e incisos): "deixar de acatar determinações superiores"; "dificultar averiguação, ocultando fato ou coisa relacionada com a falta de outrem"; "manter na cela objetos não permitidos"; "portar material cuja posse seja proibida por portaria interna da direção do estabelecimento"; "desviar ou ocultar objetos de qualquer natureza cuja guarda lhe tenha sido confiada"; "simular doença para eximir-se de dever legal ou regulamentar, ou para saída fora do estabelecimento penal"; "induzir ou instigar alguém à prática de falta disciplinar leve, média ou grave"; "dificultar a vigilância em qualquer dependência do estabelecimento penal"; "praticar autolesão, como ato de

19. As referências às infrações disciplinares de natureza média e leve, relativas ao estado de Mato Grosso, foram obtidas através da consulta ao Decreto 1.899, de 26 de agosto de 2013, o qual "tipifica as faltas disciplinares de natureza média e leve, regulamenta o procedimento disciplinar, institui a composição do Conselho Disciplinar no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado de Mato Grosso e dá outras providências" (MATO GROSSO. Decreto 1.899, de 26 de agosto de 2013. Disponível em: [www.mt.gov.br]. Acesso em: 15.04.2016).

rebeldia"; "perturbar a jornada de trabalho ou a realização de tarefas"; "perturbar o repouso noturno ou a recreação"; "inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e demais dependências do estabelecimento penal"; "destruir objetos de uso pessoal, fornecidos pelo estabelecimento penal"; "abster-se de alimentos, como protesto ou rebeldia"; "atrasar, sem justa causa, o retorno ao estabelecimento penal, no caso de saída temporária"; "deixar de submeter-se à sanção disciplinar imposta".

No estado do Rio de Janeiro, o regimento analisado prevê estas faltas leves (art. 60 e incisos): "sujar intencionalmente assoalho, parede ou qualquer lugar"; "entregar ou receber objetos sem a devida autorização"; "abordar pessoas estranhas ao estabelecimento, especialmente visitantes, sem a devida autorização"; "abordar autoridade sem prévia autorização"; "desleixar-se da higiene corporal, do asseio da cela ou alojamento e descurar da conservação de objetos de uso pessoal"; "trajar roupa estranha ao uniforme ou usá-lo alterado". "lançar nos pátios águas servidas ou objetos, bem como lavar, estender ou secar roupa em local não permitido"; "fazer refeição fora do local ou horário estabelecidos"; "efetuar ligação telefônica sem autorização". As faltas médias estão nos incisos do art. 59: "praticar ato constitutivo de crime culposo ou contravenção penal"; "adquirir, usar, fornecer ou trazer consigo bebida alcoólica ou substância análoga"; "praticar jogo mediante apostas"; "praticar jogo carteado"; "praticar compra e venda não autorizada, em relação a companheiro ou funcionário"; "formular queixa ou reclamação, com improcedência reveladora de motivo reprovável"; "fomentar discórdia entre funcionários ou companheiros"; "explorar companheiro sob qualquer pretexto e de qualquer forma"; "confeccionar, portar ou utilizar, indevidamente, chave ou instrumento de segurança do estabelecimento"; "utilizar material, ferramenta ou utensílio do estabelecimento em proveito próprio, sem autorização competente"; "portar objeto ou valor, além do regularmente permitido"; "transitar pelo estabelecimento ou por suas dependências em desobediência às normas estabelecidas"; "produzir ruídos para perturbar a ordem, nas ocasiões de descanso, de trabalho ou de reunião"; "desrespeitar visitantes, seus ou de companheiro"; "veicular de má-fé, por meio escrito ou oral, crítica infundada à administração prisional"; "utilizar-se de objeto pertencente a companheiro, sem a devida autorização"; "simular ou provocar doença ou estado de precariedade física para eximir-se de obrigação"; "ausentar-se dos lugares em que deva permanecer"; "desobedecer aos horários regulamentares".

Ao lado da ordem, a disciplina é um dos principais pilares da administração penal-penitenciária. O Quadro 03 elenca uma variedade de ações e situações tipificadas como faltas disciplinares em diferentes graus. Em alguns casos, uma

mesma conduta refletiu uma falta leve em um estado e uma falta média em outro. O que ficou evidente – se já não o era – foi a solidificação da rede disciplinar por meio da categorização de condutas consideradas indisciplinadas. Isso é, parece que a quantidade de condutas consideradas indisciplinadas está intrinsecamente relacionada ao tamanho da disciplina que se quer apregoar no local (vide Rondônia, com 81 condutas, sendo 51 faltas médias; Mato Grosso do Sul, com 76, sendo 40 faltas médias; e Mato Grosso, com 76, sendo 34 faltas médias).

Não podemos esquecer que também é dever (além de direito) de a pessoa presa ter ciência das normas disciplinares do estabelecimento onde se encontra recolhida. Essa hipótese em parte se confirma. Por outra banda, devemos admitir uma margem relativa, que diz respeito aos regimentos com menor quantidade de condutas consideradas faltas disciplinares (vide Rio de Janeiro, com 40 condutas, sendo 19 faltas médias; Santa Catarina, com 41, sendo 18 faltas médias; e Roraima, com 43, sendo 23 faltas médias).

5. Execução penal e fragmentação: a domesticidade disciplinar à brasileira

A fragmentação da legislação de execução penal abre espaço para arbitrariedades domésticas. Ordem e disciplina andam juntas e são inafastáveis de quaisquer perspectivas *modernas* de *tratamento penitenciário*. Entre os anos de 2007 e 2008, o DEPEN realizou um breve levantamento sobre a situação quanto à existência de estatutos e regimentos penitenciários dos sistemas penitenciários estaduais. O censo INFOPEN, de 2014, coletou informações sobre a existência ou não de regimentos internos nos estabelecimentos prisionais do País. A Figura 02 expõe que cerca de 30% dos estabelecimentos declararam não ter regimento interno. Entre as unidades prisionais que tinham regimento interno (Figura 03), a maior parte (78%) não utilizava regimento específico, adotando um regimento padrão aplicável a todos os estabelecimentos do ente federativo. Por tudo, verifica-se que pouco mais de 20% das unidades penais no Brasil possuíam regimento específico. O resultado dessas duas pesquisas expõe uma imensa variedade de regimentos no País.

A questão penitenciária e a execução da pena são concebidas, pelo poder público, em variados ângulos. Porém, um ângulo que chama atenção é o da fragmentação da legislação de execução penal e o respectivo impacto no contexto das realidades carcerárias, especialmente relacionado à tipificação das condutas consideradas faltas de naturezas leve e média.

No nosso entendimento, a violência simbólica se opera acima de tudo na composição de marcos regulatórios diversos, como são os regimentos penitenciários/

normas de execução penal dos entes federativos. Em outras palavras, esse processo de fragmentação da legislação de execução penal nacional se aproxima, respeitadas as diferenças, ao ocorrido no âmbito da legislação especial penal: o mosaico de regimentos/códigos de tratamento penitenciário/normas de execução penal estaduais é o resultado de um processo de decodificação penitenciária, em que se vê superado amplamente por um amontoado de recopilações coloniais/domésticas, ressalvada as purezas da linguagem e a elegância do estilo.[20]

O consenso processual observa, entre outras coisas, o local ocupado pelo Estado administrativo. O art. 47 da Lei de Execução Penal afirma que "o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares". As condutas consideradas faltas de natureza leve ou média são previstas pela via regulamentar, e não pela via legislativa, via ordinária da democracia. Isso é inerente à cultura política do Estado administrativo, ao preferir os decretos internos em detrimento da publicidade dos debates parlamentares e das leis: "o processualíssimo encontra o seu símbolo mais justo nas engrenagens anônimas de um relógio perpétuo".[21]

Conforme Thierry Pech, o distanciamento da execução penal do direito comum é uma despolitização à medida que transfere certa quantidade de poder do legislador para o regulamentador. Essa transição faz parte de uma estratégia de não organizar debates democráticos sobre questões particularmente sensíveis, como a aplicação de sanções disciplinares, apesar de terem efeitos indiretos sobre a duração da pena.[22]

Diante de estruturas burocráticas(zadas) e fechadas, os regulamentos estaduais servem como referências do *tratamento penitenciário* em dada unidade penal. Esses instrumentos estão nas mãos da administração penitenciária e servem para direcionar a execução penal conforme determinados tópicos. Neste artigo, destacamos a distribuição das infrações disciplinares consideradas leves e médias. Neste ponto, não possuímos elementos suficientes para afirmar que tais dinâmicas (realidades) carcerárias são mais

20. Extraímos a noção de decodificação da legislação penal de: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* primeiro volume. Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 410.

21. PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia:* e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 198.

22. PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia:* e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 200.

ou menos disciplinares; depende, para tanto, de como vai se distribuir a máquina administrativa perante as práticas rotinizadas das experiências/vivências intracárcere.

Observa-se, em parte, uma amplitude de dinâmicas e negociações administrativas, jurídico-judiciais, interpretações de regras e normas e recursos materiais e simbólicos que começam a ser "passíveis de serem estrategicamente dinamizados e capitalizados para que os atores e sujeitos obtenham parcelas de lucros específicos que se traduzem no 'ampliar/limitar a liberdade', 'fazer ressocializar, deixar sofrer'".[23] A contradição/ambivalência da política criminal e penitenciária se desenvolve nesses aspectos.

A ambivalência é a possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria; é uma desordem específica da linguagem.[24] Normalmente, culpamos a linguagem (podemos interpretar como a lei) pelo estabelecimento da desordem, isto é, as realidades são distantes das normas devido à utopia positivada no Direito, na crença de que esse mecanismo fixo e rígido regulará as variadas dimensões de sociabilidades. É geralmente na letra morta da lei que recai nossa angústia para com as coisas da vida penitenciária. Pensamos em não nos angustiarmos, ao menos, por esse caminho.

O movimento de *sobrepenalização* leva ao abandono dos objetivos de tratamento e de reabilitação da pessoa condenada, tudo em benefício de uma política de gestão do risco criminal com base na segurança. As incriminações, o aumento das tarifas repressivas, o alongamento da duração média das penas, a restrição ou abolição de alguns institutos penitenciários, como o livramento condicional e a suspensão condicional da pena[25], e o investimento em vigilância

23. O ambiente carcerário se expõe diante de critérios e capitais relevantes nas lutas internas da execução penal. Pela diversidade de seus membros e atores e pela existência de variados espaços de disputa, passa a ser possível pensar/reconhecer a estruturação de um campo penitenciário (CHIES, Luiz Antônio Bogo. Do campo ao campo: análise da questão penitenciária no Brasil contemporâneo. *O público e o privado,* n. 26, jul.-dez. 2015. p. 74).

24. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência.* Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 9 ss.

25. O Projeto 236/2012 do Senado Federal, que visa reformar o Código Penal brasileiro, apresentou junto à proposta inicial a abolição do livramento condicional (CP, art. 83), da suspensão condicional da pena (*sursis* – CP, art. 77) e da reabilitação (art. 93) (BRASIL. Projeto de Lei do Senado 236, de 2012 – (novo Código Penal). Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 25.01.2018).

eletrônica[26], são algumas extensões repressivas do controle penal, isto é, da sobrepenalização, que visa à transformação interna, em termos de segurança, da lógica da intervenção penal.[27]

6. A execução da pena diante da violência da fragmentação: caminhos e perspectivas

O Estado possui na sua origem uma convergência de se alocar como poder absoluto. A codificação moderna ocorrida na virada do século XIX desempenhou, acima de tudo, uma função de coerção, cuja estratégia era a unificação do poder para a regulação e o disciplinamento das relações – entendidas, naquele momento, como arbitrárias e desumanas. A luta contra o arbítrio do poder absoluto se fez caminhar com a absoluta positivação dos direitos naturais. Buscou-se sustar uma violência concreta e real por meio de uma violência abstrata e simbólica. A palavra da lei (e da Constituição), conforme já salientado por Antonio Hespanha[28], oculta-se em uma realidade mutável e equivocada.

O maior equívoco – em realidade, o mais comum – é o de construir um modelo ideal de lei ou, a partir disso, corrigir os defeitos da própria legislação, quiçá das realidades das relações e sociabilidades. Desde o aparecimento das grandes constituições, é possível perceber uma notória semelhança, mesmo em países com claras diferenças estruturais. Em modelos históricos como o dos Estados Unidos e da França, os princípios de legislação estavam alicerçados por *supostas leis universais*. Nesse momento, a aspiração totalizadora estava concebida pelo fundamento da razão moderna e simbolizada pelo sentimento comum racionalizado e homogeneizado das instituições jurídicas. O que se apresenta na contemporaneidade não deixa de ser uma consequência desse processo *compassivo* de racionalização e harmonização das instituições, iniciado no século XVIII. Com esse processo sentimental está o culto pelas instituições, notadamente as jurídicas, sem as quais qualquer sentimento se fragmentaria.

A ilusão totalizadora se reproduz mediante a crença na lei e na ilusão da similitude diante da realidade. A ilusão entra em choque com a diferença

26. Vide Leis 12.258/2010 (possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado), e 12.403/2011 (monitoração eletrônica como uma medida cautelar no processo penal).

27. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 376 ss.

28. HESPANHA, Antonio. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antonio. *Justiça e litigiosidade:* história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 11.

do real, verificada pelas diversidades penitenciárias (informações e legislação) dos entes federativos estudados. Aqui, encontra-se a violência gerada pela própria norma, quando, iludindo-se a partir dela, oculta a diferença/diversidade/fragmentação. A tentação inicial abalizada pela racionalização e homogeneização das instituições encontrou a constatação de que essas grandes máquinas, como o Estado, demonstram ser ineficazes para acolher a demanda da complexidade atual. A soberania das formas institucionais e racionais está há muito tempo advertindo sobre sua impotência.[29] Essa advertência é ainda mais intensa dentro do campo jurídico.[30] Nesse espaço de concorrência e disputa, percebe-se a tendência dos juristas e teóricos em inclinar o Direito no sentido de uma teoria pura, assim, demonstrando uma presente ilusão quanto à própria autonomia absoluta em relação às pressões externas.

Para tanto, devemos estudar a lei em suas múltiplas dimensões, eis que constituem espaços respondidos de direitos, em constante transformação e desafio como resultado das resistências sociais.[31] O caminho é compreender a questão da execução da pena a partir da sua complexidade[32], admitindo – e não negando – a noção de "caos".[33] A luta contra a fragmentação e o próprio caos se dá por meio deles mesmos, fragmentando-se em uma infinidade de batalhas locais pela ordem, o que foi denominado, por Zygmunt Bauman, de "pequenas guerrilhas".[34]

29. GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma:* para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 127 ss.
30. Para Pierre Bourdieu, "o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 212).
31. SALVATORE, Ricardo D. *Subalternos, derechos y justicia penal:* ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940. Barcelona: Gedisa, 2010. p. 15.
32. CHIES, Luiz Antônio Bogo. Questão penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, v. 35, n. 126, jan.-jun. 2014. p. 43.
33. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 12 ss.
34. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 20.

Por esse trajeto, torna-se inviável pensar a ordem como algo programado no âmbito da política criminal e penitenciária.[35] O risco que corremos em não reconhecer tal complexidade, inclusive em sua íntima relação com a democracia, é uma armadilha tanto para a naturalização da violência quanto à perda de pudor com as "incivilidades modernas". O foco não pode estar desviado no eufemismo da "crise". Compreender o ambiente carcerário como um campo de disputa de capital, interesses e sensibilidades pode ser um passo na busca por ferramentas epistemológicas e de cognição "que se conjugam com uma perspectiva política: a superação das incivilidades sociais e a consolidação de uma sociedade emancipada e solidária, na qual as sanções negativas, recursos excepcionais, constituam-se em parâmetros humanos dignificados".[36]

Considerações finais

A problemática deste artigo potencializa o universo complexo da execução penal no País. Partindo de um ponto semelhante entre os entes federativos estudados (maiores taxas de encarceramento), encontramos informações sobrepostas e discrepantes acerca da tipificação das faltas disciplinares leves e médias. As regionalidades fazem com que cada estado tenha uma dinâmica disciplinar em torno do sistema penitenciário completamente distinto de outro estado. As chamadas diversidades penitenciárias são o resultado de uma violência causada pela fragmentação da própria legislação. A violência da fragmentação, simbólica, passa a ser também concreta e institucional.

A tipificação de infrações disciplinares de naturezas leve e média pela legislação penitenciária dos estados brasileiros apresenta uma conjugação entre contradição e harmonia. Por um lado, a pesquisa demonstrou a existência de uma variedade de comportamentos classificados como faltas disciplinares em diferentes graus por parte de distintos regulamentos. Por outro lado, verificou uma harmônica e solidificada rede disciplinar amparada na categorização de condutas consideradas indisciplinadas, em que a disciplina se coloca como um dos principais pilares da administração penal-penitenciária.

Tal composição é ainda reforçada diante da complexidade da questão penitenciária. Para tanto, o enfrentamento deve se dar na valorização das realidades.

35. CHIES, Luiz Antônio Bogo. Questão penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, v. 35, n. 126, jan.-jun. 2014. p. 43.

36. CHIES, Luiz Antônio Bogo. Do campo ao campo: análise da questão penitenciária no Brasil contemporâneo. *O público e o privado*, n. 26, jul.-dez. 2015. p. 88.

As normas de execução penal devem ser ditadas – e também interpretadas – considerando as condições sociais concretas, e a superação do cárcere como meio de intensificação da exclusão social. A intervenção tem de ser direcionada em espaços que produzem a violência e reproduzem a naturalização da mesma, desafiando a base que sustenta corporações e sociabilidades autoritárias, segregacionistas e excludentes. Percebe-se a necessidade, especialmente no contexto brasileiro, de rupturas, acima de tudo institucionais, que desmoronem as bases sólidas de um Estado sustentado pelo poder soberano e disciplinar.

Referências

ADORNO, Sérgio. Foucault, a lei e o direito. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). *O legado de Foucault*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006.

ALMEIDA, Bruno Rotta. Ilusão total e diferença. Dilemas sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate*, v. 5, n. 2, maio de 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZERRAD, Marcos Edgardo. *Crisis carcelaria, violencia institucional y clasificación de los reclusos*. Violación de garantías y convenciones internacionales. Córdoba: Lerner, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Força do direito e a violência das formas jurídicas. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, p. 27-41, out. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/infopen_jun14.pdf]. Acesso em: 15.02.2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Relatório da situação atual do sistema penitenciário*: estatuto e regimento – Maio/2008. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/meta07_estatuto-e-regimento.pdf]. Acesso em: 18.02.2018.

CASOLA, Laura; MONASTEROLO, Natalia. *Violencia institucional*: la construcción objetivo-subjetiva de un nuevo concepto a través de las instancias de

prevención, corrección y ejecución penitenciaria. Córdoba: Nuevo Enfoque, 2012.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Do campo ao campo: análise da questão penitenciária no Brasil contemporâneo. *O público e o privado*, n. 26, jul.-dez. 2015.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Questão penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, v. 35, n. 126, jan.-jun. 2014.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna*: un estudio de teoría social. Ciudad de México: Siglo XXI, 2006.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma*: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

HESPANHA, Antonio. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antonio. *Justiça e litigiosidade*: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

SALVATORE, Ricardo D. *Subalternos, derechos y justicia penal*: ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940. Barcelona: Gedisa, 2010.

SOZZO, Máximo. Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur. A modo de introducción. In: SOZZO, Máximo et. al. *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2016.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume. Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisa do editorial

Veja também Doutrina

- Execução penal parte III, de Sérgio Mazina Martins – *RBCCrim* 21/329-400 (DTR\2011\2919)

A crescente população carcerária condenada à prisão perpétua nos EUA: seu custo e impacto em vários segmentos da sociedade

The growing prison population sentenced to life imprisonment in the USA: its cost and impact in various segments of society

Emilio C. Viano

Presidente da Sociedade Internacional de Criminologia. Recebeu vários graus acadêmicos de Direito LLB (1 Bacharelado em Direito com Láurea, estudante Laureado, Menção Honrosa) e três LL.Ms (três Mestrados em Direito), mais um Mestrado em Sociologia e Antropologia, e um Ph.D. ("Summa cum laude" = com nota máxima e elogios) em Sociologia do Direito na Universidade New York University, na cidade de Nova Iorque, EUA. Mais recentemente, ele tem ensinado e feito pesquisas principalmente na Universidade: American University, em Washington DC, tanto na Escola de Assuntos Públicos quanto na Faculdade de Direito: Washington College of Law. Dr. Viano também foi professor da Universidade de Paris X (Sorbonne), Bari, Bologna (na Itália), Córdoba (Argentina), Panteion (Atenas, Grécia), Universidade Chinesa de Ciência Política e Direito (em Beijing, China), Xangai Universidade de Estudos Internacionais (SISU, em Xangai, China) e outras.
emilio.viano @ gmail.com

Com assistência de Vanessa Fiúsa Moura, advogada, inscrita na OAB Bahia. Pós-Gaduada pela Universidade Federal da Bahia. Graduada pela Universidade Católica de Salvador. Dra. Vanessa Fiúsa Moura já publicou artigo jurídico na *Revista Jurídica Fortivm* de Brasília. Também tem no seu currículo aprovação em diferentes concursos da área jurídica.

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: A sentença de prisão perpétua, com ou sem possibilidade de liberdade condicional, é imposta com bastante frequência nos Estados Unidos, diferentemente, do que ocorre na maioria dos países desenvolvidos. Este artigo examina as razões históricas e culturais por trás de tal prática. Em seguida, o artigo examina criticamente porque as razões usadas para justificar tal pena não funcionam e porque esta pena é realmente contraproducente e profundamente prejudicial

Abstract: The life sentence, with or without the possibility of parole, is imposed quite frequently in the United States, differently from what happens in most developed countries. This article examines the historical and cultural reasons behind this practice. Next, the article examines critically why the reasons used to justify such a penalty do not work and why this sentence is actually counterproductive and deeply damaging to society. Then, this paper analyzes the latest

para a sociedade. O artigo também analisa as tendências correcionais mais recentes nos Estados Unidos, apontando poderosas forças e interesses que suportam o sistema correcional duro e punitivo, de forma geral, que opera no país.

Palavras-chave: Sentença a vida – Liberdade condicional – Justificação da sentença de prisão perpétua – Pena contraproducente – Apoio por forças e interesses poderosos.

correctional trends in the United States, pointing to powerful forces and interests that, in general, support the punitive and hard correctional system which operates in the country.

Keywords: Life sentence – Parole – Justification of life sentence – Counterproductive penalty – Support by powerful forces and interests.

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos históricos e culturais das penas severas. 2. Ser percebido como suave em relação ao crime = suicídio político. 3. Lei de "Três erros e você está fora". 4. Abolição da pena de morte e prisão perpétua. 5. O movimento vítima-testemunha. 6. Questionando a justificativa da prisão perpétua: ruas mais seguras?. 7. Sentenças de prisão perpétua e o declínio das taxas de criminalidade. 8. Retornos decrescentes de encarceramento. 9. Guerra às drogas. 10. O efeito da substituição. 11. Impacto negativo sobre a comunidade e a economia. 12. Impacto emocional destrutivo sobre a família. 13. Prisões longe dos centros populosos e esfacelamento da família. 14. Impacto financeiro na família, na criança e na comunidade. 15. O custo da prisão perpétua. 16. A crise econômica e seu impacto sobre o sistema correcional. 17. Decisões judiciais para limitar a aplicação da pena de prisão perpétua e a superpopulação carcerária. 18. Isolamento de presos. 19. A vida dos prisioneiros idosos dentro da prisão. Conclusão. Referências.

Introdução

Em 2013, uma mulher (Catherine Kieu), na Califórnia, foi condenada e sentenciada à prisão perpétua por cortar o pênis de seu ex-marido e destruí-lo, jogando-o no triturador de lixo da cozinha (Lloyd, 2013). Este é um exemplo da obsessão do sistema de justiça penal dos Estados Unidos com duras sentenças que obrigam seus condenados "a passar o resto de suas vidas na prisão".

Fora dos Estados Unidos, sentenças de prisão perpétua, na modalidade processual penal que não admite progressão de regime e com isso faz a sentença condenatória ser inteiramente cumprida em regime fechado (em resumo o réu condenado a esse tipo de pena passará a vida inteira na prisão), são raras, especialmente em países europeus, mas, ao contrário senso, nos Estados Unidos, elas são bastante frequentes (Nellis, 2013:3). Enquanto o tribunal da Califórnia sentenciava Catherine Kieu à prisão perpétua sem possibilidade de progressão no regime penitenciário, um tribunal britânico também condenou um traficante de drogas, Dale Cregan, à mesma pena pelo homicídio de quatro pessoas, incluindo dois policiais e por três tentativas de homicídio (The Guardian,

2013). Assim, no momento da condenação do réu britânico, pensava-se que ele nunca seria elegível à progressão do regime e consequente libertação. Isso lhe deu a distinção negativa de ser uma das únicas 50 pessoas cumprindo uma pena similar no Reino Unido (uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos mudou isso. Mais detalhes mais adiante neste artigo). Se ele tivesse sido condenado nos EUA, a impossibilidade de elegibilidade à progressão de regime seria fato bastante corriqueiro e completamente dentro da legalidade do sistema, especialmente por ter matado duas mulheres policiais em uma emboscada, o que é circunstância agravante do crime.

Na verdade, alguns países europeus vão para o outro extremo. Um caso recente, decidido em desfavor da Espanha pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, revelou que a Espanha não tem leis adequadas (não há previsão legal) para reter por um longo prazo os presos condenados por vários homicídios e outros crimes graves, já que, segundo a lei espanhola, o tempo máximo que um deles pode cumprir pena, constitucionalmente, é de 30 anos (Case of del Río Prada v. Spain, no. 42750/09, ECTHR (Third Section), Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 10.07.2012). O tempo real de cumprimento de pena em regime fechado pode ser muito menor, 21 anos, quando o preso é beneficiado pela progressão do regime, atendendo a requisitos objetos e subjetivos, a exemplo do bom comportamento no rol dos requisitos subjetivos. Mais de 70 presos [terroristas da ETA, homicidas em série (serial killers), estupradores em série e outros presos violentos e perigosos] receberam Alvará de Soltura e não puderam ser presos novamente e reenviados para a prisão por mais tempo, posto que já tinham cumprido o máximo de pena legalmente permitido, de acordo com a legislação penal em vigor na Espanha. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 2013, decidiu que a Espanha não pode aumentar os limites legais de penas privativas de liberdade e aplicar retroatividade (European Court of Human Rights, 2013).

Nos Estados Unidos, pelo menos 40 mil pessoas estão confinadas, condenadas à prisão perpétua sem possibilidade de progressão de regime, ou seja, essas pessoas estão condenadas a cumprir pena por toda a sua vida sem esperança de liberdade condicional. Do total de 40 mil pessoas condenadas à prisão perpétua, 2.589 são menores de 18 anos de idade que a Human Rights Watch encontrou cumprindo sentenças condenatórias de prisão perpétua em 2009 (Human Rights Watch, 2009; Feld & Barry, 2007). Em 2010, a Suprema Corte dos EUA, no caso de Graham vs. Flórida (560 U.S. 48,2010) decidiu que sentenciar menores às penas automáticas de prisão perpétua sem direito à liberdade condicional, por outros crimes que não o de homicídio (em geral, homicídio planejado, e, na maioria das vezes, com circunstâncias

agravantes e/ou no concurso de crimes) viola a proibição da Oitava Emenda da pena "cruel e incomum". Ao considerar que a Constituição dos Estados Unidos proíbe uma punição cruel e incomum, como uma sentença de prisão perpétua sem condicional para um jovem, menor de 18 anos, num caso que não seja o de homicídio, a Suprema Corte Americana declarou que "o peso esmagador da opinião internacional contra a 'pena de prisão perpétua juvenil, sem liberdade condicional' fornece uma confirmação respeitada e significativa para nossas próprias conclusões" (Graham vs. Flórida 560 U.S. 48,2010, em 2034; Shust, 2014).

Os números supracitados representam apenas uma fração daqueles indivíduos que são condenados à prisão perpétua, mas com uma diferença importante: a maioria dos condenados, que cumprem pena de prisão perpétua, enquadra-se na modalidade de prisão perpétua com possibilidade de progressão de regime, o que significa dizer que esses presos podem estar em liberdade condicional um dia. O Sentencing Project (2017a,b), uma organização sem fins lucrativos que estuda a condenação penal nos EUA, estima que em 2017 pelo menos 162 mil presos no país estavam cumprindo sentenças de prisão perpétua, isso significa dizer que: 1 em cada 9 pessoas da população carcerária dos EUA está cumprindo sentença condenatória de prisão perpétua, e que 50.000 deles estão cumprindo penas de prisão perpétua sem a possibilidade de liberdade condicional.

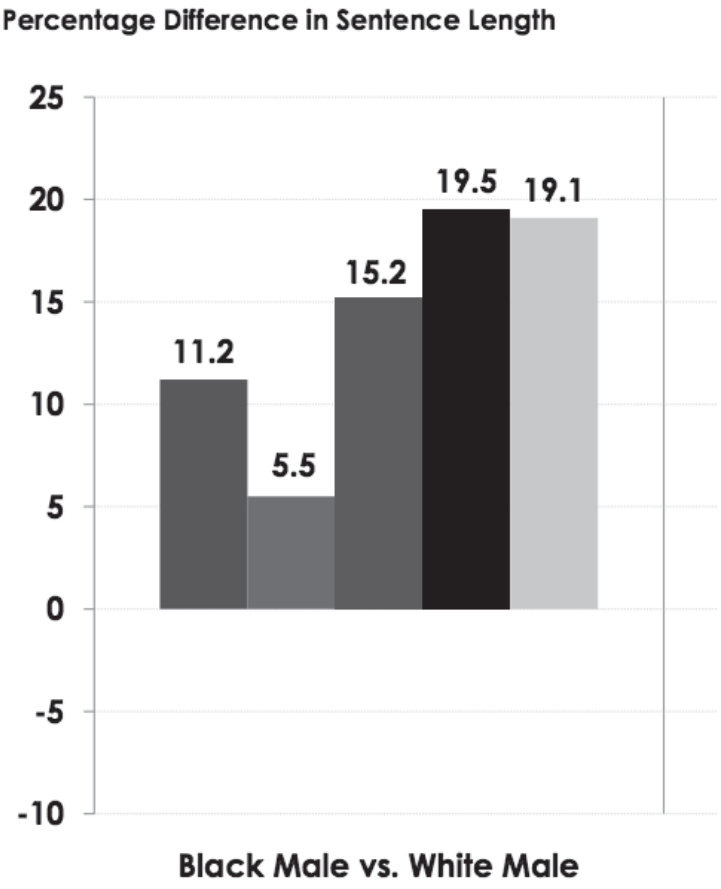
Ainda mais importante, 10.000 cumprem prisão perpétua por delitos cometidos ainda quando menores de 18 anos (Agyepong, 2011). Deles, aproximadamente 2.500 estavam até recentemente cumprindo uma sentença ainda mais medonha – prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional (LWOP). A liberdade condicional na prisão perpétua pode ocorrer depois de muitos anos de cumprimento de pena e com a comprovação de bom comportamento do preso, entre outras condições a serem avaliadas por uma comissão de Execução Penal (Feld, 2007). Outros 44.311 indivíduos estão cumprindo sentenças de "prisão perpétua virtual", ou seja, a sentença condenatória tem limites temporais tão extensos, que na prática o que ocorre é que o condenado ficará preso pelo resto de sua vida, isso levando em consideração o número de anos (muitas vezes superior a 50 anos) da condenação penal e ainda a idade do condenado, quando sofreu a sua condenação. Portanto, nesses casos, embora teoricamente o preso não tenha sido condenado à prisão perpetua, é muito provável que efetivamente ele passe toda a sua vida, dali para a frente, encarcerado e morra sob custódia (Fagan, 2007). Com os níveis de criminalidade em baixas históricas e o apoio à reforma do sistema de justiça criminal aumentando, o crescimento das sentenças de prisão perpétua nos últimos anos

é nada mais, nada menos que: surpreendente (Nellis, 2017). Os crimes cometidos com violência ou grave ameaça têm caído constantemente desde seu auge, em 1991; por exemplo, a taxa de homicídios atual é aproximadamente a metade da taxa registrada em 1991. No entanto, o número de pessoas condenadas à prisão perpétua continua aumentando. Em 1984, 34.000 pessoas cumpriam pena de prisão perpétua em prisões americanas e esse número aumentou quase cinco vezes até 2016. Segundo o relatório do Sentencing Project (2017b), os EUA encarceram pessoas em regime de prisão perpétua numa taxa de 50 a cada 100.000 indivíduos, o que equivale a aproximadamente todas as taxas de encarceramento da Dinamarca, Finlândia e Suécia juntas (McCarthy, 2017). Deve-se notar que cerca de 11.400 presos do total dos condenados à prisão perpétua com possibilidade de liberdade condicional não cometeram crimes com violência ou grave ameaça. Outro fator que desempenha um grande papel na condenação à prisão perpétua é a etnia. O Sentencing Project (2017a,b) também revelou em seu relatório que um em cada cinco prisioneiros afro-americanos está cumprindo uma sentença de prisão perpétua.

Especialmente no Alabama, na Geórgia, em Illinois, em Louisiana, em Maryland, em Mississippi e em Carolina do Sul, a disparidade racial é evidente: dois terços dos prisioneiros que cumprem pena de prisão perpétua são afro-americanos (Cohen, 2017). Em um relatório recente, a Comissão Federal de Execução de Pena dos EUA descobriu que, entre 1998 e 2016, a diferença percentual entre brancos e negros condenados à prisão perpétua aumentou de 11.1% para mais de 19% (U.S. Sentencing Commission, 2017a,b).

No sentido diametralmente oposto, caminham os valores legais do sistema jurídico penal europeu, os quais não permitem atualmente a imposição de uma sentença de prisão perpétua sem a possibilidade de liberdade condicional (LWOP). O raciocínio fundamental é que tal sentença não prevê um mecanismo processual, com salvaguardas processuais adequadas, para reavaliar juridicamente, durante a fase de execução penal, a situação individual dos presos, condenados à prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional... e garantir a devida consideração da possibilidade de recuperação social dos presos com a sua conscientização e arrependimento de sua vida pregressa e, a partir desse ponto, admitir o consequente progresso do regime de execução das penas privativas de liberdade, de modo que o ajuste de suas sentenças de prisão perpétua poderia ser obtido. Além disso, as condições da prisão para os prisioneiros condenados à prisão perpétua não são propícias à reabilitação do preso. O Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura (CPT) informou que, na Lituânia, os prisioneiros, condenados à prisão perpétua sem possibilidade de condicional foram mantidos por 22 horas e meia por dia em suas celas,

constituídas de pequenos grupos de presos sob igual sentença, em isolamento em relação aos outros grupos de presos, com pouca possibilidade, portanto, de relacionar-se com prisioneiros de outras celas (European Court of Human Rights, 2017).



U.S. SENTENCING COMMISSION 2017

A diferença percentual na duração da sentença entre homens negros e brancos aumentou de 1998 a 2016. Vermelho é de 1998 a 2003, verde é de 2003 a 2004, azul é de 2005 a 2007, preto é de 2007 a 2011 e amarelo é de 2011 a 2016. Disponível em: [https://www.sentencingproject.org/publications/;-life-without-parole/].

A maioria dos condenados à prisão perpétua tem uma possibilidade de desfrutar do benefício da liberdade condicional, embora, na realidade, só alguns realmente a recebam (Wattley, 2012). Por exemplo, na Califórnia, onde esta população de condenados à prisão perpétua tem aumentado, em percentual em relação à população carcerária total, esse crescimento é demonstrado pelos seguintes números: 8% em 1990; 20% em 2010; 30% em 2016 (Sentencing Project, 2017a), os prisioneiros que estão incluídos nesse percentual têm

apenas 18% de chance de obter a liberdade condicional por meio do Conselho de Audiências para a Liberdade Condicional. Esta porcentagem de chance de obter o benefício da liberdade condicional tem oscilado bastante ao longo dos últimos 30 anos, às vezes se aproximando de 0% e nunca ultrapassando os 20% das petições. O intervalo de tempo em que o presidiário, que peticiona a liberação, deve esperar antes de ser ouvido de novo também aumentou. A probabilidade que um prisioneiro condenado à prisão perpétua tem de receber liberdade condicional pelo Conselho de Audiências para Liberdade Condicional e não ter essa decisão revertida pelo governador da Califórnia é bastante pequena. Em 2010 era de apenas 6% (Weisberg, 2011).

1. Fundamentos históricos e culturais das penas severas

Há vários fatores que explicam o alto número de Americanos sentenciados a penas de prisão perpétua. Em grande parte, esses castigos refletem a natureza excessivamente punitiva do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos (Nagornaya, 2015). Alguns analistas relacionam o sistema punitivo judiciário atual com as origens puritanas das primeiras colônias inglesas protestantes no litoral Nordeste do atual Estados Unidos (Lynch, 2011). Essas colônias ficaram historicamente conhecidas por: sua educação religiosa severa; a intolerância religiosa implacável; o controle rigoroso de estilo de vida das pessoas; a caça às bruxas e numerosas execuções e punições severas para uma grande variedade de comportamentos em Salem, Massachusetts em 1692 (Erikson, 2005). A expansão para o Oeste dos Estados Unidos, onde por décadas a lei do mais forte e a sobrevivência do mais apto estava em vigor, o chamado "Wild West" (Oeste Selvagem), também influenciou a percepção e compreensão do crime e de sua respectiva punição no país. Uma punição severa, rápida e dura foi a norma do dia, dadas as circunstâncias peculiares do momento (Lynch, 2011). Ademais, a escravidão e a necessidade de controlar os escravos e punir severamente qualquer tentativa de insurreição ou fuga; e o racismo, decorrente da escravidão, profundamente enraizado no país, que agora está se reerguendo e tomando força novamente na sociedade especialmente em relação à xenofobia; também contribuíram para a tradição de sanções severas como padrão adotado no Direito Penal Americano (McKelvey, 1936).

Vale ressaltar que sentenças de prisão perpétua, com ou sem possibilidade de liberdade condicional, são aplicadas mais extensivamente nos Estados Unidos do que em outros países desenvolvidos. Mesmo quando o tipo penal é menos perigoso ou menos grave, tal como o furto de um automóvel, o condenado vai ser preso por um tempo mais longo do que em outros países industrializados, especialmente em comparação ao Canadá e aos países da Europa, em geral

(Yun, 2010). O sistema de justiça criminal excessivamente punitivo dos Estados Unidos também foi justificado nas últimas décadas do século XX por uma grande mudança social, às vezes violenta, a exemplo da rápida urbanização; da agitação política, especialmente em relação à guerra do Vietnã; dos movimentos de emancipação e conquista de direitos civis das mulheres, a chamada "revolução sexual" marchando ao som dos Beatles e da música "hard rock", misturado com o aroma de maconha e outras drogas; à fragmentação da unidade de identificação social e cultural devido ao aumento maciço de imigração não europeia para o país; e o alto índice de criminalidade na última parte do século XX (Christianson, 1998).

Todos esses fatores e a reação conflituosa da sociedade norte-americana levaram à "inflação de condenações", que começou na década de 1980, quando os índices de criminalidade nos Estados Unidos eram muito altos. Portanto, ser duro na luta contra o crime tornou-se um importante pré-requisito para a eleição de um candidato a um cargo político, incluindo a presidência do país (Benekos, 1995). Durante décadas, houve definitivamente uma competição entre republicanos e democratas sobre qual partido foi o mais intolerante ao crime, mais severo no combate ao crime, e mais capaz de convencer os eleitores para ganhar as eleições (Looman and Carl, 2015).

Um exemplo emblemático e bastante significativo foi a candidatura do candidato do Partido Democrata à Presidência dos Estados Unidos, Michael Dukakis, em 1988, que não foi bem-sucedida, em parte por causa de suas políticas penitenciárias mais liberais, especialmente o seu apoio a um programa de indulto, e em parte por causa de sua oposição à pena de morte. Esse tema foi destaque no debate de 18 de outubro de 1988, com George H.W. Bush, quando Dukakis foi perguntado se apoiaria uma pena de morte irrevogável para alguém que tivesse, hipoteticamente, estuprado e matado sua esposa. Sua resposta negativa foi um fator significativo, entre outros, para afundar as suas chances de ganhar a eleição (Politico, 2013).

2. Ser percebido como suave em relação ao crime = suicídio político

Além disso, muitos acreditam que uma sentença severa envia uma mensagem poderosa sobre o conjunto de valores morais reconhecidos por determinada sociedade e a reprovação do comportamento criminoso por parte dessa mesma sociedade (Little, 1983). Especialmente em jurisdições que aboliram a pena de morte, penas severas são o equivalente moral dela, basicamente um preço a ser pago em troca da abolição da pena de morte (Dieter, 1993). Os políticos e os funcionários públicos não gostam de ser vistos como tolerantes na

luta contra o crime, e se preocupam muito com o risco de conceder a liberdade condicional a um criminoso, vislumbrando a possibilidade do(a) criminoso(a) vir a cometer outro crime depois da liberação (Zlotnick, 2004). A perda das eleições por Michael Dukakis, como candidato presidencial do Partido Democrata em 1988, deveu-se em parte ao seu veto numa lei do estado de Massachusetts que proibia o benefício do indulto para as pessoas condenadas por homicídio planejado, "premeditado", que, nos EUA, é classificado como homicídio de primeiro grau. Isso permitiu a libertação do homicida condenado William "Willie" Horton, que cometeu um estupro e agressão em Maryland (outro estado dos EUA) logo após ser liberado, causando uma torrente de críticas contra Dukakis (Levenson, 2015). Isso enviou uma mensagem clara e inequívoca aos políticos em todo o país para não ser ou parecer ser "fraco em relação ao crime", se eles quisessem uma oportunidade de construir uma carreira política de sucesso (Garland, 2013). Durante anos os políticos nos Estados Unidos, especialmente os que disputam cargos para presidente do país e governador estadual, sutilmente competiram entre si, na tentativa de mostrar aos eleitores que seriam mais severos e implacáveis com os criminosos e malfeitores (Simon, 2007; Pritikin, 2008).

3. Lei de "Três erros e você está fora"

O sequestro, a agressão sexual e o homicídio de Polly Klaas, uma menina de 12 anos, em 1993 na Califórnia, crimes cometidos por um homem com uma longa ficha criminal, que havia sido colocado em liberdade condicional (Newsweek, 1993) pouco antes desse episódio, impulsionou a Califórnia a adotar a regra: "três erros e você está fora (do jogo)", exigindo uma sentença de pelo menos 25 anos de prisão, em regime fechado, quando da condenação do terceiro crime ou "erro", expressão utilizada na tradução literal da norma (California, 1994).

Esta expressão foi pega emprestada das regras do beisebol e refere-se ao número de oportunidades que um lançador tem para colocar a bola em jogo. Depois de três erros cometidos por parte do lançador, ele é eliminado daquela rodada do jogo e seu time perde uma oportunidade importante de marcar pontos. A expressão foi cunhada neste contexto pela primeira vez em cadeia nacional, referindo-se aos criminosos que cometem inúmeros crimes e, portanto, merecem uma pena mais dura, pelo Presidente Clinton em seu discurso sobre o estado da União de 1994. Na realidade, o estado de Nova York tem uma lei contra o "infrator habitual" ou reincidente desde 1797 (New York State, 2014); o estado do Texas (no seu Texas Penal Code) tem uma lei de "três erros" desde

1952 e o estado de Washington (1953) um ano antes da Califórnia já tinha implementado a sua lei dos "três erros". A lei ajudou a impulsionar uma onda de construção de prisões na Califórnia, varrendo todos os tipos de infratores até mesmo os que cometeram crimes de baixo potencial ofensivo e crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa para sua cominação legal inexorável (Turner, 1995; Beres, 1998).

Eventualmente, além da Califórnia, mais 25 Estados dos EUA também adotaram versões diferentes dessa lei. Os objetivos definidos pelos diferentes estados para implementar as leis de três erros é garantir que os reincidentes estejam constantemente presos para assegurar uma segurança pública eficaz. A lógica simples e aparentemente convincente é a de que, enquanto um criminoso está na prisão, ele ou ela não pode estar nas ruas, prejudicando ninguém (McClain, 1996). Uma vez que as leis de três erros (cada estado, ente federado, tem a sua versão ou variação da lei) se aplicam aos réus que cometem vários crimes em sucessão, afirma-se que essas leis garantem que os criminosos com maior probabilidade de repetir seus crimes permanecem na prisão (LaCourse, 1997).

Esta regra tem sido amplamente criticada na mídia, na arena pública e ainda contestada nos tribunais por muitas razões (Tyler and Boeckmann, 1997). A crítica mais veemente é de que a punição muitas vezes é muito desproporcional ao crime (tipo legal) que levou à prisão e esta pode ser arbitrariamente aplicada (ACLU, 2018; Males and Macallair, 1999). Por exemplo, em Lockyear (o promotor) vs. Andrade (o réu) (2003), a Suprema Corte dos EUA considerou o caso de Leandro Andrade, que no final de 1995 era um reincidente que cometeu um furto de valor insignificante, cerca de US $ 150, e alguns furtos residenciais, contudo não cometeu crimes de maior potencial ofensivo ou crimes contra a pessoa, nem se utilizou de violência ou grave ameaça. Sob a égide da lei da Califórnia, os furtos podem ser classificados como crimes ou contravenções. No caso de Andrade, a acusação formal do promotor nos autos do processo tipificou os delitos cometidos por ele como crimes e por isso ele recebeu duas sentenças condenatórias consecutivas para cumprimento de pena de 25 anos de prisão por cada uma das sentenças, ou seja, condenação total de 50 anos de prisão. Pois que Andrade naquela ocasião tinha a idade de 37 anos, a sentença era na realidade uma pena de prisão perpétua sem liberdade condicional (Tyler and Boeckmann, 1997). Assim, ele foi efetivamente condenado a morrer na prisão por pequenos delitos que, se fossem enquadrados em categorias legais diferentes, poderia ter lhe conferido uma breve estada na prisão, especialmente se a lei dos "três erros" não estivesse em vigor (Chemerinsky, 2003; Kowandzic & Vieraitis, 2006).

A Suprema Corte dos EUA, por uma votação de 5 a 4, decidiu que o castigo de Andrade não foi excessivo ou totalmente desproporcional e, portanto, não violou a Oitava Emenda da Constituição (U.S. Supreme Court, 2003a; see also Hannaford, 2016). A Suprema Corte no mesmo dia decidiu outro caso semelhante da mesma maneira (U.S. Supreme Court, 2003b).

A diferença entre as penas baseia-se no modo diferente em que o castigo é determinado. O novo e relevante fator que é levado em consideração no cálculo da pena é o recorde dos antecedentes criminais do réu, a vida pregressa dele, que encontra-se digitalizado e disponível no sistema integrado dos tribunais do Estado onde há o julgamento do caso. Debaixo do condão da "Lei dos Três Erros" esse recorde é consultado e precipita a aplicação dessa norma, o que, por conseguinte, faz com que os tribunais imponham uma pena mais gravosa para os crimes anteriores, mesmo que o condenado já tenha pago o seu preço perante a sociedade. Assim, sob o sistema dos três erros, o passado criminal de uma pessoa pode ser trazido de volta a assombrar a pessoa mais uma vez, cada vez que a pessoa for condenada por um crime (Benekos, 1995).

Outra grande crítica às leis dos três erros estaduais (lembre-se que cada estado, ente federado, nos EUA, possui legislação própria) é que os juízes aplicam as leis, muitas vezes, de maneira desigual, sem uniformidade de entendimento ou interpretação legal entre eles. [Mesmo no beisebol, a aplicação dessa regra pelos árbitros é muito controversa e debatida.] As diferenças raciais e injustiças étnicas em penas de prisão, que já representavam um problema antes da introdução das leis dos três erros, foram exacerbadas neste sistema (Goodwin, 1994; Hunt, 2016). Uma razão adicional para questionar essas leis é que a definição de um tipo legal de crime, nem sempre ou necessariamente inclui a distinção entre crimes violentos ou não. No caso de muitos condenados, o terceiro delito foi realmente um crime não violento e de potencial ofensivo relativamente menor que os dois anteriores, como um furto ou posse de drogas (Clark, 1998). Estima-se que cerca de um terço das 3.000 pessoas que cometeram o terceiro "erro" (e, portanto, foram sentenciadas segundo as balizas da "Lei dos Três Erros") e que estão nas prisões da Califórnia, cometeu um crime de potencial ofensivo relativamente menor, se comparado aos 2 crimes anteriores, quando do cometimento do seu terceiro crime contabilizado, o que incita a aplicação da "Lei dos Três Erros". Esse aspecto da lei, percebido como injusto e equivocado, levou a um abrandamento da lei dos "três erros e você está fora" em 2000, quando 69% dos eleitores da Califórnia aprovaram, por meio de um *referendum*, a Proposição 36, seis anos após a promulgação da lei (Tyler and Boeckmann, 1997).

Há de se ressaltar que a "Lei dos Três Erros" com versões diferentes e variações no seu grau de rigorosidade teve alcance para muito além da Califórnia.

O pioneirismo legislativo da Califórnia também causou estímulos substanciais na elaboração legislativa de norma com mesmo arcabouço, que fôra replicada várias vezes em outros Estados. Obviamente, a legislação pioneira da Califórnia também teve influência na interpretação das normas replicadas. Uma vez que essas leis foram adotadas na Califórnia e em outros 25 estados, as sentenças se tornaram, em sua maioria, mais duras, especialmente em jurisdições politicamente conservadoras, e os criminosos pertencentes a minorias étnicas receberam sentenças de prisão mais longas que antes (Sutton, 2013).

4. Abolição da pena de morte e prisão perpétua

Ironicamente, o movimento para a abolição da pena de morte foi, involuntariamente, num efeito colateral, fomentando e justificando a imposição de penas de prisão perpétua, especialmente sem possibilidade de liberdade condicional (Johnson, 2008). O que representa uma alternativa substitutiva oferecida à extinção da pena de morte no Ordenamento Jurídico Penal. A pena de prisão perpétua garante que o condenado não voltará para a sociedade e não terá outra oportunidade de repetir seus crimes. Na prática, portanto, a pena alternativa à pena de morte, qual seja: a pena de prisão perpétua é percebida como produtora do mesmo efeito social, o de remover aquele determinado indivíduo do convívio social ao mesmo passo que também oferece a mesma segurança psicológica à sociedade: a de que aquele indivíduo nunca mais representará uma ameaça social. O apoio dado à adoção de penas de prisão mais severas pode ser considerado o preço que os abolicionistas tiveram que pagar para ter sucesso em seus esforços em eliminar a imposição da pena de morte.

O argumento da substituição da pena de morte pela pena de prisão perpétua é apoiado ainda pelo cálculo do custo de uma execução *versus* o custo de uma prisão perpétua. Um dos principais argumentos contra a pena de morte é que uma execução custa muito mais do que confinar alguém na prisão pelo resto de sua vida, isso se dá por causa dos extensos recursos feitos pelos advogados e dirigidos aos tribunais (Gray, 2011). Esses recursos podem ser: de ofício (*mandatory*) ou voluntários, que assim como no Direito brasileiro também podem ter o caráter protelatório. Outros custos a serem considerados são os requisitos de segurança máxima no corredor da morte, que pode durar 20, 30 ou até 40 anos. Há de se ressaltar que o preso condenado à pena de morte não faz parte da população carcerária normal. Existe toda uma logística de segurança muito mais elaborada e dispendiosa para manter os presos no corredor da morte sob custódia durante a sua espera pela execução; a possibilidade de intervenção do governador do Estado por meio de um pedido de Comutação

de Pena apresentado pelo advogado do preso; manutenção dos equipamentos e o uso da câmara da morte e, por fim, o custo da própria execução. Portanto, o custo para o governo na condenação de alguém à pena de morte é muito alto (Kleinstuber, Joy and Mansley, 2016).

5. O movimento vítima-testemunha

Outro movimento que tem reforçado o lastro de apoio para o aumento das penalidades, longas estadas na prisão e dificuldades crescentes na obtenção da liberdade condicional é o movimento vítima-testemunha. Defensores das vítimas apontaram coerentemente a forma como, por vezes, as sentenças para crimes hediondos ou aqueles socialmente rechaçados eram relativamente leves e, acima de tudo, que uma sentença de "prisão por toda vida" nos Estados Unidos podia significar, no máximo, 12 anos ou menos de prisão efetiva, assumindo que o presidiário tivesse "um bom comportamento". As demandas, por parte dos defensores das vítimas, para que houvesse "verdade na sentença" (Owens, 2011) criaram uma forte pressão no sentido de reforçar a atual condenação e o efetivo cumprimento de pena durante a vida inteira do condenado (*life sentence*) e outras sentenças de natureza similar no grau de severidade da punição (Wootton, 1994) e endossaram a diminuição constante a concessão, cada vez menor, de petições exitosas de liberdade condicional culminando em longos períodos de prisão, incluindo a condenação à prisão perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional (Lerner, 2013).

Mas agora, tanto nos EUA quanto no Reino Unido, a sentença de prisão perpétua sem liberdade condicional está sendo questionada por diferentes razões, incluindo o crescente número de condenados que cumprem esse tipo de pena e os custos da sua prisão.

6. Questionando a justificativa da prisão perpétua: ruas mais seguras?

Uma das principais justificativas para a sentença de prisão perpétua, especialmente na modalidade: sem possibilidade de liberdade condicional, é que prender os criminosos por toda a sua vida torna a sociedade mais segura para os cidadãos cumpridores da lei (Fireman, 1977). Partidários de sentenças mais duras gostam de relacionar "a vida na prisão" com "ruas mais seguras." Há alguma verdade nisso, é claro. Os partidários da adoção de penas mais severas no Ordenamento Jurídico defendem a ideia de que se conseguirmos eliminar o risco de ter um condenado reincidente transitando livremente na

sociedade, então nós eliminamos o risco de que mais crimes ocorram. Esta abordagem está sendo questionada a partir de diferentes ângulos (Hanks, 2008; Mauer, 1999).

Na Inglaterra, por exemplo, três presos condenados à prisão perpétua, o que significa que não podem ser liberados exceto por uma decisão do Secretário de Estado por razões humanitárias (por exemplo, se eles estão em estado terminal de uma enfermidade ou sejam gravemente incapacitados), desafiaram suas sentenças nos tribunais nacionais por todo o caminho até o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

São eles: Douglas Vinter, um homicida duplo, que matou sua mulher pouco depois de ser posto em liberdade condicional por um crime anterior; Jeremy Banter, que matou seus pais adotivos, sua irmã e seus dois filhos para se tornar o único herdeiro dos bens da família; e Peter Moore, um assassino em série que matou e esquartejou quatro homens gays. Estes indivíduos defenderam pela primeira vez, nos tribunais britânicos e no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que sentenciá-los a morrer na prisão é uma punição cruel e desumana e que a recusa de dar-lhes a opção de liberdade condicional não permite que eles possam provar se arrependeram de seus crimes e verdadeiramente mudaram durante o período de encarceramento. Eles também afirmaram que o juízo de valor e a decisão dessas sentenças são arbitrários: são impostos a alguns, mas não a outros assassinos condenados. Depois de examinar os três casos e a condenação de cada réu, em janeiro de 2012, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que não houve violação do artigo 3º (proibição de tratamentos desumanos ou degradantes) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no caso de qualquer dos candidatos, conferindo-lhes uma sentença de prisão perpétua. Segundo o Tribunal, as condenações de prisão por toda a vida foram justificadas (European Court of Human Rights, 2012). O caso foi objeto de recurso perante a Grande Câmara (Plenário) do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. A Grande Câmara (Plenário) do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2013b) decidiu em 9 de Julho de 2013 em favor da queixa dos presos. O Tribunal decidiu, essencialmente, que existe uma violação do artigo 3º da Convenção, pois que não há atualmente nenhuma perspectiva de liberação e possibilidade de revisão das sentenças dos três candidatos. O Tribunal aduz, *inter alia*, que uma sentença irredutível é contrária à dignidade da pessoa humana (§ 113). Esta posição do Tribunal Europeu foi confirmada recentemente no processo de Matiošaitis e outros contra o Estado Nação da Lituânia (European Court of Human Rights, 2017).

Nos Estados Unidos, no mesmo sentido do posicionamento jurídico da Grande Câmara do Tribunal Europeu, uma sentença de prisão perpétua sem

possibilidade de liberdade condicional foi chamada de "A Outra Pena de Morte" (Covey, 2011).

Pior ainda, a condenação à prisão perpétua é vista por alguns como uma lenta, longa e destrutiva sentença de morte sem a proteção legal ou administrativa que é corretamente fornecida para os condenados às formas tradicionais de execução pela pena capital. A existência e adoção, no sistema jurídico, da pena capital revela uma crença oculta da sociedade de que a redenção e a transformação pessoais não são tangíveis pelo ser humano, e, portanto, é justo definir, rotular e estigmatizar, para sempre, um indivíduo, que foi julgado pelo seu pior ato. Desse ponto de vista, se essa fosse a verdadeira justificativa, a condenação à prisão perpétua sem a possibilidade de liberdade condicional está errada e deve ser eliminada. O objetivo final dos reformadores é a abolição definitiva desse tipo de execução simbólica sancionada pelo Estado (junto com todas as outras formas de pena capital), o que se verifica nos casos de todos os prisioneiros que têm o interstício de prisão igual ao seu tempo de vida. Não sendo possível eliminar do panorama jurídico as penas capitais e as equivalentes a ela, como é o caso da prisão perpétua, os abolicionistas reivindicam, pelo menos, a possibilidade de todos os presos condenados a esta requererem o benefício da liberdade condicional.

7. Sentenças de prisão perpétua e o declínio das taxas de criminalidade

Nos Estados Unidos, sentenças de condenação à prisão perpétua, especialmente sem possibilidade de liberdade condicional, e a rigidez exacerbada nas demais sentenças condenatórias, que na prática funcionam como prisão perpétua tendo em vista os longos anos de condenação ao encarceramento e a idade do réu no momento de sua condenação, como já foi analisado neste artigo. Fatos que demonstram a falta de razoabilidade entre o crime praticado e a punibilidade aplicada além é claro de revelar as crenças mais profundas e ocultas da sociedade: a de que o ser humano é incorrigível e irrecuperável. A punibilidade exacerbada e excessiva também, a nosso ver, descredencia o Estado da sua potestade administrativa de punir e oferecer justiça. Afinal de contas, há grande injustiça em não oferecer ao ser humano a menor possibilidade de demonstração de arrependimento e mudança. Em geral, as premissas da rigorosidade inexorável no Direito Penal foram saudadas por alguns como uma das principais razões para o declínio geral constante dos índices de criminalidade nos EUA nos últimos 20 anos (Baumer, 2011). O mesmo é verdade no Canadá, onde os índices de criminalidade atingiram o ponto mais baixo desde

1970. Paradoxalmente, as taxas de criminalidade mais baixas parecem fazer com que os políticos fiquem cada vez mais determinados a serem ainda mais implacáveis na luta contra o crime, para evitar a acusação, pelos eleitores, de uma atuação que enfraqueça um sistema jurídico que funciona na prevenção da criminalidade. É evidente que, na mente de muitos políticos, há uma forte ligação, mesmo nexo de causalidade, entre as altas taxas de encarceramento e menores taxas de crime, uma conexão que muitos estudiosos e analistas desta política pública questionam (Lippke, 2002; Kury et al., 2003; Toury, 2014; Petersilia & Greenwood,1978). O estudo do Projeto de Sentença nos EUA (Sentencing Project, 2005) sobre a questão afirma que aumentar o encarceramento, ignorando abordagens mais eficazes, irá impor um fardo pesado sobre os tribunais, os sistemas correcionais e as comunidades, proporcionando um impacto periférico ou colateral no crime (Bushway, 2013; Kovandzic & Vieraitis, 2006). A noção do sentido comum que diz: "se prender mais pessoas, elas não poderão mais cometer crimes" é demasiadamente simplista. A relação entre crime e prisão é mais complexa do que isso (Brown, 2010; Raphael, 2014).

8. Retornos decrescentes de encarceramento

A política indiscriminada de encarceramento como forma de combate ao crime vem demonstrando retornos decrescentes, ou seja, a resposta a essa política pública, em índices de eficiência, vem diminuindo. Portanto, essa é a primeira e principal razão para a demonstração da ineficiência da política pública de encarceramento indiscriminado (Blumstein, 2011). Infratores contumazes e violentos serão normalmente encarcerados, mesmo que a taxa de encarceramento no país seja relativamente baixa. Quando a taxa de encarceramento aumenta (afinal de contas, a política pública administrativa é implementada como meta), mais e mais pessoas condenadas por crimes de menor potencial ofensivo são enviadas para a prisão. Portanto, constata-se que: o objetivo desejado com a implementação da política pública administrativa de encarceramento de forma indistinta não é atingido, vez que há uma manutenção nos índices que registram as taxas de criminalidade. Desse modo, pode-se dizer que a política pública de encarceramento indistinto não produz os efeitos (resposta ou retorno) esperados pelos seus defensores. A famosa máxima: "quanto menos criminosos houver nas ruas, menor será a taxa de crimes"; continua a ser verdadeira, pelo menos, na mente de muitos políticos e cidadãos. No entanto, na realidade, a relação custo/benefício muda conforme uma mesma quantidade de recursos investidos que se faz necessária tanto para aprisionar criminosos que cometeram crimes de baixo potencial ofensivo e são de menor periculosidade quanto para aprisionar os criminosos que cometeram crimes de

maior potencial ofensivo e são de maior periculosidade. Uma política de encarceramento inteligente há de ponderar a gravidade do crime cometido na hora de punir o réu em cada caso concreto em julgamento (Stemen, 2006). Há de haver equilíbrio na balança composta por crime cometido e sua gravidade x punição aplicada. Isso porque é muito mais caro para o Estado custear as despesas para manter presos indivíduos, que cometeram crimes que ofendem menos as regras de convivência em sociedade e a legislação penal vigente, do que empregar essa mesma quantidade de recursos para manter presos indivíduos que transgrediram a lei cometendo crimes de maior potencial ofensivo e que verdadeiramente representam um perigo para a sociedade. Ao invés de gastar somas astronômicas para manter presos criminosos de menor potencial ofensivo, o Estado deve buscar reprimir esses infratores de forma equitativa (de acordo com a gravidade do crime cometido) e alternativa, utilizando para isso medidas que tenham mais o cunho: da conscientização sobre a conduta errada e reprovável, da educação, do arrependimento do réu com relação à sua conduta delituosa, buscando assim a não reincidência do crime, de forma que esse indivíduo entronize que o crime nunca compensa.

No caso dos infratores de baixo potencial ofensivo, o Estado está recebendo um retorno menor do seu investimento. Como forma de ilustrar isso temos o seguinte exemplo: um grupo de pessoas aluga um barco caro com uma tripulação à sua disposição para ir pescar durante uma semana. Inicialmente, eles pegam todos os maiores peixes existentes no lago, assim, o seu investimento produziu um alto retorno. No entanto, uma vez que todos os peixes grandes foram capturados, o grupo, agora, tem apenas peixes pequenos para pescar, enquanto os custos permanecem fixos. Assim, o retorno do investimento é agora muito menor. Para o grupo de amigos, pescar um peixe pequeno é tão caro quanto pescar um peixe grande, mas o retorno do seu investimento é obviamente muito diferente. Há analistas que utilizam o mesmo raciocínio para avaliar a eficácia dos crescentes números de prisões que, inevitavelmente, deve incluir um número crescente de "peixes menores." Isto é especialmente verdadeiro com o aumento dramático de pessoas encarceradas, por delitos relacionados a drogas, nos Estados Unidos e outros países (Duke, 2009).

9. Guerra às drogas

A guerra contra o crime produziu um grande número de criminosos, julgados, condenados e presos, que ocupam o mais baixo nível da pirâmide do crime. Isso representa uma das críticas mais contundentes ao sistema de punibilidade do Direito Penal como está posto hoje, especialmente, no que se refere à guerra contra o crime organizado que rege o tráfico de drogas: chefões do

tráfico de drogas e grandes traficantes raramente são presos e julgados, todavia os soldados do tráfico de drogas, os aviões e mulas, todos aqueles que ocupam a posição mais baixa na hierarquia do crime organizado, são mais frequentemente presos, julgados e encarcerados (Knapp, 2016; Hedlin, 2016; Boretos, 2001; Lusane, 1994).

No final de 2017, o sistema de justiça criminal norte-americano possuía mais de 2,3 milhões de pessoas em 1.719 presídios estaduais, 102 prisões federais, 901 estabelecimentos penitenciários juvenis, 3.163 prisões locais e 76 prisões indígenas, bem como: prisões militares, centros de detenção de imigrantes, centros de reclusão civil e prisões nos territórios dos EUA (Wagner & Robuy, 2017). Em 1980, havia "somente" 40.000 infratores encarcerados relacionados a: uso, porte, tráfico, transporte, receptação ou armazenamento de drogas. Prisioneiros resultantes da "guerra às drogas" têm, em grande parte, impulsionado o crescimento da população carcerária federal. Segundo o Bureau of Prisons, há 207.847 pessoas encarceradas em prisões federais. Aproximadamente metade (48,6%) está ali por crimes relacionados ao tráfico de drogas. De acordo com o Bureau of Justice Statistics, existem 1.358.875 pessoas nas prisões estaduais. Deste total, 16% têm uma condenação relacionada a algum tipo penal previsto na legislação equivalente à Lei de Drogas Brasileira, como ofensa mais grave registrada em seus antecedentes criminais (Federal Bureau of Prisons, 2015). Por outro lado, apenas 7,6% dos presos federais estão cumprindo pena por Crimes Contra a Pessoa, praticados com violência ou grave ameaça.

Entre os presos estaduais, infratores da legislação antidrogas, no final de 2016, representavam 17% do total de presos, ou um pouco menos de 1 em cada 5. Mas a esse percentual deve-se acrescentar 235.000 criminosos que estão na prisão por porte de drogas, elevando assim o total combinado dos presos dos Estados e os presos da União a aproximadamente 330 mil (235.000 + 94.600).

10. O efeito da substituição

A principal inverdade obtida ao se associar as taxas de crescimento do encarceramento a uma menor atividade criminosa no que tange ao tráfico de drogas nos EUA é o chamado "efeito da substituição". Remover um homicida ou um assaltante do convívio social pode diminuir um pouco a taxa de criminalidade, no entanto, em relação aos crimes concernentes ao tráfico de drogas, há certas peculiaridades bem distantes da lógica comum dos outros crimes, por exemplo, os mercados de drogas são impulsionados pela demanda. Desse modo, prender um vendedor de drogas simplesmente significa que um outro vai imediatamente tomar o lugar daquele que foi preso. Enquanto existir uma procura, um consumidor procurando as substâncias entorpecentes, haverá

uma rede de abastecimento em operação. Assim, o esforço da sociedade não deve ser tanto em prender e encarcerar os fornecedores, que serão imediatamente substituídos, mas a sociedade deve se engajar em exigir das autoridades competentes políticas públicas de conscientização da população sobre a conexão que existe entre o consumo de drogas ilícitas e a toda a rede e hierarquia do crime organizado, o que terá como resultado não só a diminuição do consumo de drogas e substâncias ilícitas como imediatamente uma população mais saudável, além, é claro, do efeito mais esperado e desejado pelas autoridades competentes que é a redução da entrada e produção de drogas e substâncias ilícitas no país, diminuição de todos os crimes violentos que se relacionam com o tráfico de drogas (especialmente os homicídios), e diminuição de gastos públicos com manutenção de presídios e uma população carcerária inegavelmente inchada. O consumidor de entorpecentes é verdadeiramente quem mantém toda a estrutura de funcionamento do crime organizado do tráfico de drogas (Haney, 2011). O aumento de quase dez vezes do número de presos, que estão na prisão cumprindo pena pela venda de entorpecentes, aparentemente, não teve qualquer impacto sobre o crescimento contínuo do tráfico de drogas, especialmente, voltado às modalidades: venda e uso de drogas nos EUA (Justice Policy Institute, 2008; Mauer, 2011). Entre as principais conclusões de um estudo realizado por John Schmitt, Kris Warner, e Sarika Gupta (2010) em 2008, está o seguinte dado: 1 em cada 48 homens em idade de trabalho (aqueles que deveriam fazer parte da população economicamente ativa) está na prisão. Presos que cometeram crimes não violentos constituem mais de 60% da população carcerária, ao passo que presos que cometeram crimes não violentos e que incidiram em crimes tipificados pela legislação antidrogas correspondem a 25% do total de criminosos encarcerados no país. É importante ressaltar que o número total de crimes violentos nos Estados Unidos foi cerca de apenas 3% maior, em 2008, do que era em 1980. Nesse mesmo período, a população dos EUA aumentou 33%, enquanto a população carcerária aumentou para mais de 350%. Nesse lapso temporal e nesse ritmo acelerado, a polícia continuou a prender e os tribunais continuaram a condenar, sem que essa política rigorosa e desmedida na intensidade da sua punibilidade produzisse qualquer efeito notável sobre a atividade criminosa que leva à prisão e condenação desses criminosos, revelando assim a existência e aplicabilidade do efeito "substituição", que por sinal está funcionando na sua melhor performance (Spencer, 1995).

11. Impacto negativo sobre a comunidade e a economia

Outra grande falha do aumento da taxa de encarceramento na luta contra o crime é o impacto negativo que tem sobre a comunidade, com a consequência

de alavancar ainda mais a produção do crime (Cox, 2009; Friedman, 1969). Por exemplo, os Estados Unidos têm 5% da população mundial, contudo o país tem 25% do total da população mundial carcerária do mundo. Em outro exemplo, com a quarta maior população carcerária do mundo, a taxa de encarceramento no Brasil é alarmante, com até 3.000 novos presos por mês. Ainda mais grave é que quase 50% dos presidiários do Brasil nunca foram julgados e condenados por uma sentença transitada em julgado dentro de um devido processo legal, alguns desses presos vão esperar anos para ver um juiz. Infelizmente, essa situação é muito comum nas Américas Central e do Sul e em outras partes do mundo. Muitos detentos passam anos em prisão preventiva ou temporária e às vezes permanecem esquecidos na prisão após o término da sua pena, devido à incompetência burocrática ou falhas sistêmicas. A alarmante superlotação, condições sanitárias precárias, violência entre "gangs" e tortura são comuns.

O crescimento histórico das prisões tem amplas implicações não só para o sistema de justiça criminal, mas também para a economia (Kearney et al., 2014). Altas taxas de encarceramento podem ter impactos econômicos negativos a longo prazo, contribuindo para: o aumento de tributos em cima da população economicamente ativa para custear as despesas da população carcerária; o aumento da desigualdade de renda; a pobreza mais concentrada e a falta de desenvolvimento (Western and Wildeman, 2008). O aumento progressivo do número de presidiários engrossando expressivamente a população carcerária provoca um desequilíbrio no viés da balança entre a população economicamente ativa, que mediante pagamento dos seus tributos sustenta a população carcerária que geralmente não produz ou produz muito pouco do capital necessário para manter a estrutura do presídio, e as despesas mensais de cada preso. O sistema penitenciário deveria adotar o padrão de autossustentabilidade. As perspectivas de emprego de pessoas egressas da prisão são bastante reduzidas, aumentando assim a pressão financeira sobre suas famílias, comunidades e sistemas de assistência pública. A referida pesquisa indica que indivíduos que cumpriram pena na prisão têm rendimentos mais baixos, durante toda sua vida, e que eles e suas famílias são muito menos propensos a sair da pobreza do que seus pares que nunca foram para a prisão (Hinton et alii, 2018).

Western e Pettit (2010) analisam em detalhe os prejuízos financeiros que o encarceramento produz nos prisioneiros e o potencial econômico mais amplo preso nas prisões dos Estados Unidos. Os Estados Unidos encarceram atualmente um pouco mais de 1 em cada 100 adultos – a taxa mais alta do mundo! Para começar, isso custa um de cada 15 dólares de fundos estatais gerais, mais de US $ 50 bilhões por ano. Mas o encarceramento não é só caro para o

contribuinte. Ele também representa um custo significativo para o preso. Tempo gasto em confinamento diminui os ganhos de um prisioneiro numa média de 40%. Ele também reduz a sua mobilidade econômica futura. E isso prejudica muito a situação financeira de muitas crianças, uma vez que 1 em cada 28 tem um dos genitores atrás das grades (para os afro-americanos isso se torna uma em cada nove crianças) (Looman and Carl, 2015).

Em média, a prisão elimina mais da metade dos ganhos que um homem branco teria feito até atingir os 48 anos de idade, e entre 41 a 44% do montante que homens hispânicos e afro-americanos teriam ganho. Deve-se notar que essas perdas não se limitam ao tempo em que eles ficam na prisão. Essa estimativa representa uma lacuna considerável no *quántum* comparativo entre os ganhos acumulados ao longo da vida dos ex-presos e daqueles que nunca foram confinados. Western e Pettit (2010) também apontam que os Estados Unidos encarceram tantas pessoas em idade de trabalho – mais de 2.300.000 deles – que provoca uma distorção nos dados de emprego e desemprego. As formas tradicionais de medição do índice de emprego não incluem homens e mulheres atrás das grades, gerando, assim, uma imagem parcial e distorcida. O impacto mais óbvio e mais representativo é na relação emprego x população (EPOP), uma forma de medir quão economicamente produtiva a força de trabalho é. Quando os prisioneiros estão incluídos no cálculo padrão, o EPOP tem seu índice alterado significativamente. De acordo com Western e Pettit (2010), ele cai de 67% para 61%, no caso de homens afro-americanos em idade de trabalhar. Quando esse índice é baseado no fator idade, de 20 a 34 anos de idade, para os homens afro-americanos, a percentagem de queda é ainda maior: de 66% para 58%. Na verdade, a prisão se tornou tão comum para os homens negros, que há mais possibilidades de um homem negro estar na cadeia do que no trabalho, considerando a faixa etária mais jovem da população, população em idade de trabalho, e a falta de estudos, os que não têm formação do ensino médio (Boretos, 2001; Hinton, 2018).

12. Impacto emocional destrutivo sobre a família

Outro impacto claro da prisão é: as prisões separam pessoas de suas famílias e de suas comunidades. Quase todos os indivíduos enviados para a prisão deixam para trás uma rede de relações familiares e comunitárias. Nos Estados Unidos, um recorde de 1,7 milhão de crianças e adolescentes com menos de 18 anos de idade têm um dos genitores preso (Sanders e Dunifon, 2011). Possivelmente, milhões de crianças, além das apontadas no índice, têm um dos pais encarcerado. Muitas crianças, afetadas pela ausência de pelo menos um dos genitores no seu convívio, possuem uma maior probabilidade de

desenvolvimento de problemas de comportamento, insuficiência acadêmica e abuso de substâncias entorpecentes lícitas ou ilícitas (J. Poehlmann et alii, 2010). A manutenção do contato entre pais e filhos durante o período de reclusão é uma questão fundamental. O isolamento da prisão impõe um fardo severo sobre a relação entre estes pais ou tutores e seus filhos com muitas consequências negativas (Harman, 2007). O encarceramento dos pais e, especialmente, o de mulheres gestantes, o que é bastante comum nos Estados Unidos, cria grandes problemas para os filhos dos indivíduos encarcerados (Ocen, 2012; Robinson, 2011). Uma pesquisa sobre relações humanas afetivas mostra os efeitos negativos nas crianças, que têm ou tiveram seus pais encarcerados, *versus* a probabilidade de essas crianças cometerem um crime no futuro e passarem pelo mesmo processo de encarceramento dos seus pais (Mauer and Chesney-Lind, 2002). Esse ciclo vicioso se repete em famílias com filhos em idade infantil, assim como na adolescência e início da vida adulta. Entre as várias consequências devastadoras provocadas pela quebra dos relacionamentos interpessoais familiares dos presidiários estão: a transmissão intergeracional da insegurança na relações afetivas humanas; a necessidade de os avós de um dos genitores preso ter de assumir a custódia dos menores, ou seja, os avós assumem um ônus extra enquanto um dos pais dos menores está preso, ao passo que nessa fase de suas vidas as suas rendas são reduzidas devido a suas aposentadorias; e os muitos problemas associados à instabilidade nos relacionamentos interpessoais humanos de adultos que já foram presos incluindo abuso perpetrado e sofrido; problemas relacionados ao abuso de drogas e álcool; um histórico de dificuldades educacionais e de conseguir emprego após o período de reclusão; e modelos inadequados de paternidade (Hinton, 2018; Wildeman, Poehlmann e Askins, 2017). O encarceramento dos pais é um forte fator de risco para psicopatologia de longa duração, incluindo a internalização de padrões comportamentais antissociais (L. Aaron e DH Dallaire, 2010). Esse acontecimento desestabiliza a segurança das relações afetivas das crianças por causa da separação entre pais e filhos, confundindo explicações sobre a ausência parental, o contato limitado com os pais presos, e as disposições de cuidado não confiáveis (Mowen and Visher, 2016). O encarceramento dos pais também traz: dificuldades econômicas; supervisão menor e deficitária dos filhos; estigma; mudanças de residência ou de escola e outros eventos de vida negativos e desestabilizadores para as crianças (Abramowicz, 2011; Cammett, 2016). Assim, há muitas maneiras de o encarceramento dos pais aumentar o risco da psicopatologia infantil. Em geral, a prisão da mãe provoca mais interrupções e caos para as crianças do que a do pai e uma maior possibilidade de vinculação insegura

e de psicopatologia (Wolf and Bloom, 2008; Murray e Murray, 2010; Arditti, 2015; Turney and Wildeman, 2017).

13. Prisões longe dos centros populosos e esfacelamento da família

Infelizmente, esses impactos prejudiciais já discutidos no tópico anterior são agravados pelo fomento da prática de aprisionar presos longe de centros povoados e das cidades de sua residência prévia. Distâncias consideráveis podem existir até mesmo dentro do mesmo estado ou província, na ordem de centenas de milhas ou de quilômetros, especialmente em países de grande extensão territorial como: Estados Unidos, Canadá, Brasil, Austrália, Rússia, China entre outros. Presos federais podem ser confinados muito longe de suas famílias e pessoas queridas, às vezes a mais de 500 milhas (800 km) de distância e até mesmo numa região diferente do país, exigindo dos familiares desses presos viagens de longa distância para visitá-los. Essas viagens são caras e demoradas. As distâncias podem ser tão grandes que até mesmo quando se trata de viagem por via aérea, pode ser demorada, o que também implica custo mais elevado. A falta de transporte público nas áreas rurais agrava ainda mais o problema da logística para a visitação dos presos por seus familiares e entes queridos. O Conselho Nacional de Criminalidade e Delinquência dos EUA descobriu que 60% das presidiárias que são mães, nos Estados Unidos, estão encarceradas a 60 milhas (100 km) de distância de seus filhos ou ainda mais longe, fazendo com que até mesmo a visitação ocasional seja difícil de ser organizada, por causa da sua onerosidade excessiva ou até, em alguns casos, os fatores onerosidade e distância podem tornar a visitação impossível (Bedard e Elland, 2002:7). Foi constatado que os presos cumprindo pena a mais de 500 milhas (800 km) de distância do seu local de residência são muito menos propensos a receber telefonemas ou visitas de filhos, familiares e amigos (Bedard e Elland, 2002:2). Um obstáculo adicional à visitação dos presos são as regras administrativas quanto ao dia e a hora da visitação, que às vezes não são determinados com precisão. É muito importante ressaltar que não há uma garantia legal para o dia e horário da visitação dos presos, estando esse direito submisso à discricionariedade da administração local do presídio, o que faz com que as tentativas de visitação dos familiares e amigos dos presos sejam frustrantes, imprevisíveis e arbitrariamente decididas. Isso pode resultar em insucesso na tentativa de visitar um preso, após o tempo gasto no deslocamento e o custo da viagem. Há também custos com hospedagem e alimentação, entre outros possíveis custos, para os visitantes, que, muitas vezes, são pessoas de recursos limitados. A distância, a dificuldade, o custo de "chegar lá", e os obstáculos administrativos que lhes negam ou encurtam o

tempo da visita ou então transformam-na numa experiência estressante, resultam numa diminuição das visitas ou em visitação zero (Pierce, 2015).

Diferentemente de boa parte dos países mundo afora, o telefone celular e a revolução eletrônica ainda não chegaram, legalmente, nas prisões norte-americanas. As comunicações dos presos com a família, amigos, advogados e outras pessoas, nos Estados Unidos, ainda é geralmente feita por telefone fixo. Telefonemas realizados de dentro da prisão estão limitados a chamadas a cobrar ou chamadas cobradas na conta do preso e, é claro, são monitorados. Esses telefonemas são bastante caros, para começar, e muitas vezes têm seus preços inflacionados pela cobrança de taxas de serviço, com valores acima dos praticados no mercado de livre concorrência das operadoras comuns, pelo prestador de serviço (a empresa contratada, concessionária ou permissionária de serviço público) que administra as comunicações telefônicas realizadas pelos detentos e detém o monopólio daquele serviço naquele determinado presídio. Esse serviço pressupõe também que a família ou amigos façam depósitos regularmente na conta do preso para que ele tenha crédito, a fim de usar o telefone. As dificuldades econômicas, culturais e de linguagem e ainda a falta de conta bancária ou acesso à instituições financeiras para muitas famílias fazem com que essas operações, aparentemente fáceis, sejam difíceis e até mesmo inatingíveis, especialmente no caso de reclusos e famílias muito pobres, estrangeiros, reclusos sem amigos e familiares ou esquecidos ou rejeitados pelas suas famílias, especialmente com o passar dos anos, de décadas, com mortes ou divórcios intervenientes e a perda de interesse ou esperança no recluso e seu futuro, se houver algum (Mauer and Chesney-Lind, 2002).

Tudo isso acrescenta um elemento de punição à pena de reclusão, com consequentes efeitos negativos para todos os envolvidos e, especialmente, para a unidade da família (Traum, 2012). Especialmente para as mulheres, a falta de contato com os seus filhos é o aspecto mais punitivo do seu encarceramento. A falta de contato com os filhos e com a família está ligada a uma considerável perda de autoestima e identidade para as mulheres na prisão (Conklin, 2000).

14. Impacto financeiro na família, na criança e na comunidade

Além disso, muitos pais presos ou detidos anteriormente eram chefes de família. O seu encarceramento resulta em instabilidade econômica e mais pobreza impactando: a saúde, emocional e física; e as possibilidades educacionais, tanto a formação acadêmica quanto a formação técnico-profissional dos membros de sua família (Golden Gate, 1984). O encarceramento de um chefe de família também empobrece outros parentes. Muitas vezes os avós, que já

têm uma renda limitada pela redução salarial na aposentadoria, têm que comprometer seu orçamento apertado no pagamento das despesas de seus netos, que são filhos de presidiários, ou então, o ônus é suportado pela comunidade, que deve cuidar das crianças deixadas para trás. Efetivamente as pessoas que estão na prisão não são somente os presos, mas também seus filhos, seus pais, seus irmãos, seus parentes, seus vizinhos, seus colegas de trabalho e seus funcionários (Mauer and Chesney-Lind, 2002). Essa é a dimensão de alcance do encarceramento no seu efeito em cadeia, atingindo um número incontável de pessoas e empresas que são afetadas negativamente, de formas diferentes quando os chefes de família são presos, removidos do convívio em sociedade e, finalmente, quando terminam de cumprir sua pena, voltam para casa com uma perspectiva de emprego e de ganhos futuros esmaecidos (Levy-Pounds, 2013). Schmitt, Warner e Gupta (2010), com base em dados do Escritório de Estatísticas da Justiça (Bureau of Justice Statistics), estimou que, em 2008, os Estados Unidos tinham entre 12 e 14 milhões de ex-detentos em idade economicamente ativa. O registro de uma condenação criminal e prisão (o histórico criminal) diminuem drasticamente a capacidade de um ex-presidiário obter emprego e voltar para no mercado de trabalho após a sua libertação. Schmitt, Warner e Gupta (2010) calcularam que esta grande população de ex-reclusos diminuiu o percentual de indivíduos, do sexo masculino, empregados, no índice total, em 2008, entre 1.5% e 1.7%. Enquanto que em valor percentual pode não parecer significativo, em valores absolutos, tratando-se de Produto Interno Bruto (PIB), esta perda representa um valor considerável de U$ 57 a US $ 65 bilhões de Dólares Americanos, a menos na produção econômica dos EUA. Os efeitos em cascata sobre suas comunidades são óbvios (Kearney et al., 2014). Infelizmente, o impacto do encarceramento sobre a comunidade, sua economia e desenvolvimento tem recebido pouca atenção. Os efeitos a longo prazo sobre os filhos de pais presos são: chances diminuídas de obter sucesso acadêmico e profissional; maior probabilidade de que eles sejam levados a uma vida de relacionamentos instáveis, ensejando na violência familiar; desvios de conduta ou de caráter; enfim, resultando na maior probabilidade de cometer algum tipo de crime. Todos esses efeitos constituem custos enormes para toda a sociedade (Huebner, 2007; Brooks and Bahna, 1993). Ao se examinar o impacto econômico do encarceramento "per capita" e, por extensão, na família e nas comunidades de cada preso tanto na microesfera quanto na macroesfera, pode-se ver o quão destrutiva pode ser a prisão, especialmente, a prisão de longa duração, não só para o preso, mas igualmente para sua família, sua comunidade e para a economia local e nacional (Huebner, 2005; Cammett, 2016). É essencial que nós criemos políticas públicas para minimizar a perda de recurso humano, que seria empregado

no desenvolvimento da comunidade (Roberts, 2004). A Legislação do Direito Penal e as políticas públicas relacionadas à administração do regime jurídico penitenciário devem ter em vista não somente o crime e suas consequências, mas também a dureza, a ineficiência, as injustiças, e as falhas do sistema de justiça criminal (Kilgore, 2012).

Deve-se notar, neste ponto, que há também muitas pessoas pobres, especialmente entre as comunidades minoritárias, que muitas vezes são encarceradas por sua incapacidade de pagar taxas, multas de trânsito, custas processuais, indenização, pensão alimentícia etc. Esta aplicação alternativa de pena de multa para substituir a pena privativa de liberdade é frequentemente imposta automaticamente, sem levar em conta a situação financeira do réu em questão. Na sequência de protestos contra a notável e inegável violência policial (uso de força excessiva), muitas vezes letal, e maus-tratos contra minorias e pobres de todas as etnias nos Estados Unidos, veio a lúmen que em muitas jurisdições, especialmente comunidades menores, muitas vezes rurais ou suburbanas, com relações incestuosas entre diferentes ramos da estrutura governamental (por exemplo: o relacionamento entre policiais, promotores de justiça ou procuradores da república e juízes), um número considerável de pessoas são encarceradas por causa de um ciclo interminável de dívida com o Poder Público local (Harvey et alii, 2014). Ao menos em alguns casos, isso passou a ter o caráter de uma conspiração estabelecida para extrair dinheiro considerável das minorias e dos pobres em benefício do sistema (Benns and Strode, 2016). A dívida com justiça criminal pode se tornar muito punitiva para certos segmentos da sociedade, que ficam presos num interminável ciclo vicioso de dívida e encarceramento que, por sua vez, também não lhes permite manter empregos e sair da dívida, transfigurando-se numa forma de escravidão perpétua (Appleman, 2016).

15. O custo da prisão perpétua

Outra razão para questionar a clara preferência, se não obsessão, do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos em relação a penas de prisão perpétua é o seu custo. Assim como o movimento pelos direitos da vítima exigiu "a verdade na sentença", outros movimentos pedem "a verdade do custo", o custo real, de ter leis demasiadamente duras no Direito Penal. Esses movimentos usam a questão do "custo real" para argumentar contra a aplicação excessiva de penas de prisão, especialmente as de longo prazo. As prisões realizadas pelos estados, entes federados, nos Estados Unidos aumentaram 700% desde 1970 (*Pew Center for the States*, 2010).

Por exemplo, um relatório, de 2008, do projeto Desempenho da Segurança Pública do *Pew* (2008) detalhou como, pela primeira vez na história, mais de 1 em cada 100 adultos nos Estados Unidos estão na prisão. Esse fato, diz o relatório, impacta significativamente os orçamentos estaduais sem entregar um retorno claro sobre a segurança pública. Outro relatório do projeto do Pew Public Safety Performance (2012) apropriadamente intitulado "Alto Custo, Baixo Retorno", aponta que: 1 em cada 33 adultos está sob supervisão correcional nos Estados Unidos (incluindo os infratores, em liberdade condicional) e que 1 em 2,3 dos infratores retorna para a prisão, depois de três anos em liberdade. Esses dados, portanto, demonstram que dificilmente a ocorrência da prisão impede o crime. Isso confirma, as críticas expressas por alguns, que confinar mais pessoas na prisão geralmente diminui a probabilidade de essas pessoas praticarem delitos contra o público em geral, enquanto estão presas, mas aumenta a probabilidade de elas cometerem crimes, uma vez que estiverem fora da prisão, vivendo na comunidade de novo. A prisão parece de fato ser a principal escola do crime (Henrichson and Delaney, 2012). Mesmo quando se trata de prisões preventivas e temporárias, supostamente destinadas a encarcerar brevemente suspeitos, as comunidades estão arcando com o custo de uma enorme explosão populacional carcerária, que quase dobrou em menos de duas décadas. A pesquisa (Petteruti e Walsh, 2008) descobriu que as prisões preventivas e temporárias são agora armazém de mais e mais pessoas por longos períodos de tempo, algo nunca antes visto. Devido ao aumento dos custos da fiança, pessoas presas de forma preventiva ou temporária, hoje, são mais propensas a servir tempo na prisão antes do julgamento que há 20 anos, ainda que hoje os índices de criminalidade atinjam os níveis mais baixos dos últimos anos. Consequentemente, a população carcerária explodiu. Para calcular, da forma mais correta possível, o custo dos Estados em manter presos os delinquentes, o Centro para a Condenação e Correições e a Unidade de Análise de Custo-Benefício do *Vera Institute of Justice*, em colaboração com o *Pew Center for the States*, desenvolveu uma metodologia específica. Nesta base, verificou-se que o custo total que recai sobre os contribuintes e é destinado aos sistemas penitenciários dos 40 Estados que participaram da pesquisa foi de 39.000 milhões de dólares americanos, 5 milhões e 400 mil dólares a mais do que foi orçado (Henrichson e Delaney, 2012:6). Isso ainda não inclui todos os custos reais, por exemplo, não inclui os custos "colaterais": como os custos com o bem-estar, assistência de renda suplementar, seguro médico, os custos com a educação etc. e ainda todos os custos que dizem respeito à família e às crianças de cada presidiário que, a partir do advento da prisão de um dos mantenedores da casa, possa passar a depender de benefícios assistencialistas do governo. Quando se trata de custo individual por preso, entre os 40 Estados pesquisados, o custo médio

anual por preso foi de U$ 31.286, com um intervalo de variação estabelecido entre U$ 14.603 em Kentucky, custo mínimo, e U$ 60.076, em Nova York, que atinge o custo máximo da curva do intervalo (Henrichson e Delaney, 2012:11). Um estudo do Vera Institute of Justice (Henrichson, 2015) descobriu que em Nova York, quando quase todos os custos externos são computados e somados, o custo real por preso é de US $ 208.000 por ano. Ressalte-se que esse número é defasado e, portanto, não corresponde à realidade, considerando-se que os entrevistados não conseguiram identificar todo o custo dos planos de saúde e condenações legais (a exemplo de indenizações pagas pelo Estado às famílias dos presos, que, porventura, tiveram direitos violados) dos carcereiros aposentados, que também estão fora do orçamento da cadeia.

Conhecer o preço real da cadeia é fundamental para a reforma. Sem ter uma compreensão dos custos, os formuladores de políticas públicas não conhecerão todo o escopo dos potenciais aumentos ou diminuições dos orçamentos dos presídios, à medida que as populações carcerárias crescem ou diminuem. Esses valores são frequentemente comparados com o custo do estudo por ano de um jovem enviado para estudar numa universidade tão boa quanto Harvard, Yale ou qualquer outra do mesmo nível. Essa comparação permite uma melhor visualização do valor real do custo de cada preso e do sistema correcional aplicado ao cotidiano das pessoas. Os valores apontados representam apenas os gastos em si, eles não representam o quão bem planejado e eficaz é o gasto ou a qualidade do sistema prisional e os serviços oferecidos aos presos. Há também variações regionais no custo de vida a serem consideradas. Assim, não faria sentido para Nova York aspirar reduzir seu custo ao nível do Kentucky. Embora haja espaço para fazer cortes nas despesas correcionais, é imprescindível que seja feito de forma segura, com sabedoria e prudência, quanto à prestação de serviços decentes para os presos e salários aceitáveis para os funcionários da estrutura correcional. Por exemplo, não seria aceitável reduzir os custos, aumentando a lotação de presos nos presídios. Não é só nos Estados Unidos que a questão do aumento do custo de instituições correcionais é debatido e criticado. No país vizinho, o Canadá, houve críticas de que não há evidência alguma que justifique os exageradamente dispendiosos projetos de dimensões faraônicas de construção de presídios pelo Governo. Houve também uma chamada para todos os Canadenses para conhecer todos os custos associados aos megapresídios. Segundo a imprensa (National Post, 2011) o custo do sistema penitenciário federal do Canadá subiu 86% desde 2006, o que representa um comprometimento no orçamento de mais de um bilhão de Dólares Canadenses por ano. Alguns chamam essa abordagem de modelo americano ultrapassado e concordam em dizer que essa política pública representa um grande custo para os contribuintes. Muitos, no Canadá, nos Estados

Unidos e em outros países afirmam que para combater o crime, é muito melhor financiar iniciativas de prevenção ao crime; apoiar a aplicação da lei na linha de frente; introduzir programas sociais destinados à juventude; oferecer programas de reabilitação no interior das prisões; proporcionar emprego e formação; do que construir prisões cada vez maiores (Vuong et alii, 2010). Os presídios devem ser reservados para criminosos que cometem crimes de maior potencial ofensivo contra a organização da vida em sociedade, como líderes de gangues, traficantes de drogas e de pessoas, exploradores sexuais e seus recrutadores. Naturalmente, nesses casos o delinquente deverá ser punido com o banimento de sua presença na sociedade, para garantir a existência de comunidades seguras (Bagaric et alii, 2016).

16. A crise econômica e seu impacto sobre o sistema correcional

Um poderoso argumento utilizado para diminuir o número de novos projetos de construção de penitenciárias e reduzir a população carcerária tem sido a crise econômica e as arrecadações em queda em vários níveis da administração pública e em suas diferentes esferas, desde 2008. Problemas no orçamento e déficit econômico certamente levam os políticos a reconsiderar suas prioridades (Henrichson, 2012). Aliás, esse fato tem sido temperado por fortes interesses financeiros e políticos em manter prisões abertas e cheias, por exemplo, para fornecer receita, gerando emprego nas zonas economicamente deprimidas ou desafiadoras de um Estado, muitas vezes, as prisões foram construídas para remediar um cenário econômico de pobreza extrema (Mulch, 2009). Muitos dos Estados que sediam as prisões não produzem gêneros alimentícios, não possuem indústrias, não têm fonte de renda e para resolver o problema dos seus orçamentos muitos presídios são criados nesses lugares como única alternativa econômica para Estados e regiões com esse perfil (Dolovich, 2005). É de interesse das empresas privadas, que são concessionárias ou permissionárias da gestão dos presídios nos Estados Unidos, constituir um *lobbying* influente contra qualquer medida que vise suavizar as leis, introduzir penas alternativas, reduzir as penas privativas de liberdade e diminuir a construção de presídios, a fim de continuar a garantir grandes lucros para elas mesmas (Fulcher, 2011). Com essa premissa introjetada em sua agenda política, por vezes, o governo de: um Estado, uma cidade ou um condado assume uma obrigação contratual com uma empresa privada para construção de um presídio com capital privado. Em troca da construção do presídio às expensas da empresa privada (o que às vezes também é facilitado pela doação de terrenos ou oferta de subsídios fiscais), a entidade governamental compromete-se a manter elevados "níveis de ocupação" na prisão, mantendo-a cheia ou pelo menos garantindo

determinado nível mínimo de ocupação, ou quando a ocupação não é viabilizada o Poder Público obriga-se a pagar uma multa à empresa privada que construiu e administra o presídio.

Há 10 anos, havia apenas 5 prisões privadas com 2.000 prisioneiros. Agora, existem mais de 100 prisões privadas, com 62 mil prisioneiros. Há uma previsão de que, na próxima década, esse número chegue a 360 mil presidiários. Há também acusações de que, uma vez que grandes prisões foram construídas, houve uma tremenda pressão para mantê-las cheias, condenando cada vez mais pessoas, especialmente os criminosos de baixo potencial ofensivo, a penas de reclusão e mais pressão ainda para aumentar a rigorosidade e duração das condenações.

As indústrias que funcionam dentro dos presídios foram identificadas como um outro elemento que reforça a agenda política patrocinada pelo *lobbying* da iniciativa privada de ter prisões funcionando com sua lotação máxima ou próxima a isso. Esse interesse do capital privado pode ser entendido quando é revelado o uso da mão de obra carcerária com o pagamento de salários inferiores aos praticados no mercado como mais uma forma de explorar o sistema, que deve obrigatoriamente cumprir determinação legal de oferecer atividade laboral aos presidiários (Fulcher, 2011). Os presos trabalham em turnos completos (manhã, tarde e noite) e como contrapartida recebem um salário ínfimo para que o grande lucro da produção de bens destinados a várias indústrias seja dividido apenas entre o Estado e as empresas (Kirklin, 2011). As prisões privadas provaram ser bastante lucrativas, muitas vezes em detrimento da segurança, do bem-estar, da saúde, dos cuidados e da alimentação dos presos. No ano passado, uma das maiores empresas de capital privado concessionária do sistema correcional, a Corrections Corporation of America (CCA), registrou lucro líquido de US $ 156.800.000 (Kincade, 2017). Dada a grande presença de afro-americanos no sistema prisional dos Estados Unidos, alguns têm descrito as indústrias de prisão como uma continuação "legalizada" da escravidão (Pelaez, 2013), destacando que hoje existem mais homens afro-americanos na prisão para trabalhar por um salário ínfimo do que escravos na época da Guerra Civil no século XIX (Cohen, 1997). Assim, medidas como parar a construção de prisões, fechar prisões ou reduzir a população carcerária fazem parte de uma política pública que ao ser executada entra em conflito com interesses econômicos privados poderosos. A decisão política de repensar o sistema de punição nos EUA deve ser considerada, mesmo que haja déficit nos PIBs estaduais. Explorar economicamente o sistema penitenciário não deve ser a razão ou motivo mister para o funcionamento do sistema punitivo do Direito Penal, que produz interferência e repercussão expressivas na sociedade.

17. Decisões judiciais para limitar a aplicação da pena de prisão perpétua e a superpopulação carcerária

No que se refere à condenação em pena de prisão perpétua, houve algumas vitórias limitadas nos tribunais. Em 2012, a Suprema Corte dos EUA decidiu no caso Miller vs. Alabama [No. 10-9646; 567 US 460 (2012)] que nos casos de menores infratores (Miller tinha 14 anos quando foi condenado por homicídio), a imputação de pena de prisão perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional (progressão no regime) imposta automaticamente e sem consideração individualizada da história de vida do réu: as circunstâncias de sua infância, o ambiente em que viveu, a estrutura familiar que teve; viola as garantias constitucionais que versam sobre punição cruel e incomum, causando estranheza ao cotidiano do Direito Penal (Freeman, 2013). Nesses casos, portanto, a imposição da prisão perpétua é inconstitucional por ser desproporcional. Ainda é possível impor a pena de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional a criminosos homicidas jovens em certas circunstâncias, por exemplo, se a juventude está "irremediavelmente depravada" ou "irreparavelmente danificada". A Suprema Corte Americana recusou-se a decidir o parâmetro da idade mínima para a possibilidade de aplicação da prisão perpétua, por exemplo determinando que, para um jovem criminoso com menos de 15 anos de idade, a aplicação da prisão perpétua seria inconstitucional, sob qualquer circunstância. Portanto, essa questão ainda permanece em aberto.

Os tribunais nos Estados Unidos foram levados a considerar as condições das instalações, estrutura física e a superlotação das prisões, por causa de motins e rebeliões de magnitude significativa nas esferas administrativas federal e estadual. Antes de 1970, os tribunais não intervieram nessas disputas. No entanto, após os trágicos motins na prisão de Attica, no Estado de Nova York, em 1971, nos quais os presos reivindicaram melhores condições de vida e direitos políticos, deixando como saldo 44 mortos, incluindo 10 agentes penitenciários e outros funcionários do presídio, os juízes se tornaram mais receptivos ao argumento da punição excessivamente cruel e incomum infligida aos internos por causa das condições da estrutura física, instalações e superlotação do presídio, conferindo aos presos tratamento sub-humano. Consequentemente, milhares de petições foram apresentadas nos tribunais federais. Em 1982, 31 Estados receberam ordem expressa dos tribunais para remediar a superlotação nos presídios e outros 9 Estados estavam sendo julgados pelos tribunais pelas mesmas demandas jurídicas. Geralmente, os tribunais consideram a superlotação como uma condição inconstitucional que tem impactos físico e emocional negativos sobre os reclusos. No entanto, essas

decisões de diferentes tribunais não criaram Precedente Jurídico, não surgiram padrões claramente definidos sobre as condições da prisão, por exemplo, quanto ao espaço que deve ser fornecido para cada recluso. Os requisitos quanto ao espaço variaram de 48 a 75 pés quadrados (de 4.46 a 6.96 m²) para cada recluso. Os tribunais sustentam que as condições de encarceramento não podem ser consideradas exclusivamente pelo critério espaço físico, mas devem ser avaliadas levando-se em consideração muitas variáveis diferentes, como tempo para recreação, instalações recreativas, período do cumprimento de pena e quantas horas por dia os presos estão reclusos em suas celas (Finn, 1983; Rudovsky, 1985).

Em geral, os tribunais estaduais têm sido hostis a este tipo de demanda que diz respeito à administração das prisões. Já os tribunais federais têm sido mais receptivos em considerar os casos e fornecer algum remédio. A Suprema Corte, em dois casos, Bell vs. Wolfish (1979) e Rhodes v. Chapman (1981), admoestou os tribunais inferiores, criando jurisprudência clara e contundente sobre a temática, como bem sintetizou um juiz distrital replicando o entendimento da Suprema Corte em relação a um caso, de sua competência, que fôra fortemente litigado entre as partes e perdurou de 1978 a 1996, que: "as operações e o gerenciamento de um centro de detenção geralmente são melhor deixados para os funcionários da prisão e para as legislaturas estaduais, a menos que esses entes não tenham cumprido seus deveres de maneira adequada" (Inmates of Allegheny County Jail v. Wecht, 1983).

Um caso sobre a questão da superlotação que desencadeou um longo litígio foi o do estado da Califórnia, acusado de extrema superlotação e de não cumprir as ordens dos tribunais federais para remediar a situação. A Suprema Corte dos EUA em 2011, no caso Brown vs. Plata (No. 09-1233), ratificou uma ordem judicial, de 2009, emitida por um tribunal federal, num julgamento de turma composta por três desembargadores federais, exigindo que as autoridades estaduais da California reduzissem a população carcerária de 110.000, o que representava 137,5% da capacidade do sistema. Havia mais de 160 mil novos presos no sistema carcerário nos últimos anos. A superlotação tem sido especialmente cruel para os presos que possuem enfermidades graves; doenças em estágios terminais; pessoas com problemas de saúde mental; essa população carcerária especial muitas vezes fica confinada em celas tão pequenas que foram descritas como "cabines telefônicas com lavabo". Por mais de 10 anos, o Estado da Califórnia tem sido acusado numa ação processual, que versa sobre as consequências da superlotação abusiva de suas prisões (Vitiello, 2015). O estado da Califórnia admitiu, logo de início, que esta superlotação constitui um castigo cruel e incomum, sobre o prisma da Oitava Emenda

Constitucional, para presos com problemas graves de saúde mental. Por causa disso, a Califórnia tem permanecido sob várias formas de supervisão judicial, devido, especialmente, à sua incapacidade de corrigir as violações constitucionais. O julgamento datado de 2011 foi a última tentativa dos tribunais para fazer com que a Califórnia entrasse em conformidade com a Constituição.

A Suprema Corte Americana afirmou que a superlotação das prisões na Califórnia, causada principalmente pela imputação de penas muito duras, tais como mínimos obrigatórios e a Lei de "Três erros e você está fora", violam as garantias constitucionais que resguardam os direitos da pessoa. Com essa decisão, a Corte condenou o estado da Califórnia a libertar cerca de 40.000 prisioneiros. Mas, na realidade, mesmo depois desses veredictos, a ação tem sido lenta, e funcionários do Estado continuam a lutar em tribunais contra a redução das populações carcerárias. O governador da Califórnia, Jerry Brown, foi acusado de ignorar as ordens dos tribunais, promovendo atrasos intencionais, e não mostrou desejo de cumprir as ordens judiciais. Outro fator que deve ser levado em consideração é o sindicato que representa os agentes penitenciários da Califórnia: o California Correctional Peace Officers Association. Este sindicato, por um lado, resiste a qualquer corte no número de instituições prisionais e presos e a quaisquer reformas, que diminuam a população carcerária (por exemplo, a aplicação de medida alternativa, concentrando-se na restituição do bem furtado em vez do encarceramento do autor do crime) e, por outro lado, negocia agressivamente salários e benefícios para seus membros a ponto de a Califórnia ter atualmente o maior custo anual por detento (US $ 75.000) no país e um orçamento anual destinado às prisões estaduais cada vez maior, ainda que o número de reclusos esteja diminuindo gradativamente por causa das decisões dos Tribunais Federais recepcionadas e analisadas pela Suprema Corte Americana, tema já abordado no parágrafo anterior (Henrichson, 2018).

18. Isolamento de presos

O viés de punição cruel e fora da praxe jurídica cotidiana é nitidamente identificado quando se trata de "isolamento" dos presos.

Recentemente, o uso da ferramenta corretiva da moradia restritiva (também conhecida como confinamento solitário ou segregação) em prisões dos EUA tem sido objeto de maior escrutínio por parte de pesquisadores; advogados; defensores públicos e defensores dos Direitos Humanos; formuladores de políticas públicas; mídia e agências governamentais, responsáveis por pessoas encarceradas. Originalmente, planejada para ser aplicada às pessoas que

cometeram atos de violência dentro de cadeias e prisões, a moradia restritiva tornou-se uma ferramenta de empregabilidade comum para: responder a todos os níveis e tipos de violações de regras do Regulamento Interno dos presídios Americanos, desde violações menores a violações sérias; gerenciar populações desafiadoras; tem sido empregada também como ferramenta eficaz na oferta de habitação para pessoas consideradas vulneráveis, especialmente aqueles diagnosticados algum tipo com doença mental, com a justificativa de proteção pessoal desse presidiário com necessidades especiais (Sullivan et alii, 2018).

Um relatório de 2016 da Associação de Administradores Correcionais Estaduais (ASCA) e do Programa Arthur Liman da Yale Law School, (ASCA, 2016), baseado nas respostas às pesquisas feitas em 48 jurisdições diferentes (o Federal Bureau of Prisons, 45 Estados, o Distrito de Columbia e as Ilhas Virgens) – que detinham cerca de 96% do total de presos do país, condenados por um crime, descobriu que 67.442 prisioneiros foram detidos, no outono de 2015, em celas de prisão por 22 horas ou mais e por 15 dias contínuos ou mais. O total de 67.442 prisioneiros exclui: os detentos mantidos nas instituições provisionais, que abrigam centenas de milhares de pessoas, enquanto esperam os seus julgamentos; os jovens infratores nas instalações juvenis do país; os presos nas instalações militares e os imigrantes ilegais nas instalações das instituições e agências do governo federal responsáveis pelo controle de imigração.

Os percentuais de presos em celas restritas (mais próximo do conceito de solitárias, no Brasil) nas prisões federais e estaduais variaram de menos de 1% a mais de 28%. Em todas as jurisdições, a percentagem média da população prisional mantida em regime de isolamento, em solitárias, era de 5,1%.

Outra pergunta feita pela pesquisa em comento foi: por quanto tempo os prisioneiros permanecem isolados? Quarenta e uma jurisdições forneceram informações sobre o tempo de permanência em isolamento para um total de mais de 54.000 presos. Aproximadamente 15.725 presos (29%) estavam em moradia restrita entre 1 e 3 meses; no outro extremo do espectro, quase 6.000 pessoas (11%) em 31 jurisdições estiveram em moradias restritas por três anos ou mais (ASCA, 2016).

Deve-se notar que o relatório também documenta os esforços, em todo o país, para reduzir o número de presos em moradias restritas (confinados em solitárias) e reformular as condições em que os presidiários em isolamento são submetidos para melhorar a segurança dos próprios presidiários, funcionários do presídio e comunidades em geral (vide Sullivan et alii, 2017).

De acordo com um estudo realizado por Kim, Pendergrass e Zelon (2012), todos os dias, cerca de 4.500 prisioneiros no Estado de Nova Iorque estão confinados em isolamento extremo, sem qualquer interação humana significativa ou estimulação cerebral, involucrados em pequenas células estéreis, onde vivem 23 horas por dia. As refeições são entregues por meio de uma fenda na porta da cela, o que não permite sequer que o preso estabeleça algum tipo de contato visual, muito menos qualquer tipo de interação humana, como uma conversa. A "recreação" não oferece nenhuma válvula de escape ou nenhum alívio, tendo em vista que ela é constituída por apenas uma hora, sozinho, numa jaula vazia colocada no pátio do presídio, totalmente fechada no alto por paredes de betão ou barras de metal pesado, não sendo maior do que a própria solitária. Não há atividades educacionais, físicas, braçais, oficinas laborais (para aprender um ofício), programas ou aulas para quebrar a monotonia de cada dia e oferecer uma ocupação aos presos nesse confinamento de isolamento. Telefonemas não são permitidos. Pouquíssimos pertences pessoais são permitidos. Esses prisioneiros estão definhando nesse tipo de confinamento durante dias, semanas, meses e até anos a fio. Perversamente, o estado de Nova Iorque usa também um segundo modelo de confinamento solitário em metade dos casos de isolamento, principalmente porque o uso cada vez maior de segregação e isolamento implica a falta de celas individuais de isolamento em número suficiente para atender à demanda crescente. O isolamento de Nova Iorque funciona assim: dois detentos são trancados 23 horas por dia juntos na mesma cela por dias, semanas e meses. É o chamado "double celling". A possibilidade de existência de conflito, agressão, em alguns casos até homicídios, exploração e violência sexual etc. é muito elevada, dadas as circunstâncias do confinamento. Privacidade de qualquer tipo é, obviamente, totalmente fora de cogitação. Forçar dois estranhos a conviver numa intimidade e proximidade extremadas é certamente parte de um tratamento cruel. O impacto dessa situação sobre a saúde física, mental e emocional dos internos é extremamente negativo e pode levar ao desencadeamento de vários tipos de doenças psicológicas, como a depressão profunda, que pode culminar numa morte prematura e no suicídio. Esse tipo de confinamento transmite uma mensagem muito negativa a respeito do conceito que o sistema prisional tem sobre a mínima valorização e proteção da dignidade humana. É degradante para todos, inclusive para o pessoal que trabalha nessas condições desumanas. O confinamento solitário está sendo cada vez mais reconhecido nos Estados Unidos como uma violação aos Direitos Humanos, todavia continua sendo um pilar da gestão administrativa, exercendo o seu controle disciplinar nos presídios dos EUA. Isso porque muitos formuladores de políticas públicas, funcionários de correições e membros do

público em geral, ainda aceitam equívocos comuns incluindo o de que a solitária é usada apenas como último recurso para os presos mais violentos (Shames et alii, 2015).

O estado de Nova Iorque não é o único que usa amplamente o isolamento em milhares de casos. Um estudo de práticas restritivas em 40 Estados dos Estados Unidos feito pelo Instituto Vera de Justiça (Sullivan et alii, 2018) descobriu que ofensas não violentas de baixo nível estão entre as infrações disciplinares mais comuns para resultar em sanções disciplinares de segregação e que pessoas com necessidades especiais, por exemplo, algum problema de saúde mental, homens jovens e pessoas de cor são mais propensas a serem mantidas em moradias restritivas (encarceramento isolado). Um estudo anterior do Instituto Vera (Shames et alii, 2015) descobriu que o confinamento solitário cresceu substancialmente nos últimos anos, em até 42%, entre 1995 e 2005. O estudo estimou que em um dia qualquer do ano entre 80.000 a 100.000 internados em prisões estaduais e federais sejam trancados no "buraco", nome que esta punição recebe no jargão dos presídios. No entanto, as evidências revelam que a prática do isolamento produz muitos resultados indesejados e prejudiciais – para a saúde física e mental dos que estão sob essas condições; para a segurança pública das comunidades para as quais a maioria retornará quando do término de suas penas, e por fim para os orçamentos das jurisdições que dependem do uso dessa medida disciplinar como meio de manter suas instalações seguras (Conley, 2013).

O sistema penitenciário federal e todos os estaduais adotam a medida administrativa do encarceramento solitário com frequência cada vez maior (Slobogin, 2015). As chamadas prisões "Supermax" (prisões de segurança supermáxima) são notórias por utilizarem este padrão de tratamento com consequências destrutivas na vida dos presos submetidos a ele (Rhodes, 2004; Gibbons and Katzenbach, 2006). Mais alarmante ainda é saber das denúncias feitas por alguns presos, que dizem realmente não pertencerem às instituições "Supermax", mas acabam sendo enviados para esse tipo de prisão, de qualquer maneira, apenas com o objetivo de manter essas prisões de segurança supermáxima cheias e justificar a sua existência e seus gastos exorbitantes (Isaacs e Lowen, 2008). Em contrário senso, o Instituto Vera (Sullivan et alii, 2018) recomenda que as cadeias e prisões usem a habitação de isolamento apenas como último recurso, como resposta ao comportamento mais seriamente recriminável e ameaçador, pelo menor tempo possível e com condições menos restritivas possíveis. O movimento para reduzir o uso do confinamento solitário está crescendo. Mais de 1/4 de todos os estados – abrangendo divisões políticas e

geográficas – estão agora trabalhando para reduzir o uso do confinamento solitário (Sullivan and Crowley, 2017).

19. A vida dos prisioneiros idosos dentro da prisão

O alto custo e os escassos benefícios do encarceramento são muito mais visíveis e óbvios quando se trata de idosos na prisão. Com o número crescente de pessoas condenadas a longas penas de reclusão em regime fechado ou à prisão perpétua, percebe-se o aumento da população carcerária de idosos no decorrer do tempo (ACLU, 2012; Conyers, 2013). É importante observar que, na esfera federal, as Diretrizes da Condenação Federal não consideram a idade como uma variável relevante a ser considerada na sentença condenatória, elas são "neutras" ou indiferentes quanto à idade do réu (James, 1991). O Ordenamento Jurídico Penal e Processual Penal por meio do seu sistema de penitenciário federal sentencia idosos a penas de reclusão maiores do que suas expectativas de vida. Pode-se argumentar que: supondo-se que os indivíduos que se aproximam do fim de sua existência sentem a urgência de fazer algumas coisas importantes pendentes, os idosos pagam um preço mais alto por cada ano de prisão do que os presos mais jovens (Long, 1997). De forma dissonante, as diretrizes utilizadas na Justiça Estadual Criminal Comum permitem que a idade seja considerada como uma circunstância atenuante da pena, quando da fixação desta. No entanto, nenhuma orientação precisa e vinculante é fornecida. Assim, os idosos são submetidos a uma sentença mais arbitrária e aleatória (James, 1991). A abolição da liberdade condicional na esfera federal, o que ocorreu também em alguns estados contribuiu para o aumento constante da população idosa nas prisões (Sentencing Reform Act, 1984). Há uma estimativa de que em 2030, 33% da população carcerária dos Estados Unidos terá mais de 65 anos de idade. Isso irá elevar a mais de 400 mil o número de presos idosos, o equivalente a mais de um terço do total da população carcerária do país (ACLU, 2012). Como referência comparativa sabe-se que, em 1981, havia menos de 9.000 prisioneiros idosos nas instituições de execução penal estaduais e federais. Os idosos são os presos mais custosos para o Estado em razão do declínio da saúde física e mental, do aparecimento de doenças (agudas ou terminais) frequentes e típicas na população dessa faixa etária. Para fornecer uma comparação, em 1988 todo o sistema correcional nos EUA custou algo em torno de 11 bilhões de dólares americanos. Hoje, 16 bilhões de dólares americanos são gastos apenas para custear despesas da população carcerária idosa (Crime Report Staff, 2018).

Calcula-se que o custo médio por ano para abrigar um preso é de U$ 34.135, mas para um prisioneiro com mais de 50 anos, esse custo sobe para até

U$ 68.270 por ano. Não há dúvida de que o aumento da população idosa na prisão se deve não tanto ao aprisionamento de pessoas mais velhas que cometem crimes, mas sim a sentenças com maior duração temporal e maior grau de severidade. Mais uma vez estabelecendo-se uma comparação, foi calculado que, em 1979, apenas 2% dos reclusos com idade mais avançada já estavam presos por 20 anos ou mais. Atualmente, esta percentagem pode variar entre 15% em Mississipi (registrando o percentual mais baixo) e 25% em Ohio (registrando o percentual mais alto). A ironia é que todas as pesquisas constatam que os presos mais velhos são os menos propensos a cometer novos crimes. O percentual de reincidência criminosa e retorno para a prisão dentre população carcerária idosa é entre 5% a 10%. No entanto, paradoxalmente, de acordo com um estudo do Vera Institute of Justice (Chiu, 2010), a maioria dos estados que dispõem de dispositivos e instrumentos legais que permitem a libertação de presos idosos não os usam, independentemente do baixo risco que a liberdade dessa população idosa representa e da inegável economia aos cofres públicos, especialmente no tocante aos custos relacionados à saúde (Vito and Wilson, 1985). Pelo contrário, a Itália e a Espanha estabelecem um limite máximo de idade para a prisão. O artigo 92 do Código de Processo Penal Espanhol estabelece que os presos com mais de 70 anos, os que completarem 70 anos enquanto cumprirem sua sentença ou aqueles que sofrem de uma doença incurável podem participar da liberdade condicional. Na Itália, os condenados com mais de 75 anos ou aqueles com mais de 60 anos cuja sentença não exceda quatro anos de detenção, costumam ter suas penas privativas de liberdade substituídas por: a suspensão condicional da pena (o SURSIS) penas de multa; penas restritivas de direito, como a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; ou pelo menos recebem o benefício da prisão domiciliar, de acordo as possibilidades oferecidas pelo Ordenamento Jurídico Penal Italiano. Na Grã-Bretanha, é possível citar "razões humanitárias" que podem levar à libertação de um prisioneiro, o que deverá ser decidido pelo Ministro do Interior.

Conclusão

Nos Estados Unidos, uma vez que alguém seja condenado à prisão perpétua, mesmo que a condenação admita a possibilidade de liberdade condicional, é muito improvável que esse alguém um dia seja posto em liberdade. As sentenças severas que aprisionam milhões de pessoas por longos períodos de tempo e até mesmo pela vida inteira, que são aplicadas mesmo quando o preso é idoso, com problemas de saúde física ou mental, são corriqueiras no sistema de Justiça Criminal dos Estados Unidos. O sistema correcional tão severo do Direito Penal norte-americano foi estabelecido e coroado como imprescindível

para controlar o aumento da criminalidade; proporcionar segurança pública, especialmente em áreas urbanas; e garantir a máxima longevidade nos cargos públicos de membro do Poder Executivo e funcionários da Administração Pública (que nos EUA também fazem parte dos cargos eletivos), cuja vitória na eleição ou reeleição depende muito do desempenho de suas atuações duras contra o crime. Almejando-se a manutenção de seus cargos públicos eletivos, esses membros da Administração Pública buscam satisfazer seus eleitores mantendo um discurso especialmente duro com relação aos condenados, independentemente de critérios de avaliação individual, como idade (jovens ou idosos para a consideração de atenuantes da pena); do crime cometido por cada um deles; da ponderação do potencial ofensivo do crime para a condenação a diferentes penas privativas de liberdade, tais como: prisão simples, detenção ou reclusão, a depender do tipo de crime e da violência empregada ou não para cometê-lo; todos os infratores são indistintamente condenados a uma longa passagem pela prisão. Essa ortodoxia política e cultural, fortemente guardada e executada por vários grupos interessados no sistema, continua firme, forte e inflexível, independentemente da sapiência do fato de que há um grande número de razões e fatores abordados neste trabalho que demonstram claramente que essa política não é correta, eficaz e humana para insistir nesse caminho. O clamor da sociedade civil por vingança, retaliação e seu desejo de utilizar o Direito Penal e suas sanções para provar que a sua causa específica é digna de atenção e que o comportamento do criminoso é digno de rejeição e desaprovação social, reforça a aplicabilidade dessas duras políticas e medidas punitivas, caras e comprovadamente ineficientes, como já apontado neste trabalho. Todos os ativistas sociais que apoiam uma causa que envolve um comportamento criminoso querem que o Estado intervenha e os apoie, declarando o comportamento como crime prescrito em lei com severas sanções penais. Quanto mais rigorosa é a sentença, mais se sentem justificados e apoiados.

Fatores como os níveis educacional e socioeconômico, etnia, cor da pele, nacionalidade do réu, entre outras considerações, também influenciam e impactam a avaliação do magistrado sobre culpabilidade e imputabilidade do réu e a imposição de penas mais leves ou mais severas. Réus pertencentes a famílias de níveis socioeconômicos mais baixos, minorias em geral, tais como: religiosas, raciais e étnicas; muitas vezes criados numa família desestruturada e com educação deficiente, são, na maioria das vezes, condenados mais frequentemente e as penas aplicadas tendem a ser mais rigorosas do que os réus poderosos, pertencentes a famílias de classe econômica alta, bem conectados politicamente, em síntese: pessoas de uma "boa família", segundo o conceito da social.

Fortes interesses: na exploração da atividade econômica, gerada pela estrutura do sistema prisional, há de se ressaltar que o sistema correcional norte-americano é quase todo privatizado ou explorado por empresas privadas por meio de concessão ou permissão da Administração Pública; na criação e manutenção de altas taxas de encarceramento para a exploração da mão de obra dos presidiários (tenha em mente que o salário pago aos egressos é muito inferior ao estabelecido pelo mercado de trabalho), especialmente em se tratando de instituições prisionais privadas; corroboram com a perpetuação de uma conceituação jurídico-legislativa sobre o crime completamente contaminada e dominada por leis extremamente rigorosas, ainda que as transgressões sejam de menor potencial ofensivo, praticadas sem o uso de violência ou grave ameaça, e ainda que o impacto do ato criminoso sobre a vítima e a sociedade em geral seja mitigado por apólices de seguro entre outros remédios possíveis. Há uma necessidade premente de trazer para a discussão jurídico-doutrinária, legislativa e social, políticas públicas com abordagens concretas, bem fundamentadas e inovadoras, com base em toda essa experiência empírica vivenciada, ao longo de anos, nesse sistema penal inexorável, para consideração e adoção de sistema inovador e que realmente se proponha a sanar ou pelo menos atenuar os principais defeitos do sistema em vigor (Bohossian, 2012). É flagrante e inegável que o sistema sobre o qual se assenta o Direito Penal norte-americano atual não funciona, posto que esse sistema é: caro, cruel, abusivo (muitas vezes representa a violência institucionalizada ou, se preferir, legalizada, posto que é aferida pelo Estado), ineficiente, exploração e violações óbvias da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Os excessos e injustiças mais patentes do sistema podem ser minimizados e, eventualmente, eliminados apenas quando: a paixão, os preconceitos, os estereótipos e o racismo são controlados e um posicionamento jurídico-filosófico verdadeiramente: racional, pragmático, positivo e proativo é adotado. Por exemplo, um caminho para mudanças radicais, que possivelmente levaria ao fechamento de 95% das prisões dos EUA, prevê a expansão do uso da tecnologia moderna para controlar os presos, especialmente os que são privados de sua liberdade total de movimento, evitando os horrores da institucionalização da solitária. São exemplos positivos do uso da tecnologia para melhorar o sistema penitenciário: primeiro, os presos seriam obrigados a usar tornozeleiras eletrônicas que determinassem sua localização geográfica e garantissem que não se afastariam do espaço aos quais estariam delimitados; segundo, os prisioneiros teriam de usar sensores para que atividades ilícitas ou suspeitas pudessem ser monitoradas de maneira remota por computadores; terceiro, impulsos elétricos acionados a distância poderiam ser utilizados para dissuadir presos que tentem escapar de suas áreas de confinamento ou cometer outros crimes. Os robôs também podem ser usados,

em casos mais arriscados, para monitorar o cumprimento dos termos da sentença por parte do preso; os robôs também podem intervir, quando necessário, para impedir tentativa de fuga ou violação das condicionantes presentes nas sentenças dos regimes aberto e semiaberto, prisão domiciliar, *Sursis,* livramento condicional, entre outros benefícios que requeiram monitoramento; e também se comunicar em tempo real com as autoridades, alertando-as sobre má conduta e outras violações (Bagaric et alii, 2018). Essa abordagem, racional e sem estereótipos, favorece: a reabilitação, a reintegração, a capacitação profissional e o amparo a curto e longo prazo necessitados pelo preso. Outro aspecto positivo é a possibilidade de envolvimento da família e da comunidade nessa empreitada (Catholic Bishops, 2010).

Gastos excessivos no sistema de punição estruturado em torno da força policial, de prisões e de segurança, contrapõem-se a gastos mínimos empregados: na prevenção, no tratamento das principais causas de criminalidade e o investimento nas comunidades em todos os aspectos necessários. O emprego dos recursos públicos em um modelo ultrapassado de combate ao crime não produziu melhoria para a sociedade a longo prazo e ainda criou custos realmente estratosféricos para os Estados (Justice Policy, 2010). Com isso, aumentam-se os gastos do Poder Público, ao mesmo passo que diminuem, por exemplo, os investimentos na justiça juvenil e o amparo à comunidade. Essa forma de orientar o eixo das políticas públicas é exatamente o contrário daquilo que é necessário para produzir um impacto positivo sobre a segurança pública com a diminuição substancial da população carcerária nos Estados Unidos.

Infelizmente, considerações políticas e financeiras adotadas pela maior parte dos ocupantes de cargos eletivos, a despeito dos membros do Poder Legislativo, dos membros do Poder Judiciário e funcionários da Administração Pública em geral – incluam-se também os próprios interesses do sistema de justiça criminal em si mesmo –, tornam a escolha pelo caminho mais promissor, razoável e humanitário, quase impossível nos Estados Unidos de hoje.

Referências

L. Aaron and D.H. Dallaire, Parental Incarceration and Multiple Risk Experiences: Effects on Family Dynamics and Children's Delinquency, *J. Youth Adolesc.* 39 (12) Dec. 2010:1471-84

Abramowicz, Sarah, Rethinking Parental Incarceration, *University of Colorado Law Review*, v. 82, Issues 3 and 4 (2011), p. 793-876; 82 U. Colo. L. Rev. 793, 2011.

Agyepong, Tera, Children Left behind Bars: Sullivan, Graham, and Juvenile Life without Parole Sentences, *Northwestern University Journal of International*

Human Rights, v. 9, Issue 1 (Fall 2010), p. 83-102; 9 Nw. U. J. Int'l Hum. Rts. 83, 2010-2011.

American Civil Liberties Union (ACLU), At America's Expense: The Mass Incarceration of the Elderly, June 2012. [https://www.aclu.org/files/assets/elderlyprisonreport_20120613_0.pdf]. Accessed on July 9, 2013.

American Civil Liberties Union (ACLU), 10 Reasons to oppose "3 strikes, you're out", 2018. [https://www.aclu.org/other/10-reasons-oppose-3-strikes-youre-out].

ASCA, Association of State Correctional Administrators (ASCA) and the Arthur Liman Program at Yale University Law School, Aiming to Reduce Time-In-Cell: Reports from Correctional Systems on the Number of Prisoners in Restricted Housing and on the Potential of Policy Changes to Bring About Reforms. New Haven, Connecticut: Yale Law School, 2016.

Appleman, Laura I. Nickel and Dimed into Incarceration: Cash-Register Justice in the Criminal System. *Boston College Law Review*, v. 57, Issue 5, p. 1483--1542, 2016. 57 B.C. L. Rev. 1483 (2016).

Arditti, Joyce A. Criminology & Public Policy, v. 14, Issue 1, p. 169-[ii], February 2015. 14 Criminology & Pub. Pol'y 169 (2015).

Bagaric, Mirko; Gopalan, Sandeep; Florio, Marissa R. Principled Strategy for Addressing the Incarceration Crisis: Redefining Excessive Imprisonment as a Human Rights Abuse [article]. *Cardozo Law Review*, v. 38, Issue 5, p. 1663--1726, June 2017. 38 Cardozo L. Rev. 1663 (2016-2017).

Bagaric, Mirko; Gopalan, Sandeep; Florio, Marissa R. Technological Incarceration and the End of the Prison Crisis. *Journal of Criminal Law and Criminology,* v. 108, Issue 1, p. 73-136, Winter 2018. 108 J. Crim. L. & Criminology 73 (2018).

Baumer, Eric P. Uncertainty about Reduced Severity, Concerns about Increased Certainty, and Alternative Paths to Lower Rates of Crime and Imprisonment. *Criminology and Public Policy*, v. 10, Issue 1, p. 169-178, February 2011. 10 Criminology & Pub. Pol'y 169 (2011).

Kelly Bedard and Eric Helland, The Location of Women's Prison and the Deterrent Effect of 'Harder' Time, 2002; [http://econ.ucsb.edu/~kelly/prison.pdf], accessed on May 3, 2018.

Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520. Bell v. Wolfish. No. 77-1829. Argued January 16, 1979. Decided May 14, 1979. 441 U.S. 520.

Benekos, Peter J., Merlo, Alida V. Three Strikes and You're Out: The Political Sentencing Game. *Federal Probation*, v. 59, Issue 1, p.3-9. March 1995.

Benns, Whitney and Blake Strode, Debtors' Prisons in 21st Century America, The Atlantic, February 23, 2016.

Blumstein, Alfred. Bringing down the U.S. Prison Population Prison Journal, v. 91, Issue 3 Supplement, p. 12S-26S, September 2011. 91 Prison J. 12S (2011).

Bohossian, Peter; Glavin, Megan; Boyer, Jeff. Prisons, Community Partnerships, and Academia: Sustainable Programs and Community Needs. Federal Probation, v. 76, Issue 1 (June 2012), p. 30-34, June 2012. 76 Fed. Probation 30 (2012).

Brooks, Justin, Bahna, Kimberly. It's a Family Affair – The Incarceration of the American Family: Confronting Legal and Social Issues. *University of San Francisco Law Review*, v. 28, Issue 2, p. 271-308, Winter 1994. 28 U.S.F. L. Rev. 271 (1993-1994).

Brown, David. The Limited Benefit of Prison in Controlling Crime, Current Issues in Criminal Justice, v. 22, Issue 1, p. 137-148, July 2010. 22 Current Issues Crim. Just. 137 (2010-2011).

Brown v. Plata, 131 S. Ct. 1910 (2011).

Bushway, Shawn D.; Owens, Emily G. Framing Punishment: Incarceration, Recommended Sentences, and Recidivism, *Journal of Law & Economics*, v. 56, Issue 2 (May 2013), p. 301-332, May 2013. 56 J.L. & Econ. 301 (2013).

California, 1944; Law AB 971 (Ch 12/94, Jones). Em 7 de março de 1994, o governador Wilson assinou a lei AB 971 (Ch 12/94, Jones), conhecida como a medida penal de "tres erros e você está fora". Em novembro, os eleitores reafirmaram a medida aprovando de forma esmagadora a Proposição 184, uma iniciativa essencialmente idêntica ao Capítulo 12. A medida foi a mudança mais significativa para o sistema de justiça criminal estadual em mais de uma geração.

Cammet, Ann. Reflections on the Challenge of Inez Moore: Family Integrity in the Wake of Mass Incarceration, *Fordham Law Review*, v. 85, Issue 6 (May 2017), p. 2579-2588, May 2017. 85 Fordham L. Rev. 2579 (2016-2017).

Catholic Bishops, Challenges for the Criminal Justice Process in the South, 2010; [http://www.catholiclabor.org/church-doc/CBS-1.htm]. Accessed on July 9, 2017.

Erwin Chemerinsky, Cruel and Unusual: the Story of Leandro Andrade, *Drake Law Review*, v. 52 at 4 (2003).

Tina Chiu, It's About Time: Aging Prisoners, Increasing Costs, and Geriatric Release, New York: Vera Institute of Justice, April 2010; [http://www.vera.org/download?file=2...ing-costs-and-geriatric-release.pdf]. Accessed on April 20, 2018.

Clark, John, Austin, James, Henry. D.Alan. Three Strikes and You're Out – Are Repeat Offender Laws Having Their Anticipated Effects. *Judicature*, v. 81, Issue 4, p. 144-149. January-February 1998. 81 Judicature 144 (1997-1998).

Cohen, David. Democracy and the Intersection of Prisons, Racism and Capital. *National Black Law Journal*, v. 15, p. 87-108.

15, 1997-98. Nat'l Black L.J. 87 (1997-1998)

Cohen, Kelly (2017), Record Number of Americans Serving Life Prison Sentences, Washington Examiner, May 3.

Conklin, George E. Family Ties, Depression and Adjustment of Women in Prison in North Carolina, *Sociation* 26 (3): 2.

Conley, Anna. Torture in US Jails and Prisons: An Analysis of Solitary Confinement under International Law, Vienna Online Journal on International Constitutional Law, v. 7, Issue 4, p. 415 (2013). 7 Vienna J. on Int'l Const. L. 415 (2013)

Conyers, John Jr., The Incarceration Explosion. *Yale Law & Policy Reviews*, v. 31, Issue 2, p. 377-378, Spring 2013.

Cox, Jennifer, Frequent Arrests, Harsh Sentencing, and the Disproportionate Impact they Have on African Americans and Their Community, Southern Region Black Students Association Law Journal, 2009 3 S. Region Black Students Ass'n L.J. 17 (2009).

Christianson, Scott, With Liberty for Some: 500 Years of Imprisonment in America, Boston, 1998.

Crime Report Staff, The Rising Cost of Incarcerating the Elderly, May 17, 2018.

Cullen, Francis T.; Jonson, Cheryl Lero; Nagin, Daniel S. Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science; Criminal Justice Reform: Issues and Recommendations for Corrections. Prison Journal, 2011, 91 (3) 485-655.

Dale Cregan: The thrown bottle that led to the murders of policewomen. The Guardian, June 13, 2013

Dieter, Richard C., Sentencing for Life: Americans Embrace Alternatives to the Death Penalty; Death Penalty Information Center, April 1993. [https://deathpenaltyinfo.org/sentencing-life-americans-embrace-alternatives-death-penalty]. Accessed on 19 March 2018.

Dolovich, Sharon, State Punishment and Private Prisons, *Duke Law Journal,* v. 55, Issue 3 (December 2005), p. 437-546, December 2005; 55 Duke L.J. 437 (2005-2006).

Dolovich, Sharon. Foreword: Incarceration American-Style. *Harvard Law & Policy Review*, v. 3, Issue 2, p. 237-260, Summe 2009. 3 Harv. L. & Pol'y Rev. 237 (2009).

Duke, Steven B. Mass Imprisonment, Crime Rates, and the Drug War: A Penological and Humanitarian Disgrace, Connecticut Public Interest Law Journal, v. 9, Issue 1, p. 17-36, Fall-Winter, 2009. 9 Conn. Pub. Int. L.J. 17 (2009-2010).

Erikson, Kai, Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance. Boston MA: Pearson, 2005 (publicado originalmente em 1966).

European Court of Human Rights (2013A) *Del Rio Prada v. Spain*, App. 42750/09, 21 October 2013; ECHR 307 (2013) 21.10.2013; [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112108].

European Court of Human Rights (2012), *Vinter and others v United Kingdom* (application nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10).

European Court of Human Rights (2013B). [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001a122.664].

European Court of Human Rights (2017), *Matiošaitis and Others v. Lithuania*, 22662/13 et al., judgment 23.5.2017 [Section II]. See also *Kafkaris v. Cyprus* [GC], 21906/04, 12 February 2008, Information Note 105; *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], 66069/09 et al., 9 July 2013, Information Note 165; *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, 15018/11 and 61199/12, 8 July 2014, Information Note 176; *Murray v. the Netherlands* [GC], 10511/10, 25 April 2016, Information Note 195; *Hutchinson v. the United Kingdom* [GC], 57592/08, 17 January 2017, Information Note 203.

Fagan, Jeffrey, End Natural Life Sentences for Juveniles Criminology and Public Policy, v. 6, Issue 4 (November 2007), p. 735-746; 6 Criminology & Pub. Pol'y 735 (2007).

Federal Bureau of Prisons, Quick Facts About the Bureau of Prisons. Washington DC, 2013; [http://www.bop.gov/news/quick.jsp].

Feld, Barry C. Unmitigated Punishment: Adolescent Criminal Responsibility and LWOP Sentences. Journal of Law & Family Studies, v. 10, Issue 1, p. 11--82, 2007. 10 J.L. & Fam. Stud. 11 (2007-2008).

Finn, Peter. Judicial Responses to Prison Crowding. Judicature, v. 67, Issue 7, p. 318-325, February 1984. 67 Judicature 318 (1983-1984).

Fireman, Alfred E., Dangerousness at Rationale for Incarceration, Florida Bar Journal, v. 51, Issue 3 (March 1977), p. 173-184, March 1977. 51 Fla. B.J. 173 (1977).

Freeman, Mark. T. Meaningless Opportunities: Graham v. Florida and the Reality of de Facto LWOP Sentences, McGeorge Law Review, v. 44, Issue 4, p. 961-988, 2013. 44 McGeorge L. Rev. 961 (2013).

Friedman, Leonard M.The Dilemmas of Sentencing, Journal of the State Bar of California, v. 44, Issue 3, p. 372-379, May-June 1969. 44 J. St. B. of Cal. 372 (1969).

Fulcher, Patrice. Hustle and Flow: Prison Privatization Fueling the Prison Industrial Complex. Washburn Law Journal, v. 51, Issue 3 (Summer 2012), p. 589-618. 51 Washburn L.J. 589 (2011-2012).

Garland, David. Penalty and the Penal State. Criminology, v. 51, Issue 3, p. 475--518, August 2013. 51 Criminology 475 (2013).

Gibbons, John J. Katzenbach, Nicholas deB. .Confronting Confinement – A Report of the Commission on Safety and Abuse in America's Prisons. Washington University Journal of Law & Policy, v. 22, p. 385-562. 22 Wash. U. J.L. & Pol'y 385 (2006)

Goodwin, Chris. Inside Story: In Memory of Polly/Why Three Strikes Won't Work. The Guardian (London), THE GUARDIAN WEEKEND PAGE; Pg. T22, Fe *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011 (2010).

Gray, James P. Facing Facts on the Death Penalty Loyola of Los Angeles Law Review, v. 44, Special Issue (2011), p. S255-S264. 44 Loy. L. A. L. Rev. S255 (2010-2011).

Haney, Craig. Politicizing Crime and Punishment: Redefining Justice to Fight the War on Prisoners.West Virginia Law Review, v. 114, Issue 2 (Winter 2012), p. 373-414; 114 W. Va. L. Rev. 373 (2011-2012).

Hanks, Sinead. Does Prison Work? International Review of Law, Computers & Technology, v. 22, Issue 1-2 (March-July 2008), p. 95-100. 22 Int'l Rev. L. Computers & Tech. 95 (2008).

Hannaford, Alex, No Exit: Serving Life for Stealing a Sandwich, Texas Observer, October 3, 2016.

Harman, Jennifer J.; Smith, Vernon E.; Egan, Louisa C. The Impact of Incarceration on Intimate Relationships. Criminal Justice and Behavior, v. 34, Issue 6 (June 2007), p. 794-815. 34 Crim. Just. & Behavior 794 (2007).

Harvey, Thomas et alii, Municipal Courts White Paper. Saint Louis, Missouri: ArchCity Defenders, November 2014.

Hirsch, Adam Jay, The Rise of the Penitentiary: Prisons and Punishment in Early America. New Haven and London, 1992.

Hedlin, Simon. Can Prostitution Law Reform Curb Sex Trafficking: Theory and Evidence on Scale, Substitution, and Replacement Effects. University of Michigan Journal of Law Refo*rm*, v. 50, Issue 2 (Winter 2017), p. 329-386. 50 U. Mich. J.L. Reform 329 (2016-2017)

Henrichson, Christian and Ruth Delaney, The Price of Prisons: What Incarceration Costs to Taxpayers. New York: Vera Institute of Justice, 2012.

Henrichson, Christian, What do Local Jails Really Cost?. New York: Vera Institute of Justice, 2015.

Henrichson, Christian, Joshua Rinaldi and Ruth Delaney, The Price of Jails: Measuring the Taxpayer Cost of Local Incarceration. New York: Vera Institute of Justice, 2016.

Hinton, Elizabeth Kai, LeShae Henderson, and Cindy Reed, An Unjust Burden: The Disparate Treatment of Black Americans in the Criminal Justice System. New York: Vera Institute of Justice, May 3, 2018

Huebner, Beth M. The Effect of Incarceration on Marriage and Work over the Life Course, Justice Quarterly, v. 22, Issue 3 (September 2005), p. 281- 303. 22 Just. Q. 281 (2005).

Huebner, Beth M. Racial and Ethnic Differences in the Likelihood of Marriage: The Effect of Incarceration. Justice Quarterly, v. 24, Issue 1 (March 2007), p. 156-[xi]. 24 Just. Q. 156 (2007).

Human Rights Watch, State Distribution of Youth Offenders Serving Juvenile Life Without Parole (JLWOP), 2009.

Hunt, Cecil J. II The Jim Crow Effect: Denial, Dignity, Human Rights, and Racialized Mass Incarceration. Journal of Civil Rights and Economic Development, v. 29, Issue 1 (Fall 2016), p. 15-50. 29 J. C.R. & Econ. Dev. 15 (2016).

Inmates of Allegheny County Jail v. Wecht et alii, United States court of appeals for the third circuit, No. 95-3402; D.C. No. 76-00743. Argued March 22, 1996.

Isaacs, Caroline and Matthew Lowen, Buried Alive: Solitary Confinement in Arizona's Prisons and Jails, AFSC Arizona, May 2008; [http://www.afsc.org/az/documents/buried-alive.pdf]. Accessed on March 9, 2018.

James, Molly Fairchild. The Sentencing of Elderly Criminals. American Criminal Law Review, v. 29, Issue 3 (Spring 1992), p. 1025-1044. 29 Am. Crim. L. Rev. 1025 (1991-1992).

Johnson, Robert; McGunigall-Smith, Sandra. Life without Parole, America's Other Death Penalty: Notes on Life under Sentence of Death by Incarceration. Prison Journal, v. 88, Issue 2 (June 2008), p. 328-347-350. 88 Prison J. 328 (2008)

Justice Policy Institute, Substance Abuse Treatment and Public. [http://www.justicepolicy.org/images/upload/08_01_REP_DrugTx_AC-PS.pdf].

Justice Policy Institute, Department of Justice 2010 Budget Likely to Increase Incarceration in U.S., Washington DC 2010; [http://www.justicepolicy.org/images..._FY2010%20Budget%20Factsheet_PS.pdf]. Accessed on March 24, 2018.

Kearney, Melissa; Benjamin H. Harris; Elisa Jacome; Lucie Parker. Ten Economic Facts About Crime and Incarceration in the USA. Th Hamilton Project, May 2014.

Kilgore, James. Mass Incarceration and Working Class Interests: Which Side Are the Unions on? Labor Studies Journal, v. 37, Issue 4 (December 2012), p. 356-372. 37 Lab. Stud. J. 356 (2012).

Kirklin, Jackson Taylor. Title VII Protections for Inmates: A Model Approach for Safeguarding Civil Rights in America's Prisons. Columbia Law Review, v. 111, Issue 5 (June 2011), p. 1048-1089. 111 Colum. L. Rev. 1048 (June 2011).

Kincade, Brian, The Economics of the American Prison System. Smartasset, 2017. [https://smartasset.com/mortgage/the-economics-of-the-american-prison-system]. Accessed March 29,2018.

Kleinstuber, Ross; Joy, Sandra; Mansley, Elizabeth A. Into the Abyss: The Unintended Consequences of Death Penalty Abolition. University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, v. 19, Issue 3 (2016), p. 185-206. 19 U. Pa. J.L. & Soc. Change 185 (2016)

Knapp, Whitman. The War on Drugs. Federal Sentencing Reporter, v. 29, Issue 4 (April 2017), p. 186-189. 29 Fed. Sent'g Rep. 186 (2016-2017).

Kovandzic, Tomislav V.; Vieraitis, Lynne M. The Effect of County-Level Prison Population Growth on Crime Rates. Criminology and Public Policy, v. 5, Issue 2 (May 2006), p. 213-244. 5 Criminology & Pub. Pol'y 213 (2006).

Kury, Helmut; Ferdinand, Theodore N.; Obergfell-Fuchs, Joachim. Does Severe Punishment Mean Less Criminality? *International Criminal Justice Review*, v. 13, p. 110-148. 13 Int'l Crim. Just. Rev. 110 (2003).

Lacourse, R. David Jr. Three Strikes, You're Out: A Review. Policy Brief, January 1, 1997.

Lerner, Kraig. Life without Parole as a Conflicted Punishment Wake Forest Law Review, v. 48, Issue 5 (2013), p. 1101-1172. 48 Wake Forest L. Rev. 1101 (2013).

Levenson, Eric. 'Willie Horton' and the rise (and fall?) of mass incarceration. May 14, 2015 Boston Globe. [https://www.boston.com/news/local-news/2015/05/14/willie-horton-and-the-rise-and-fall-of-mass-incarceration]. Accessed April 1, 2018.

Levy-Pounds, Nekima. Par for the Course: Exploring the Impacts of Incarceration and Marginalization on Poor Black Men in the U.S. *Journal of Law in Society*, v. 14, Issue 1 (Winter 2013), p. 29-64. 14 J.L. Soc'y 29 (2013).

Little, Joseph. The Law of Sentencing as Public Ceremony University of Florida Law Review, v. 35, Issue 1 (Winter 1983), p. 1-40. 35 U. Fla. L. Rev. 1 (1983).

Lippke, Richard. Crime Reduction and the Length of Prison Sentences. Law & Policy, v. 24, Issue 1 (January 2002), p. 17-36. 24 Law & Pol'y 17 (2002).

Lloyd, Jonathan. Woman Receives Life Prison Sentence for Cutting Off Ex-Husband's Penis. Published at 10:49 AM PDT on Jun 28, 2013 | Updated at 2:23 PM PDT on Jun 28, 2013.

Long, Hannah T.S. The Inequability of Incarceration [article]. Columbia Journal of Law and Social Problems, v. 31, Issues 3-4 (Spring 1998), p. 321-354. 31 Colum. J.L. & Soc. Probs. 321 (1997-1998).

Lusane, Clarence. In Perpetual Motion: The Continuing Significance of Race and America's Drug Crisis. University of Chicago Legal Forum, v. 1994, p. 83-106. 1994 U. Chi. Legal F. 83 (1994).

Lockyear v. Andrade, 536 US 63 (2003).

Looman, Mary D. and John D. Carl, A Country Called Prison: Mass Incarceration and the Making of a Nation. Oxford/New York: Oxford University Press, 2015.

Lynch, Jack. Cruel and Unusual:Prisons and Prison Reform. CW Journal, Summer 2011.

Mauer, Marc. The Intended and Unintended Consequences of Incarceration-Based Sentencing Policies.

The Guardian, Dale Cregan: the thrown bottle that led to the murders of policewomen. June 13, 2013.

Thomas M. Cooley Law Review, v. 16, Issue 1 (1999), p. 47-[xxvi] 16 T. M. Cooley L. Rev. 47 (1999).

Mauer, Marc and Meda Chesney-Lind (editors), Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment. New York: New Press, 2002.

Mauer, Marc. Addressing Racial Disparities in Incarceration *Prison Journal*, v. 91, Issue 3 Supplement (September 2011), p. 87S-101S. 91 Prison J. 87S (2011).

Mulch, Matthew. Crime and Punishment in Private Prisons.

National Lawyers Guild Review, v. 66, Issue 2 (Summer 2009), p. 70-94. 66 Nat'l Law. Guild Rev. 70 (2009).

Nellis, Ashley (2017) Still Life: America's Increasing Use of Life and Long Term Sentences, Sentencing Project, May 3.

Males, Mike and Macallair, Dan. Striking out: The Failure of California's Three Strikes and You're out Law.

Stanford Law & Policy Revie*w*, v. 11, Issue 1 (Winter 1999), p. 65-74. 11 Stan. L. & Pol'y Rev. 65 (1999-2000).

McCarthy, Niall. Report: The Number Of People Serving Life Sentences In The U.S. Is Surging [Infographic] Forbes, May 5, 2017.

McClain, Meredith. Three Strikes and You're Out: The Solution to the Repeat Offender Problem *Seton Hall Legislative Journal*, v. 20, Issue 1 (1996), p. 97-127.

McKelvey, Blake, *American Prisons: A Study in American Social History prior to 1915* (Montclair, NJ, 1936).

D.W. Makariev and P.R. Shaver, Attachment, Parental Incarceration and Possibilities for Intervention: An overview, Attach Hum Dev.12 (4), July 2010: 311-31.

Laura M. Maruschak and Erika Parks, Bureau of Justice Statistics, "Probation and Parole in the United States, 2011", Washington, DC: US Department of Justice, November 2012), NCJ 239686, Appendix Table 2, p. 26, and Appendix Table 3, p. 17. [http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ppus11.pdf]. Accessed on April 14, 2018. See more at: [http://www.drugwarfacts.org/cms/Prisons_and_Drugs#sthash.rKKBz5Ew.dpuf].

Miller v. Alabama, 132 S. Ct. 2455 (2012).

Mowen, Thomas J. Visher, Christy A. Changing the Ties That Bind: How Incarceration Impacts Family Relationships. *Criminology and Public Policy*, v. 15, Issue 2 (May 2016), p. 503-528. 15 Criminology & Pub. Pol'y 503 (2016).

J. Murray and L. Murray, Parental Incarceration, Attachment and Child Psychopathology, Attach Hum. Dev. 12 (4) July 2010: 289-309.

Nagornaya, I.I. Overcriminalization in the USA *Law: Journal of the Higher School of Economics*, v. 2015, Issue 3 (2015), p. 157-167. 2015 Law: J. Higher Sch. Econ. 157 (2015).

New York State, NY Penal L § 70.10 (2014).

Newsweek, The Sad Case of Polly Klaas, December 12, 1993. [www.newsweek.com/sad-case-polly-klaas-190468].

Nellis, Ashley Life Goes On: The Historic Rise in Life Sentences in America September 2013. The Sentencing Project 2013.

New York Times, 1991. Gravely Ill, Atwater Offers Apology, January 13, 1991.

Ocen, Priscilla A. Punishing Pregnancy: Race, Incarceration, and the Shackling of Pregnant Prisoners. *California Law Review*, v. 100, Issue 5 (October 2012), p. 1239-1312. 100 Cal. L. Rev. 1239 (2012).

Oshinsky, David, "What Became of The Democrats?". *New York Times*, 20 October 1991.

Owens, Emily G. Truthiness in Punishment: The Far Reach of Truth-in-Sentencing Laws in State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 8, Special Issue (December 2011), p. 239-261. 8 J. Empirical Legal Stud. 239 (2011).

PBS California Leads the Nation in Life Sentences, May 7, 2017. [https://www.pbs.org/newshour/nation/california-leads-nation-life-sentences]. Accessed on March 20, 2018.

National Post, Crime Rates Continue to Drop Across Canada, 21 July 2011.

Vicky Pelaez, The Prison Industry in the United States: Big Business or a new Form of Slavery? Global Research, January 2, 2013; [http://www.globalresearch.ca/the-prison-industry-in-the-united-states-big-business-or-a-new-form-of-slavery/8289]. Accessed on April 22, 2018.

Pescara, 2013: [http://www.agi.it/l-aquila/notizie/201311071831-cro-rt10309 femminicidio_uccise_moglie_nel_1990_reato_prescritto].

Petersilia, Joan; Greenwood, Peter W. Mandatory Prison Sentences: Their Projected Effects on Crime and Prison Populations. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 69, Issue 4 (Winter 1978), p. 604-615. 69 J. Crim. L. & Criminology 604 (1978).

Petteruti, Amanda; Walsh, Nastassia. Jailing Communities: The Impact of Jail Expansion and Effective Jail Expansion and Public Safety Strategies, Washington DC: Justice Policy Institute, 2008. [http://www.justicepolicy.org/uploads/justicepolicy/documents/08-04_rep_jailingcommunities_ac.pdf]. Accessed on April 22, 2018.

Pew Center on the States, Prison Count 2010: State 2010: State Population Declines for the First Time in 38 Years, Washington DC: The Pew Charitable Trusts, 2010.

Pew's Public Safety Performance Project, One in 100, Washington DC: 2008; [http://www.pewstates.org/research/reports/one-in-100-85899374411]. Accessed on July 4, 2012.

Pew's Public Safety Performance Project, High Cost, Low Return, Washington DC, 2012; [http://www.pewstates.org/research/data-visualizations/the-high-cost-of-corrections-in-america-85899397897]. Accessed on July 4, 2013

Pierce, Mari B. Male Inmate Perceptions of the Visitation Experience: Suggestions on How Prisons Can Promote Inmate-Family Relationships; 95 Prison J. 370 (2015).

J. Poehlmann, D. Dallaire, A.B. Loper, L.D. Shear LD, Children's Contact with Their Incarcerated Parents: Research Findings and Recommendations, Am. Psychol. 65 (6), Sep. 2010: 575-98.

Politico, How Bush Beat Dukakis: Scenes from the 1988 Presidential Campaign, November 14, 2013. [https://www.politico.com/magazine/gallery/2013/11/how-bush-beat-dukakis-000005?slide=0]. Accessed on April 7, 2018.

Raphael, Steven. How do We Reduce Incarceration Rates while Maintaining Public Safety. *Criminology and Public Policy*, v. 13, Index 4 (November 2014), p. 579-598; 13 Criminology & Pub. Pol'y 579 (2014).

Rhodes, Lorna Total Confinement: Madness and Reason in the Maximum Security Prison. Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 2004.

Rhodes v. Chapman, 452 U.S. 337 (1981). Rhodes v. Chapman. No. 80-332. Argued March 2, 1981. Decided June 15, 1981. 452 U.S. 337.

Roberts, Dorothy E. The Social and Moral Cost of Mass Incarceration in African American Communities. *Stanford Law Review*, v. 56, Issue 5 (April 2004), p. 1271-1306. 56 Stan. L. Rev. 1271 (April 2004).

Robinson, Russell K. Masculinity as Prison: Sexual Identity, Race, and Incarceration. *California Law Review*, v. 99, p. 1309-1408. 99 Cal. L. Rev. 1309 (2011).

Rudovsky, David. Litigating Prison Conditions in Philadelphia. *Prison Journal*, v. 65, Issue 1 (April 1985), p. 64-72. 65 Prison J. 64 (1985)

Scarlet Kim, Taylor Pendergass and Helen Zelon, Boxed in: The True Cost of Extreme Isolation in New York, New York ACLU, October 2012; [http://www.nyclu.org/files/publications/nyclu_boxedin_FINAL.pdf]. Accessed on April 2,2018.

John Schmitt, Kris Warner and Sarika Gupta, The High Budgetary Cost of Incarceration, Washington DC: Center for Economic Policy Research, 2010; [http://www.cepr.net/documents/publications/ex-offenders-2010-11.pdf]. Accessed on July 8, 2013.

John Schmitt and Chris Warner, Ex-Offenders and the Labor Market, Washington DC: Center for Economic Policy Research, 2010. [http://www.cepr.net/documents/publications/ex-offenders-2010-11.pdf]. Accessed on March 30, 2018.

Schwartzapfel, Beth and Keller, Bill. Willie Horton Revisited, The Marshall Project May 13, 2015. [https://www.themarshallproject.org/2015/05/13/willie-horton-revisited]. Accessed on March 18, 2018.

Sentencing Project, State by State Data, Washington DC 2017ª [https://www.sentencingproject.org/the-facts/#map].

Sentencing Project, Incarceration and Crime: A Complex Relationship, Washington DC 2017b; [http://www.sentencingproject.org/doc/publications/inc_iandc_complex.pdf]. Accessed on March 19, 2018.

Sentencing Project, The State of Sentencing, 2009, Washington DC, 2009; [http://www.sentencingproject.org/doc/publications/s_ssr2009Update.pdf]. Accessed on March 19, 2018.)

Sentencing Reform Act, Pub.I, No. 98-473; 98 Stat. 1987 (codified as amended in scattered sections, 18 U.S.C. and 28 U.S.C.)

Shames, Alison, Jessa Wilcox, and Ram Subramanian, Solitary Confinement: Common Misconception and Emerging Safe Altenatives. NewYork: Vera Institute of Justice, May 2015.

Shust, Kelsey B. Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 104, Issue 3 (Summer 2014), p. 667-ii. 104 J. Crim. L. & Criminology 667 (2014).

Simon, Roger. Simon 2007 Questions that kill candidates' careers. Politico 04/20/2007 06:09 PM EDT.

Spencer, Margaret. Sentencing Drug Offenders: The Incarceration Addiction. *Villanova Law Review*, v. 40, Issue 2 (1995), p. 335-382. 40 Vill. L. Rev. 335 (1995).

Slobogin, Christopher. How the Changes in American Culture Triggered Hyper--Incarceration: Variations on the Tazian View. *Howard Law Journal*, v. 58, Issue 2 (Winter 2015), p. 305-332. 58 Howard L.J. 305 (Winter 2015).

Stemen, Don. Reconsidering Incarceration: New Directions for Reducing Crime. *Federal Sentencing Reporter*, v. 19, Issue 4 (April 2007), p. 221-233. 19 Fed. Sent. R. 221 (2006-2007).

Sullivan, Sara (Project Leader), Vedan Anthony-North, David Cloud, Léon Digard, Allison Hastings, Jacob Kang-Brown, Jessi LaChance, Stephen Roberts, Elena Vanko, Jessa Wilcox. Reducing Segregation. New York: Vera Institute of Justice, December, 2017.

Sullivan, Sara and Mary Crowley, Momentum Builds in 2017 to Reduce the Use of Solitary Confinement. New York: Vera Institute of Justice, December 2017.

Sullivan, Sara, Leon Digard, and Elena Vanko, Rethinking Restrictive Housing: Lessons from Five United States Jail and Prison Systems. New York: Vera Institute of Justice, May 2018.

John R. Sutton, "Symbol and Substance: The Effects of California Three Strikes Law on Felony Sentencing," Law and Society Review 47 (2013) 1: 37-72.

Texas Penal Code – PENAL § 12.42. Penalties for Repeat and Habitual Felony Offenders on Trial for First, Second, or Third Degree Felony Traum, Anne R. Mass Incarceration at Sentencing. *Hastings Law Journal*, v. 64, Issue 2 (2012--2013), p. 423-468. 64 Hastings L.J. 423 (2012-2013).

Tonry, Michael. Why Crime Rates are Falling throughout the Western World. *Crime and Justice: A Review of Research*, v. 43, p. 1-64. 43 Crime & Just. 1 (2014).

Turney, Kristin; Wildeman, Christopher. Maternal Incarceration and the Transformation of Urban Family Life. *Social Forces*, v. 96, Issue 3 (March 2018), p. 1155-1182. 96 Soc. F. 1155 (2017-2018).

Turner, Michael; Stundt, Jody L.; Applegate, Brandon K.; Cullen, Francis T. Three Strikes and You're Out Legislation: A National Assessment. *Federal Probation*, v. 59, Issue 3 (September 1995), p. 16-35. 59 Fed. Probation 16 (September 1995).

Tyler, Tom R.; Boeckmann, Robert J. The Three Strikes and You Are out, but Why – The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers. *Law & Society Review*, v. 31, Issue 2 (1997), p. 237-266. 31 Law & Soc'y Rev. 237 (1997).

Vitiello, Michael. Mass Incarceration: Why Are Solutions So Difficult in California. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, v. 15, Issue 2 (Fall 2015), p. 229-250. 15 U. Md. L.J. Race, Religion, Gender & Class 229 (2015).

Vito, Gennaro F. Wilson; Deborah G.Forgotten People: Elderly Inmates. *Federal Probation*, v. 49, Issue 1 (March 1985), p. 18-24. 49 Fed. Probation 18 (1985).

Vuong, Linh; Hartney, Christopher; Krisberg, Barry; Marchionna, Susan. The Extravagance of Imprisonment Revisited. *Judicature*, v. 94, Issue 2 (September-October 2010), p. 70-80. 94 Judicature 70 (2010-2011).

U.S. Sentencing Commission, Demographic Differences in Sentencing: An Update to the 2012 Booker Report, Washington DC: 2017. [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/20171114_ Demographics.pdf]. Accessed on March 27, 2018.

U.S. Supreme Court, 2003a. Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003).

U.S. Supreme Court, 2003b. Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003).

Wagner, Peter and Rabuy, Berndadette. Mass Incarceration: The Whole Pie 2017. March 14, 2017. Northampton MA Prison Policy Project.

Washington State, Proposition 593, establishing the three-strikes law, mandating that criminals who are convicted of "most serious offenses" on three occasions be sentenced to life imprisonment without parole.

Wattley, Keith. .Insight into California's Life Sentences. *Federal Sentencing Reporter*, v. 25, Issue 4 (April 2013), p. 271-275. 25 Fed. Sent'g Rep. 271 (2012-2013).

Robert Weisberg, Debbie A. Mukamal, and Jordan D. Segall, Life in Limbo: An Examination of Parole Release for Prisoners Serving Life Sentences with the Possibility of Parole in California, Stanford Law School, 2011.

Bruce Western; Becky Pettit, Collateral Costs: Incarceration's Effect on Economic Mobility, Washington DC: Pew Charitable Trusts' Economic Mobility Project and its Public Safety Performance Project (PSPP), September 2010; [http://www.pewstates.org/research/reports/collateral-costs-85899373309]. Accessed on July 8, 2013.

Western, Bruce; Wildeman, Christopher. Punishment, Inequality, and the Future of Mass Incarceration.

University of Kansas Law Review, v. 57, Issue 4 (May 2009), p. 851-878. 57 U. Kan. L. Rev. 851 (2008-2009).

Wildeman, Christopher, June Poehlmann-Tynan and Anna Askins, Interdisciplinary Research and Interventions to Support Children. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2017.

Wolf, Angela; Bloom, Barbara E.; Krisberg, Barry A. The Incarceration of Women in California. *University of San Francisco Law Review*, v. 43, Issue 1 (Summer 2008), p. 139-170. 43 U.S.F. L. Rev. 139 (2008-2009).

Wootton, James. Truth in Sentencing – Why States Should Make Violent Criminals Do Their Time.*University of Dayton Law Review*, v. 20, Issue 2 (Winter 1995), p. 779-792.

20 U. Dayton L. Rev. 779 (1994-1995).

United States Department of Justice, Civil Rights Division, Investigation of the Ferguson, Missouri, Police Department. Washington D.C., March 4, 2015.

Yun, Lisa S. The United States Stands Alone: An International Consensus Against Juvenile Life without Parole Sentences [notes]. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v. 20, Issue 3 (Spring 2011), p. 727-754. 20 S. Cal. Interdisc. L.J. 727 (2010-2011).

Zlotnick, David M. The War within the War on Crime: The Congressioinal Assault on Judicial Sentencing Discretion. *SMU Law Review*, v. 57, Issue 1 (Winter 2004), p. 211-270. 57 S.M.U. L. Rev. 211 (2004).

Pesquisa do editorial

Veja também Doutrina

- Three strikes and you're out: uma análise econômica das penas, de Daniel Silva Boson – *RBCCrim* 116/17-37 (DTR\2015\13603).

Culpabilidade e execução penal: uma análise crítica do recurso à prevenção como estratégia de controle

Culpability and criminal law enforcement: a critical analysis of crime prevention as a control strategy

Érika Mendes de Carvalho

Pós-doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (2010) e pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2018). Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (2004). Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (1998). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Professora do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Estadual de Maringá. Coordenadora do Núcleo de Estudos Penais da Universidade Estadual de Maringá.
erika.mendes0510@hotmail.com

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). 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 e UNISINOS. Bolsista de Produtividade e Pesquisador do ICETi.
gustavonoronhadeavila@gmail.com

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 10.05.2018
Última versão do(a) autor(a): 14.05.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo busca delimitar o conteúdo da categoria da culpabilidade como ponto de partida necessário para o exame do papel que as considerações relacionadas aos fins da pena (prevenção geral e especial) podem desempenhar no marco da individualização judicial e executória. Analisa, empregando método de caráter lógico-dedutivo, como determinadas circunstâncias judiciais, vestígios de um direito

Abstract: This study aims to identify the content of the culpability category as a necessary starting point for examining the role that considerations related to the purposes of punishment (general and special prevention) can play in judicial and enforceable individualization. Specifically, it analyzes, using the deductive reasoning method, how certain judicial circumstances, which are traces of an author's criminal law, can have

penal de autor, podem repercutir no marco do processo de individualização em sentido amplo, conduzindo a medida da pena para além dos limites do injusto culpável e interferindo no ingresso do autor no regime aberto, na substituição e na conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, no livramento condicional e na transação penal.

Palavras-chave: Culpabilidade – Execução penal – Fins da pena – Prevenção – Direito penal de autor.

repercussions within the punishment individualization process in a broad sense. In this context, it will lead the measure of punishment beyond the limits of the unjust culprit and interfering in the establishment of the enforcement regime, as well as the substitution and conversion of deprivation of liberty in rights restrictions, the conditional release and also in the plea bargain.

Keywords: Culpability – Criminal enforcement – Punishment's aims – Prevention – Author's based criminal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma aproximação à configuração dogmática da categoria da culpabilidade. 3. Conexões fático-normativas relativas ao delito e à pena. 4. As circunstâncias judiciais e a individualização da resposta penal: regresso à culpabilidade de autor?. 5. Os vestígios de uma culpabilidade de autor na esfera da individualização executória. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

A culpabilidade representa, no marco da teoria do delito, a mais importante das categorias integrantes do conceito analítico[1], justamente por seu caráter especificamente *penal*[2]. Cabe à culpabilidade vincular a pena ao ilícito, estabelecendo o fundamento e/ou o limite da reação punitiva. Seu papel, portanto, é realizar uma "conexão punitiva"[3], no dizer de Zaffaroni, indispensável a qualquer teoria do delito. O conteúdo da culpabilidade obedeceu a grandes variações – da periculosidade positivista, passando por concepções psicológicas, psicológico-normativas, exclusivamente normativas, até as atuais versões normativo-preventivas – e todas elas impactaram também na teoria da pena. O

1. O presente estudo foi realizado no marco do estágio de pós-doutorado da coautora junto ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná), pelo PNPD/CAPES (2017-2018).
2. Zaffaroni destaca que a culpabilidade "é o capítulo mais delicado e significativo do direito penal, o mais especificamente penal de toda a teoria do delito e que, em razão disso, nos proporciona a chave da crise pela qual atravessa nosso saber desde muitos séculos e que parece acentuar-se" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad y vulnerabilidad social. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo/Buenos Aires: B de F/ Julio César Faira Editor, 2005. p. 229).
3. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 231.

desafio presente é examinar sua real configuração, especialmente quando são situadas na culpabilidade considerações de prevenção geral e/ou de prevenção especial.

Nessa perspectiva, dois movimentos distintos operaram na construção da categoria da culpabilidade: o primeiro, inaugurado pela teoria psicológica, confere à culpabilidade um caráter puramente descritivo e concentra o foco da teoria do delito no ilícito[4]. Aqui, a culpabilidade não passa de vínculo psíquico entre o autor e o fato e sua conformação é feita no plano da teoria da pena. O segundo movimento é aquele capitaneado pelas teorias normativas, que reforçam a autonomia da culpabilidade e constroem a categoria sobre a base formal da ética tradicional – na esfera, portanto, da teoria do delito. Se o primeiro movimento reduzia a culpabilidade à periculosidade – estabelecendo a conexão punitiva a partir da teoria da pena –, o segundo compreendia a culpabilidade como o juízo de reprovação pela conduta típica e ilícita, baseado na exigibilidade de conduta diversa (poder agir de outro modo).

Inicialmente, porém, essa oposição não foi tão clara, uma vez que a reprovação englobava, além da conduta ilícita, a própria conduta de vida ou mesmo a personalidade do sujeito[5]. Essa culpabilidade de autor ou de caráter ultrapassa os estritos limites do ilícito perpetrado e espraia-se em um domínio altamente impreciso e subjetivo. No fundo, essa culpabilidade de autor não superou o modelo positivo da periculosidade, antes ampliou o arbítrio na sua apreciação[6]. Somente com a centralização do juízo de censura nos limites da conduta típica e ilícita (culpabilidade do fato) daquele que podia ter agido de outro modo e obedecido ao comando normativo, assume a culpabilidade um conteúdo ético *aparentemente* dissociado de considerações vinculadas a um estado perigoso do autor.

Na atualidade, o funcionalismo teleológico vislumbra a culpabilidade como limite máximo da pena, fundada em razões de prevenção, recobrando a vinculação daquela à teoria da pena[7]. De outro lado, o funcionalismo sistêmico postula uma prevenção geral positiva ou integradora, com a substituição

4. Assim, por exemplo, LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1899.
5. MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958; SAUER, Guillermo. *Derecho penal*. Parte general. Trad. J. Del Rosal e José Cerezo Mir. Barcelona: Bosch, 1956.
6. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 235.
7. Cf. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. especialmente p. 93 e ss., p. 147 e ss.

da culpabilidade pela necessidade de reafirmação do sistema normativo desestabilizado pelo ilícito.

O percurso da dogmática penal na elaboração da categoria da culpabilidade, com idas e vindas, avanços e retrocessos, mostra a dificuldade enfrentada na construção da conexão punitiva. E, principalmente, denuncia a oscilação da dogmática no momento de elaborar uma categoria especificamente *penal*. A culpabilidade representa precisamente o ponto de união entre a teoria do delito e a teoria da pena, figurando, para alguns, como fundamento desta última – não há pena sem culpabilidade – e, em todo caso, como limite máximo da reação punitiva – não pode a pena ser superior à culpabilidade pelo fato. Daí a importância em se precisar seu conteúdo, em conformar seus elementos, em demarcar um modelo dogmático claro na edificação da conexão punitiva, seja a partir da teoria do delito (com o reconhecimento de sua autonomia valorativa), seja a partir da teoria da pena (com a redução do delito ao mero ilícito).

A proposta da culpabilidade seria, fundamentalmente, de limitação do poder punitivo e de circunscrição de seus limites. A imprecisão de seu conteúdo, porém, favorece a expansão da reação penal, impulsiona a criminalização e a seletividade penal. Abrir mão da categoria, fundamentar a reação penal exclusivamente no ilícito ou substituir a culpabilidade pela prevenção, todavia, pode acarretar a subtração da essência penal da teoria do delito, significar a franca chancela da desproporcionalidade das reações penais e eliminar o marco pessoal na conexão punitiva.

Nesse sentido, a (re)construção da culpabilidade importa, por um lado, identificar as permanências de um modelo calcado na culpabilidade de autor no sistema penal brasileiro, que permite que a medida da pena, consequência do delito, esteja lastreada em elementos tais como a conduta social, a personalidade do agente e seus antecedentes. Por outra parte, o preenchimento da categoria da culpabilidade com exigências vinculadas à prevenção especial implica indagar se esse proceder não apenas disfarça a velha periculosidade criminal e abre as portas para o ingresso de um projeto de forçosa conformação individual aos modelos de socialização vigentes. Demais disso, configurar a culpabilidade com apoio na chamada prevenção geral positiva ou integradora pode representar o fortalecimento das expectativas normativas e do poder punitivo do Estado[8]. Questionar a natureza e o alcance da prevenção geral e da prevenção especial na configuração material da culpabilidade se justifica,

8. Assinala-se, nesse sentido, que "a falta de suporte empírico da prevenção geral positiva, bem como seus efeitos absolutamente simbólicos, traduzem uma teoria que resulta no incremento do poder punitivo do Estado de viés notadamente autoritário"

sobretudo, quando tais considerações servem de alicerce para a elaboração de propostas legislativas ampliadoras dos espaços de criminalização.

Por último, no marco de valoração de uma culpabilidade construída em um molde normativo, cabe investigar se existe espaço para o mundo real ou se a separação entre ser e dever ser é mesmo um caminho sem volta. Se conformada a culpabilidade como um puro juízo de censura ou de reprovação pessoal pelo fato, qual seu fundamento material? Deve esse fundamento material fincar raízes na realidade ou o abandono do real se impõe pelo inexorável avanço do plano normativo ou do significado conferido à realidade pela linguagem?

O presente estudo, com lastro em método de caráter lógico-dedutivo, pretende examinar em sentido crítico as permanências de um Direito Penal de autor no marco da individualização judicial e executória da pena. O desafio reside, inicialmente, na identificação de limites ao poder punitivo a partir da categoria da culpabilidade. Para tanto, a proposta de investigação questiona o que resta desta última como juízo de censura ou de reprovação pessoal fundado formalmente na autodeterminação no momento da conduta típica e ilícita segundo a ética tradicional. Em termos materiais, busca-se analisar os fundamentos apontados para a categoria da culpabilidade, sobretudo pelas tendências de ordem preventiva, investigando se podem atuar como redutores do poder punitivo ou como alavancas propulsoras de um ávido processo de criminalização. Por fim, perquire-se o espaço que pode ocupar a crítica criminológica no âmbito da culpabilidade e da individualização da pena (judicial e executória), permitindo a abertura de uma janela para o ingresso de posições deslegitimadoras do próprio poder punitivo. Para isso, o estudo examinará como as circunstâncias judiciais qualificadas como *pessoais* são, na verdade, autênticos elementos orientados a uma culpabilidade pela condução de vida, com apoio em criticáveis fins preventivos que, no fundo, chancelam um Direito Penal de autor. Também analisará, por fim, como essa orientação repercute em sede de execução penal, já que no marco da Lei de Execução Penal persistem tais vestígios autoritários.

2. Uma aproximação à configuração dogmática da categoria da culpabilidade

O conceito de culpabilidade atravessou três importantes momentos em seu processo de construção doutrinária. Inicialmente, assumiu um fundamento

(CACICEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo:* uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 234).

(material) empírico-causal, integrado pela imputabilidade, dolo e culpa (concepção causal naturalista). A configuração da categoria dependia apenas da aferição concreta dos referidos elementos, sem a realização de qualquer processo valorativo. Em momento posterior, foram agregados dados normativos ao conceito de culpabilidade (concepção neokantiana), que passa a figurar como um juízo de valor endereçado ao autor por ter realizado uma conduta típica e ilícita. Surge, então, uma culpabilidade como categoria jurídico-penal, extraída a partir de um processo valorativo. Contudo, aliada à perspectiva valorativa, ainda persiste uma base material nesse conceito, vinculada ao autor do fato ilícito (conduta de vida, personalidade etc.), o que revela uma possibilidade de uso do conceito de culpabilidade para fins criminalizadores altamente reprováveis e totalmente desvinculados da noção de perigo/dano a um bem jurídico. Em um terceiro momento, procura-se a superação das bases empírico-causais e a completa normatização do juízo de culpabilidade, concebida, agora, como reprovação pelo poder agir de outro modo (concepção finalista). Em todo caso, segundo a proposta finalista, a valoração do poder agir de outro modo não levaria em conta a conduta de vida ou a personalidade do autor, mas seria um puro juízo normativo. Na atualidade, com base na concepção de culpabilidade como capacidade de motivação pela norma, pretende-se, em síntese, substituir o exame exclusivamente normativo do poder de agir de outro modo "por um critério em função do que o sujeito poderia efetivamente fazer ou não fazer, quando submetido a uma norma vinculante de sua conduta"[9]. Em certa medida, trata-se de uma retomada de bases empíricas do conceito de culpabilidade, agora matizadas pelos fins de prevenção da própria pena[10]. E o atendimento desses (supostos) fins de prevenção pretensamente limitaria a individualização da resposta penal.

Ocorre que os fins de prevenção não conhecem limites precisos. Uma individualização da pena dissociada da prévia configuração da culpabilidade como categoria integrante do conceito de delito, com o objetivo de atender a fins de prevenção (geral/especial) significa abandonar, na prática, qualquer pretensão de limitação do poder punitivo estatal.

A limitação do poder punitivo passa, inicialmente, por reconhecer que apenas a prática de um injusto culpável legitima a imposição concreta da pena. Em

9. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 127.

10. Por todos, vide ROXIN, Claus. Op. cit., p. 93 e ss.

um segundo momento, de individualização judicial, porém, elementos vinculados à necessidade de pena/suficiência da pena, do ponto de vista da prevenção geral e/ou especial, podem condicionar a punibilidade do injusto culpável. E esses elementos relacionados às finalidades de prevenção não integrariam o conceito de culpabilidade, mas sim seriam tomados em consideração na determinação do juízo de responsabilidade penal.

Propõe-se, portanto, que a configuração da responsabilidade penal se encontre condicionada à presença da necessidade de pena, mas não que a própria categoria da culpabilidade seja substituída ou totalmente condicionada por finalidades preventivas. Em uma categoria autônoma – a punibilidade – seriam analisadas condicionantes político-criminais e vinculadas à (des)necessidade de pena (do ponto de vista da prevenção geral e/ou especial), que poderiam conduzir à não responsabilização penal do autor do ilícito culpável.

A individualização da resposta penal obedeceria, assim, a um duplo fundamento, a saber, o ilícito culpável e a necessidade de pena, examinada no âmbito da punibilidade. Assim, a culpabilidade como princípio, indicada no art. 59, funcionaria como limite máximo da pena – que não poderia ultrapassar a sua medida –, e fatores adicionais, relacionados à (des)necessidade de pena, poderiam conduzir a medida da pena a limites aquém do mínimo ou, conforme o caso, fundamentar sua exclusão ou atenuação/diminuição.

É importante, nessa perspectiva, postular a separação dos critérios adicionais indicados no art. 59 da noção de culpabilidade como pressuposto da pena e como limite político-criminal máximo. A imprecisão e a acentuada subjetividade de alguns (conduta social, personalidade, antecedentes) poderiam (re) conduzir a individualização da pena à afirmação de uma perigosa culpabilidade de autor – e não do fato. Para evitar que isso aconteça, é importante expurgar esses elementos do momento da individualização da pena. Além disso, é preciso reconhecer uma dupla atribuição a essa categoria: como limite máximo da intervenção penal e, consequentemente, como elemento do conceito de delito. Por fim, é recomendável examinar a necessidade de pena no marco de uma categoria autônoma – a punibilidade – e permitir que o desenho da responsabilidade penal obedeça às pautas da necessidade de pena em concreto.

É bem possível, porém, que determinados fatores sociais – que podem, também, repercutir na avaliação da necessidade ou não da pena – influam na culpabilidade, especialmente quando se assume que a configuração material da categoria depende da valoração acerca da possibilidade que teria o autor de tomar parte dos processos sociais e, assim, motivar-se (ou não) pelo conteúdo da norma, por exemplo. Esses fatores sociais, quando comprometessem severamente a capacidade de motivação pela norma, eliminariam a própria base

material do juízo de culpabilidade e, consequentemente, não haveria injusto culpável. Quando, porém, afetassem apenas a necessidade concreta da pena em um dado momento, com lastro em finalidades político-criminais, poderiam eliminar a punibilidade do injusto culpável, ou apenas atenuá-la. Em todo caso, tais bases empíricas (participação pacífica do ser humano nos processos sociais[11]/inclusão do ser humano nas relações sociais), associadas ao fato, permitiriam a individualização de uma resposta penal mais justa e humana.

O conceito de culpabilidade, como todo conceito elaborado pela dogmática penal, desempenha uma função política de acentuada importância. Quando compreendido como pressuposto da reação punitiva (pena), condiciona a imposição desta à constatação de seus elementos constitutivos. Atua, em resumo, como o elo que une autor e ilícito, mas nunca no sentido psicológico ou como sintoma de uma periculosidade individual. A culpabilidade representa um espaço de valoração, em que múltiplos condicionantes operam na construção da responsabilização pela conduta típica e ilícita realizada.

Na atualidade, aventa-se a possibilidade de superação de um juízo de *censura* fundado no poder agir de outro modo – criticado por ser indemonstrável –, seja com sua substituição por considerações relacionadas à necessidade de pena – do ponto de vista da prevenção geral e/ou especial –, seja com o acréscimo daquelas à culpabilidade, fundada na capacidade de motivação pela norma, a fim de compor a responsabilidade penal. O limite da resposta penal seria dado, também, pela prevenção.

Pois bem, abrir a categoria para as considerações relacionadas à prevenção geral/especial pode acarretar repercussões importantes na teoria do delito e da pena. Se a culpabilidade implica em uma conexão punitiva, trazer a prevenção para o âmbito da figura de delito (como substitutiva da própria culpabilidade ou como elemento a ela aliado) importa na necessidade de se precisar quais fins de prevenção geral e quais fins de prevenção especial interfeririam diretamente na construção da responsabilidade penal pelo fato. Em um momento de grande descrédito acerca desses fins – notadamente de prevenção especial positiva –, é importante examinar seu autêntico conteúdo.

Com efeito, quando a doutrina se reporta à prevenção especial positiva, por exemplo, ainda prevalece uma visão baseada nos ideais de ressocialização. Mas hoje essa ressocialização é continuamente posta à prova e desacreditada pela

11. Cf. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 446.

realidade do sistema carcerário. E essa realidade deve ser considerada para a construção dos atuais fins de prevenção especial. Mais evidente é a atuação da prevenção especial em sentido negativo, entendida como neutralização, segregação, aniquilamento. Aí sim fica claro que a pena – notadamente a de prisão – importa em avassaladora atuação sobre o indivíduo. Abrir as portas da culpabilidade à prevenção especial (ou substituí-la por tais considerações) exige a delimitação de quais fins de prevenção especial serão avaliados na construção da conexão punitiva (ou antecipadamente valorados na configuração da responsabilidade penal). Mesmo enxergando a culpabilidade somente como um limite (máximo) à intervenção punitiva (e não como seu fundamento), é necessário identificar até onde esses fins de prevenção especial conduziriam a medida da resposta penal.

Entretanto, também é possível fugir a toda e qualquer preocupação com a dimensão concreta desses fins de prevenção especial. E é isso que muitos julgadores, doutrinadores e o próprio legislador fazem ao apenas indicá-los, nominá-los nas sentenças, nas obras ou na lei. Essa distância prudencial do real os situa ao abrigo de um contexto político e social altamente controverso e dinâmico. Melhor, nesses casos, o refúgio do plano normativo? Mais confortável, sem dúvida, para aqueles que temem a complexidade que as situações concretas de vulnerabilidade social e pessoal indicam, e que poderiam confluir na medida e nos limites da própria responsabilização penal pelo fato.

Do mesmo modo, nomear a prevenção geral integradora como lastro da resposta punitiva implica precisar seu significado e alcance. Para além da reafirmação da vigência do próprio ordenamento (e com independência dos interesses por este último chancelados), essa proposta pode conduzir a uma poderosa mensagem de ampliação dos espaços destinados ao poder punitivo e de restrição das liberdades individuais. Assim, assimilar a culpabilidade à prevenção geral pode ser a via para o alcance de respostas penais desproporcionais e superiores, sempre que presente a necessidade de imprimir, através do simbolismo inerente à imposição da pena, a mensagem de um sistema dotado de força restritiva seletivamente voltada para determinados grupos especialmente vulneráveis[12].

Investigar a configuração da categoria da culpabilidade nos dias atuais é, a um só tempo, um desafio e uma necessidade inafastável. Conectar seu conceito

12. Nesse sentido, "o funcionalismo representa estruturalmente um obstáculo à real compreensão dos fatores determinantes das transformações sociais, uma vez que concentra seus esforços na compreensão dos elementos que consolidam a coesão social e, naturalmente, a conservação da ordem" (CACICEDO, Patrick. Op. cit., p. 232).

aos fins político-criminais não significa, contudo, adotar cegamente conformações da prevenção geral e da prevenção especial legitimadoras do expansionismo do direito penal. Essa conexão, aliás, é vista por seus proponentes como uma via de contenção dos limites do poder punitivo. Paradoxalmente, a realidade mostra que o avanço das necessidades preventivas frequentemente impulsiona criminalizações orientadas à captação de determinados setores e fomenta o desvio secundário.

A crítica criminológica identifica uma seletividade estrutural no poder punitivo e, nesse sentido, a culpabilidade cumpre o papel de elemento-chave na contenção de seus ímpetos. Mas nem mesmo a superação (aparente) da culpabilidade de autor conseguiria conter a denunciada seletividade criminalizadora[13]. A pretensão de um setor da dogmática é justamente criar mecanismos de controle dessa seletividade a partir da própria categoria da culpabilidade. Assim, como contraface dialética da culpabilidade pelo ato, defende-se, com Zaffaroni, uma culpabilidade pela *situação concreta de vulnerabilidade social*[14], que poderia operar como redutora da magnitude do poder punitivo indicada pela culpabilidade pelo ato. Conserva-se a culpabilidade como censura ética formal pelo fato, porém, com vistas à restrição dos espaços do poder punitivo, ressignifica-se a culpabilidade como uma síntese dialética que toma em consideração a seletividade por vulnerabilidade social e pessoal. A culpabilidade normativa daí resultante poderia conduzir à diminuição da reprovação pelo ato – ou mesmo, em casos excepcionais, à sua eliminação (quando houver a intervenção de agende provocador oficial, por exemplo) – e levaria em conta o esforço pessoal para atingir a situação concreta de vulnerabilidade como "contribuição pessoal do sujeito às pretensões legitimantes do poder punitivo e, por último, contrário ao esforço redutor e pacificante do direito penal"[15].

Em todo caso, a incorporação de dados indicadores de um esforço pessoal do criminalizado para alcançar uma situação concreta de vulnerabilidade social só é defensável quando a construção de uma concepção normativa de culpabilidade se fundamenta (em termos materiais) em dados da realidade, que apontam, por exemplo, para a criminalização crescente de determinados grupos particularmente vulneráveis a esse processo de seleção pelo poder punitivo. Em outras palavras, reconhecer elementos da realidade social na

13. Como bem resume Zaffaroni, "o discurso penal é de ato, mas o exercício o poder punitivo é de autor" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 243).

14. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 244 e ss.

15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 246.

configuração material da categoria da culpabilidade é conectar o plano normativo com a crítica criminológica.

3. Conexões fático-normativas relativas ao delito e à pena

A imposição de uma sanção penal (pena) como consequência da prática de um injusto penal revela-se como uma grave ingerência sobre a autonomia individual[16]. Do ponto de vista da realidade fática, significa um mal de especial gravidade porque, além de limitar direitos, implica um juízo de reprovação ético de acentuada dimensão. Ocorre que a aplicação da resposta punitiva penal, em contrapartida, também colaboraria (em tese) para o próprio fortalecimento do ordenamento jurídico e dos bens e valores fundamentais para a sociedade em determinado momento histórico. Limitações à liberdade individual só se legitimariam quando necessárias e indispensáveis e, em todo caso, deveriam pautar-se por uma conexão que não poderia ser abandonada: a relação de correspondência/proporcionalidade entre o delito (a infração normativa), seus desdobramentos fáticos e a resposta normativa. Em outras palavras, "as especificidades da pena como reação ao delito a convertem em um mecanismo a princípio chamado a ser utilizado com extrema contenção"[17].

Nos últimos anos, o funcionalismo sistêmico de Jakobs reconhece que, para que os cidadãos possam confiar no teor dos comandos normativos, será necessário incutir *temor* em seus destinatários e, assim, gerar efeitos preventivo-gerais negativos[18]. Trata-se de um inequívoco "giro fático"[19], como denomina Silva Sánchez, e que distancia Jakobs de uma até então concepção puramente comunicativa da pena[20] e que, segundo se afirma, "pode explicar melhor a

16. Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho Penal. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Límites al derecho penal*. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 38.
17. ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 40.
18. Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal:* significado y finalidad. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson/Civitas, 2006. p. 56 e ss.
19. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Del derecho abstracto al derecho real. *InDret*, 2006, n. 04. p. 2.
20. "O que se chama culpabilidade é um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico" (JAKOBS, Günther. El principio de la culpabilidad. *Anuario de Derecho Penal*

dor penal"[21]. Todavia, critica-se, com razão, concessões à prevenção geral negativa – sobretudo em suas versões mais radicais –, que fundamentam a imposição concreta da pena com base nos efeitos neutralizadores que poderiam desencadear em relação a possíveis infratores. O infrator deve responder pelo(s) fato(s) próprio(s), não por (supostas e indemonstráveis) propensões ao delito alheias. Tanto a ideia de prevenção geral negativa como a de prevenção geral positiva podem, de modo altamente criticável, alinhavar a magnitude da resposta punitiva a consequências totalmente estranhas ao âmbito da violação normativa realizada pelo próprio sujeito.

Do ponto de vista normativo, porém, a previsão da pena em abstrato é apenas um anúncio da consequência possível em caso de realização do injusto culpável, sempre atrelada às ideias de sofrimento e de dor, que conformam a imposição concreta da resposta punitiva. Esse sofrimento, inerente à pena, porém, só seria legítimo quando proporcional ao desvalor do fato e à culpabilidade individual[22].

No art. 59 do Código Penal, faz-se referência à culpabilidade como fator delimitador da concreta imposição da pena (culpabilidade como fator de individualização penal), que não poderia ultrapassar a medida da culpabilidade. Esse brocardo, muito conhecido da doutrina, já constava do Projeto Alternativo de Código Penal para a Alemanha (1966) e deve ser interpretado em conjunto com as finalidades programáticas da pena assumidas pelo § 2º do mencionado Projeto[23], a saber, a proteção de bens jurídicos e a reinserção social do autor. A culpabilidade, assim, age como um limite indispensável à atuação do Estado na persecução dos fins preventivos (gerais e/ou especiais) atribuídos à pena criminal, além de categoria fundamental do conceito analítico de delito. A limitação da medida da resposta penal é função político-criminal da culpabilidade, que, do ponto de vista dogmático, também configura a própria noção de delito[24]. Mas,

---

y Ciencias Penales. Madrid: Centro de Publicaciones, tomo XLV, fascículo I, jan.-abr. 1992. p. 1083).

21. ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 40.

22. "A 'segurança cognitiva' deve ser alcançada, pois, necessariamente no marco da retribuição justa" (ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 41).

23. Cf. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 121.

24. Assim, "a dimensão de *culpabilidade* do fato punível, como *reprovação* do autor pela realização do *tipo de injusto*, existe somente como *qualidade* do fato punível – ou seja, ainda não existe como *quantidade de reprovação*, isto é, como *medida* da pena criminal, apenas determinável no processo intelectual trifásico de *aplicação da pena*, com base nas *circunstâncias judiciais*, nas *circunstâncias legais* e nas *causas especiais*

cabe o alerta, "na medida em que qualquer ato legislativo de fundamentação ou contenção do poder de punir se limite a contornos ou juízos formais, como ocorre no âmbito dos enunciados da culpabilidade, estará apenas reforçando o processo criminalizador"[25].

O art. 59 do Código Penal brasileiro estabelece que a pena deve visar, conforme seja necessário e suficiente, à reprovação e à prevenção do crime. A partir do texto legal, é possível identificar que a individualização da pena obedece à prévia determinação do ilícito culpável – e, nesse sentido, a culpabilidade participa como elemento essencial da noção de delito – e tem como propósito a obtenção de finalidades preventivas, que encontram limite na necessidade e na proporcionalidade da resposta punitiva para fazer frente ao dano ou ao perigo ao bem jurídico protegido.

Nessa perspectiva, é preciso ressignificar o conteúdo material da culpabilidade e conformar a categoria a fim de superar uma concepção puramente retribucionista-repressiva no processo de construção do delito e de individualização da pena. Como precisamente afirma Bustos Ramírez, "culpabilidade é responsabilidade, não é uma reprovação"[26]. A culpabilidade deixa de ser um juízo de censura ou de reprovação pessoal e adquire uma roupagem diversa, em que sua autonomia valorativa reside precisamente na análise de dados concretos e de seus fundamentos materiais, sempre a partir da realização do injusto. Só assim a culpabilidade pode cumprir autêntico papel político-criminal de "reduzir o poder punitivo estatal, enfraquecendo os processos de criminalização"[27]. O juízo de responsabilidade penal, portanto, passaria pela análise do desvalor da conduta e do resultado, bem como pela constatação da culpabilidade individual. A culpabilidade é construída normativamente sobre a prévia base do injusto e toma parte, portanto, do conceito de delito (função fundamentadora da pena). De outro lado, também funcionará como limite ao poder punitivo e atuará como instrumento de proteção do autor em face dos processos de criminalização (função de delimitação da resposta penal).

A avaliação da culpabilidade depende, do ponto de vista formal, da constatação de seus elementos constitutivos (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude) e, nesse processo de elaboração

---

de aumento ou de redução da pena" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 517, grifos do autor).

25. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 122-123.

26. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*. Barcelona: Ariel, 1984. p. 376.

27. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 247.

valorativa, é preciso abandonar juízos imprecisos, moralistas, subjetivos, guiados por uma política criminal de viés punitivista e repressor. É preciso abrir espaço para valorações que analisem dados empíricos relevantes, que contextualizem amplamente a realização do injusto. Por isso, fatores como a presença de laços familiares próximos, por exemplo, podem implicar na exclusão da exigibilidade de conduta diversa no favorecimento pessoal e, consequentemente, eliminar a culpabilidade pela prática do ilícito penal. Do mesmo modo, relações abusivas e condutas que importem em assédio (sexual ou moral, por exemplo) podem repercutir igualmente na capacidade de motivação do autor do ilícito de orientar sua conduta pelos comandos normativos. De outra parte, situações de extrema vulnerabilidade social e exclusão devem conduzir a uma menor culpabilidade pela realização do ilícito ou mesmo fundamentar a ausência de responsabilidade penal. Só uma valoração cuidadosa poderá analisar as bases materiais da categoria, e não apenas seus elementos formais.

Na configuração de suas bases materiais, cobra relevo a autonomia do sujeito[28]e não o exercício livre da vontade, como pretendia o finalismo. E não apenas pela impossibilidade de demonstração/comprovação do poder agir de outro modo, mas, fundamentalmente, pela inexistência de vontade livre. Ainda que não seja esse o objeto desse estudo, é importante destacar que a valoração da autonomia do sujeito deve ter como referência as condições sociais e individuais e sua (in)capacidade de responder aos comandos normativos. Quando a realização do ilícito ocorrer em um contexto de comprometimento da autonomia ou de sua diminuição, é preciso afastar a culpabilidade do sujeito ou atenuar a pena aplicada. E não pela ausência formal de um dos elementos da culpabilidade, mas porque o exercício dessa autonomia é o conteúdo material da própria categoria[29].

Integrando o conceito de delito, ao lado do injusto penal, a culpabilidade também poderá atuar, do ponto de vista político-criminal, como fator de delimitação da intervenção estatal sobre os espaços de liberdade. É essa a culpabilidade indicada no art. 59 do Código Penal, que não é outra senão aquela que

28. Cf. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 143.

29. Em síntese, "seja como princípio básico a orientar toda a construção teórica, isto é, como estrato autônomo do conceito analítico de crime, habilitador e limitador de pena para o sujeito do injusto, os conteúdos daquilo que se chama tradicionalmente culpabilidade são indescartáveis. Mas outorgar ao juízo de culpabilidade o sentido de reprovação, isso é mais do que descartável, atraiu um moralismo vulgar inadmissível ao estado de direito erigido a partir da dignidade da pessoa humana, cuja pedra angular reside em sua autonomia moral" (BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 180).

também atua como elemento integrante da noção de delito (função fundamentadora da pena). Mas, na esfera do art. 59, cumpre função importante, qual seja, a de individualizar a resposta penal, que deverá ser proporcional à medida do injusto culpável e nunca superior a este. A pena, nesse sentido, não poderá ser superior à culpabilidade. Não se trata, aqui, de valorar novamente a culpabilidade e, assim, infringir o princípio do *ne bis in idem*, mas sim de atender, no momento de individualização, à medida da culpabilidade previamente construída – a partir de um processo valorativo que leva em consideração a realização do injusto e elementos autônomos que conformam a culpabilidade e que devem ser interpretados em um contexto fático concreto.

Fatores relacionados à prevenção geral ou especial, conforme já assinalado, por vezes são inseridos na categoria da culpabilidade ou se aliam à mesma para conformar a responsabilidade penal (concepção preventiva de culpabilidade). Todavia, é preciso chamar a atenção para o perigo que a inserção dessas exigências de prevenção geral e/ou especial (finalidades declaradas da pena) pode representar, pois pode aproximar a individualização da pena de clamores punitivistas, de reclamos por maior rigor repressivo, de juízos subjetivos de oportunidade ou de conveniência ou mesmo de controversos critérios morais. Altamente instáveis, os fins de prevenção geral e especial poderiam fundamentar uma pena mais severa, ainda que pouco grave a lesão ou o perigo ao bem jurídico, desde que muito frequente a realização da conduta (para atender a exigências de prevenção geral) ou, diante da reiteração da prática de ilícito de pouca gravidade pelo agente, legitimar um maior rigor da resposta punitiva, para atender a questionáveis fins de ressocialização ou de neutralização. Dosar a medida da culpabilidade com base em juízos de necessidade de pena – que podem vir a ser superiores à gravidade da lesão ou do dano ao bem jurídico – pode significar uma ampliação do processo concreto de criminalização e não, conforme se postula, sua limitação.

É fato, porém, que a ausência ou a menor necessidade de pena do ponto de vista da prevenção geral ou especial devem repercutir sobre a magnitude da resposta punitiva ou, conforme o caso, fundamentar seu afastamento. Quando assim for, a punibilidade deve ser a categoria mais indicada a captar o significado comunicativo dessas exigências e de outras considerações político-criminais hábeis a excluir a necessidade de pena.

4. As circunstâncias judiciais e a individualização da resposta penal: regresso à culpabilidade de autor?

Estabelecido que a culpabilidade, no marco significativo do art. 59 do Código Penal, funciona como um delimitador da intervenção punitiva e deve

pautar-se pelas valorações previamente formuladas na constatação da realização de um ilícito culpável, cabe agora indagar qual o papel que determinados fatores de individualização da pena e de aplicação de alguns institutos previstos na Lei de Execução Penal podem assumir.

Concretamente, faz-se aqui referência à personalidade, aos antecedentes e à conduta social do autor. Tais elementos não guardam qualquer conexão com o injusto culpável e, portanto, não podem fundamentar ou agravar a resposta penal. A referência a esses dados remete a um Direito Penal de autor e a uma elaboração da magnitude da pena orientada por elementos dissociados da gravidade da conduta lesiva ou perigosa a um bem jurídico e da medida da culpabilidade pelo fato.

Esses elementos, segundo a posição doutrinária dominante, poderiam conduzir à diminuição ou ao aumento da pena e obedeceriam a exigências de prevenção geral e especial. Ainda que se objete que critérios dessa natureza (preventivos) só podem beneficiar o autor[30] – nunca o prejudicar –, é preciso reconhecer que não há indicativos seguros na lei para essa conclusão. A pena deve ter como limite máximo a culpabilidade individual pela realização do injusto penal, nunca fatores ou dados que possam reconduzir sua medida acima desse limite e, assim, violar a necessária proporcionalidade da resposta punitiva.

Os elementos indicados – personalidade, antecedentes e conduta social – são vestígios intoleráveis de uma censura à pessoa do autor. Quando benéfica a valoração desses dados, sugere-se a redução da medida da pena. Ocorre que, ainda que efetivamente positiva para o autor, essa valoração em nada se conecta com o ilícito culpável. Logo, se não fundamentam a pena (não integram o delito), não podem tais dados condicionar a magnitude da resposta penal. Examina-se a culpabilidade individual no momento da realização do ilícito penal, não em momentos anteriores ou posteriores a ela. A conduta social, a personalidade e os antecedentes do autor não integram esse processo valorativo, nem mesmo como seu fundamento material.

Embora desconectados da culpabilidade e do injusto, esses critérios são assimilados às exigências de prevenção. Mais uma vez cabe o alerta de que, ao não conhecerem uma medida precisa e um limite inarredável, tais exigências preventivas podem fundamentar aumentos ou agravações da pena com base em reclamos político-criminais de ordem punitivista. E mesmo que o julgador se atenha aos marcos penais abstratos, a fixação da pena-base de acordo com a

30. Cf. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 140.

valoração daqueles critérios para além do limite mínimo já configura uma violação ao princípio da proporcionalidade e um retorno à culpabilidade pela conduta de vida. O poder punitivo encontra apenas no injusto culpável seu limite. Incrementá-lo com apoio em considerações de prevenção nada mais é do que deixá-lo à mercê do arbítrio.

O primeiro dos elementos indicados – a *personalidade* – é arrolado como circunstância a condicionar a fixação da pena-base. Esse elemento vincula-se claramente a razões de prevenção especial e impulsiona uma pena para além da medida da culpabilidade e da gravidade do injusto. Sem ingressar aqui nas investigações que nos campos da psicologia e da psiquiatria tratam de aferir seu significado, o termo personalidade é tomado como porta de entrada de uma série de preconceitos e de juízos forjados com base em moralismos[31]. Nas sentenças condenatórias, são corriqueiras expressões tais como "personalidade perigosa ou cruel", "personalidade que indica inclinação para o crime", "personalidade que demonstra tendência à prática delitiva" e outras similares, que fogem totalmente do significado técnico do termo e que o julgador, em todo caso, não teria condição de avaliar.

O exame da personalidade como critério na individualização da pena com frequência ultrapassa os limites traçados pela culpabilidade do agente[32]. Sua avaliação, porém, deve ser feita no sentido de aferir a autonomia do agente e sua capacidade de captação do sentido dos comandos normativos e de integrar-se em um processo de comunicação. Só que esse dado já constitui a própria base material da culpabilidade. Distúrbios graves de personalidade que comprometam a capacidade de culpabilidade devem, assim, conduzir à atenuação ou à exclusão da responsabilidade penal. Logo, o papel da análise da personalidade deve ser de limitação da intervenção punitiva e não de recrudescimento da resposta penal para além da culpabilidade pelo fato.

Com efeito, no Estado de Direito fundado sob a égide do "princípio da autonomia moral da pessoa, o juiz certamente pode constatar a culpabilidade do acusado, e nos limites dessa constatação aplicar-lhe a pena", porém, não tem

31. "Quando se habilita poder punitivo a partir de uma consideração moral sobre o sujeito, está-se, na verdade, penalizando o ser, está-se, na verdade, praticando uma culpabilização de autor não muito diferente daquela baseada na perigosidade; está-se, na verdade, regressando à Inquisição" (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 180).

32. Sua apreciação na individualização da pena demonstra, assim, "resquícios de um direito penal do autor em nosso sistema penal" (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade:* crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85).

ele "o direito de censurar, de repreender o condenado, e, sempre que o fizer, estará atuando com abuso de poder"[33].

Os *antecedentes*, assim compreendidos os acontecimentos anteriores da vida do autor, apresentam, igualmente, alta carga de imprecisão e, na medida em que condenações anteriores possuem um prazo de validade para a configuração da reincidência (art. 64 do CP), considerar eventuais condenações após o decurso desse lapso temporal como "maus antecedentes" implica em perpetuar seus efeitos prejudiciais. Em todo caso, acontecimentos desvinculados do injusto culpável e anteriores a ele não devem condicionar a magnitude da pena. Abrem uma perigosa margem à discricionariedade judicial, que tudo pode situar sob os contornos plásticos do termo.

A *conduta social*, por sua vez, resgata uma culpabilidade pela conduta de vida altamente criticável[34]. Pode perfeitamente permitir o ingresso, no marco da individualização da pena, da noção do "cidadão de bem", daquele que se comporta de acordo com pautas idealizadas de atuação social (o chamado "homem médio"), o que também aproxima o processo de determinação da pena de um direito penal de autor, não do fato. A única legitimidade desse fator seria – quando melhor precisado (como indica o PLS 236/2012, no art. 81, II, *g*) – no âmbito das atenuantes, nunca como circunstância a permitir a fixação da pena-base, pois nesse último campo poderia conduzi-la para além dos limites do injusto culpável.

O elemento *consequências do crime*, por sua vez, também implica em violação à culpabilidade, na medida em que importa em expansão de seu espectro valorativo. A culpabilidade é a responsabilização pelo injusto penal e, no campo do injusto, ingressa a lesão ou o perigo ao bem jurídico (desvalor do resultado). As consequências do delito – para além do resultado típico (de dano ou de perigo) – não integram o conteúdo do ilícito penal. Assim, por exemplo, no feminicídio, pode ser consequência do crime o fato de deixar órfão ou órfã o filho ou a filha da vítima e, em um delito contra a honra, a repercussão social produzida. Conduzir a pena para além da culpabilidade ou da gravidade do injusto devido a desdobramentos que não se vinculam ao(s) bem(ns) jurídico(s) protegido(s) é ceder à pressão de um prevencionismo que não conhece limites e que infringe princípios penais de garantia.

Seja na dosimetria da pena (como seu limite) ou na consideração da culpabilidade como fator para a concessão ou não de benefícios no âmbito da

33. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 179.

34. Cf. a contundente crítica de MACHADO, Vinícius. *Individualização da pena:* o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010. p. 128-129.

execução penal, examinar a culpabilidade requer considerar apenas seus elementos formais e sua base material, bem como sua vinculação como juízo de responsabilização pela realização do injusto (que engloba o desvalor da ação e o desvalor do resultado). Fatores externos ao injusto e ao âmbito da culpabilidade não podem fundamentar um aumento da pena e tampouco devem condicionar a negativa da concessão de benefícios. Se, no primeiro caso, há clara violação a princípios penais de garantia (culpabilidade/proporcionalidade), no segundo caso, há uma concessão perigosa a fins de prevenção ou a clamores externos que pressionam por maior rigor penal.

Por isso, é preciso repensar o teor do *caput* do art. 59 do Código Penal, no sentido de reforçar a função político-criminal da culpabilidade como limite à intervenção punitiva. Aliar a essa categoria considerações de ordem preventiva – tais como a (suposta) análise da personalidade, dos antecedentes, da conduta social, dos motivos e das consequências do crime – pode redundar em um estímulo para o incremento da resposta punitiva para além do mínimo com lastro em considerações alheias ao injusto e à culpabilidade. Apenas elementos ou dados conectados à lesão/perigo ao bem jurídico, à gravidade da conduta e à magnitude da culpabilidade podem conduzir a um aumento da resposta penal. Fundamentar uma majoração da pena-base em considerações político-criminais de viés prevencionista significa fomentar violações aos princípios penais de garantia. Cabe reconhecer, como adverte Zaffaroni, que "nem todo o dever ser dos direitos humanos e dos princípios do Estado de Direito" encontra-se realizado, "mas que se trata de um *dever ser que em grande medida ainda não* é, *e a missão do saber jurídico e do saber jurídico penal em particular* é *apoiar e reforçar o estado de direito em sua permanente luta pulsante com o de polícia*"[35]. Nesse percurso de luta contra os abusos que podem ser cometidos em nome da proteção de bens jurídicos ou da manutenção da vigência normativa, sempre é possível rever conceitos arraigados em nosso sistema penal, "*depurando cuidadosamente nossas teorizações de todos os conteúdos de direito penal do inimigo que a doutrina arrasta como insidiosos elementos venenosos próprios do estado absoluto*"[36].

Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado 236/2012[37] operou algumas modificações na fixação da pena-base que têm merecido importantes considerações

35. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. E Estado de Derecho sólo hay delincuentes. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 277, grifos no original.

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 278, grifos no original.

37. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 13.05.2018.

doutrinárias[38]. Retirou-se a personalidade do agente (art. 75 do Projeto) e os antecedentes passaram a figurar como circunstância agravante (art. 77, II, do PLS 236/2012). A circunstância conduta social foi excluída e, no rol das atenuantes, inclui-se o fato de "ter o agente, voluntariamente, realizado, antes do fato, relevante ato de solidariedade humana e compromisso social" (art. 81, II, *g*, do PLS 236/2012). Fins, meios e modo de execução ingressaram nos domínios das circunstâncias judiciais (art. 75, *caput*, do PLS 236/2012). No exame da circunstância judicial "consequências do crime", o juiz deverá avaliar "os danos suportados pela vítima e seus familiares, se previsíveis" (art. 75, § 1º, do PLS 236/2012). Na sequência, veda a valoração de elementares típicas e de fatores já examinados nas demais etapas da dosimetria da pena como circunstâncias judiciais (art. 75, § 2º, do PLS 236/2012). Mantido no Substitutivo[39], esse dispositivo – embora necessário – não logra afastar "os mal-entendidos gerados por uma tendência de 'levar por demais a sério' a proibição de dupla valoração"[40]. No que diz respeito ao tema aqui tratado, incluir elementos concretos relacionados à conduta social no rol das atenuantes evita, pelo menos, que a magnitude da pena oscile para maior em consequência de perigosos juízos de valor acerca da conduta de vida do autor. Já no que respeita à inclusão dos antecedentes no rol das agravantes, é altamente criticável que a reincidência tenha um prazo determinado para sua consideração – em cinco anos no PLS 236/2012 (art. 79, I) e agora, pelo Substitutivo, em dez anos! – e os antecedentes ao fato – definidos como "as condenações transitadas em julgado que não geram reincidência" (art. 77, II, do PLS 236/2012) – possam permanecer atuando sobre a medida da pena indefinidamente[41].

---

38. Cf. OLIVEIRA, Rodrigo Moraes. A medição da pena privativa de liberdade no projeto de reforma do Código Penal brasileiro: apreciação crítica. *Revista de Estudos Criminais*, n. 50, jul.-set. 2013. p.188-194; AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. A reformulação dos critérios de determinação judicial da pena. In: GRECO, Rogério (Org.). *Comentários ao Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 111-133; TEIXEIRA, Adriano. A aplicação da pena no Substitutivo ao PLS 236. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma penal*. A crítica científica à parte geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). São Paulo: Atlas, 2015. p. 219-232.

39. Cf. [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516855&disposition=inline]. Acesso em: 13.05.2018.

40. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 221 [TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na APN 470/MG do STF (Caso Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 32].

41. Nesse sentido, vide TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 226, que afirma "A par da infeliz denominação 'ficção jurídica', é difícil compreender por que é possível 'apagar' a reincidência em cinco (agora, pelo Substitutivo, em dez) anos e os maus antecedentes não".

A elogiosa proposta alternativa para debate formulada no campo da discussão doutrinária sobre a reforma da parte geral do Código Penal, em contrapartida, vai além e se inclina pela eliminação de todas as circunstâncias judiciais pessoais, a saber, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente (art. 59). O argumento fundamental é o de que os princípios da legalidade e da culpabilidade norteiam também a aplicação da pena e punir o sujeito pelo que é, e não pelo que fez, significa corroborar o "ultrapassado, autoritário direito penal do autor"[42].

Sugere-se, aqui, que também as demais circunstâncias previstas no Código Penal – motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima – sejam eliminadas em futura reforma da Parte Geral como circunstâncias judiciais na fixação da pena-base. Em síntese, a pena-base, como marco inicial, deve se orientar exclusivamente pela gravidade do injusto culpável. A partir da segunda fase do cálculo da pena, com o exame das circunstâncias atenuantes e agravantes (art. 68 do CP), podem ingressar determinados dados considerados importantes pela lei. Em todo caso, a relevância desses elementos (circunstâncias atenuantes e agravantes) deve ser analisada pelo juiz "conforme sua relevância no caso concreto" (segundo acertada sugestão da proposta alternativa ao projeto de reforma do Código Penal[43]). Indicar a preponderância de certas circunstâncias (como a personalidade e a reincidência), tal como faz o art. 67 do Código Penal é, mais uma vez, reforçar um abominável direito penal de autor, em detrimento de um cuidadoso exame das peculiaridades do caso concreto.

Algumas das circunstâncias judiciais podem se vincular diretamente ao injusto culpável e, quando assim for, haverá *bis in idem* com uma nova valoração, ampliadora da criminalização, na determinação da pena-base para além do limite mínimo. Os motivos podem figurar como circunstâncias atenuantes (arts. 65, III, *a* e 66 do CP) ou agravante (art. 61, II, *a*, do CP) e, nessa última hipótese, apenas uma indicação taxativa legitima o recrudescimento da resposta punitiva. As circunstâncias e as consequências do crime são, a princípio, alheias ao injusto culpável e, portanto, não apresentam legitimidade para fundamentar uma pena-base além do mínimo. Quando, por exemplo, forem favoráveis ao acusado (circunstâncias e/ou consequências), podem ser levadas em

42. GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Reforma da Parte Geral do Código Penal*: uma proposta alternativa para debate. 2017. p. 44.

43. Cf. GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Reforma da Parte Geral do Código Penal:* uma proposta alternativa para debate. 2017. p. 50-51.

consideração como atenuantes genéricas (art. 66 do CP). Já o comportamento da vítima merece ser examinado com muita cautela. E isso porque a autocolocação da vítima em situação de risco (ou mesmo a heterocolocação, conforme o caso) pode repercutir sobre a própria tipicidade penal e elidi-la, pela falta de criação ou realização do risco juridicamente não permitido. Quando o comportamento em questão for a outorga de consentimento, também há espaço dogmático adequado para considerá-lo (seja como excludente de tipicidade, seja como excludente de ilicitude, por exemplo). Ocorre que, lamentavelmente, a brecha legal para a consideração do comportamento da vítima na fixação da pena-base pode conduzir a atenuação que expressa um inequívoco machismo, como nos crimes contra a dignidade sexual. Além de dissociada do injusto culpável, essa atenuação atende a motivações político-criminais abomináveis e, por essa razão, não é recomendável que permaneça na legislação penal como guia para a aplicação da pena-base.

5. Os vestígios de uma culpabilidade de autor na esfera da individualização executória

Identificada a vinculação das circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal brasileiro com uma culpabilidade de autor, cumpre agora examinar alguns dos importantes desdobramentos que uma orientação exclusivamente prevencionista pode trazer no plano da individualização judicial e executória.

No campo da individualização judicial, o juiz determinará na sentença condenatória, com amparo nas referidas circunstâncias (art. 33, § 3º, do CP), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III, do CP; art. 110 da LEP). Extrai-se daí que os antecedentes, a personalidade e a conduta social, entre outros elementos, vão atuar diretamente na escolha desse regime, observadas as demais condições objetivas constantes do art. 33 do Código Penal, para a fixação do regime inicial. Como essa execução se dá de forma progressiva, o condenado pode passar a cumprir a pena em regime menos grave, mas sempre atrelada essa progressão a dados objetivos relacionados ao tempo de cumprimento da pena e ao exame de seu comportamento carcerário. O ingresso no regime aberto encontra-se, ainda, condicionado ao exame dos *antecedentes* do condenado e à presença de fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime (art. 114, II, da LEP, redação preservada no Projeto de Lei do Senado 513/2013[44]). Com

44. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665]. Acesso em: 13.05.2018.

isso, tem-se que os antecedentes e a personalidade do condenado pautam de forma decisiva a seleção do regime inicial e, direta ou indiretamente, são também tomados em consideração na avaliação da conveniência da progressão de regime ou de ingresso no regime aberto. É certo que a execução penal objetiva "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado" (art. 1º da LEP), mas, na medida em que a determinação do regime inicial na sentença condenatória se ampara em elementos totalmente alheios ao fato e vinculados à pessoa do condenado, a culpabilidade deixa de ser o limite infranqueável e outros dados – de viés prevencionista – passam a conduzir a resposta punitiva.

A determinação do regime inicial e a decisão, em sede de execução penal, acerca de sua progressão são pautadas por considerações de ordem preventiva. No que diz respeito à fixação do regime inicial, apenas a gravidade do injusto culpável deveria guiar essa decisão, e não fatores alheios a este e relacionados a circunstâncias pessoais altamente imprecisas. Por outro lado, no que se refere à progressão, aliado a dados objetivos – relacionados ao *quantum* da pena já cumprida –, o exame do comportamento carcerário/mérito (art. 33, § 2º, do CP; art. 112 da LEP), embora também de cunho prevencionista, justifica-se na medida em que a antecipação da liberdade deve se conciliar com os fins declarados da execução penal. Mas vedar o ingresso no regime aberto com lastro nos antecedentes é ir além e chancelar um Direito Penal de autor.

Orientar a individualização da execução penal por critérios, tais como os antecedentes e a personalidade (art. 5º da LEP), também é uma opção por um autoritário direito penal de autor, não do fato. No momento da individualização executória, devem sim ser levados em consideração os fins da pena – assim como no momento de constatação da punibilidade, em que se afere a necessidade de pena –, porém, as considerações relacionadas aos fins preventivos da pena (gerais e/ou especiais) não podem fomentar restrições ao desencarceramento quando baseadas em critérios altamente imprecisos em razão de sua alta carga de subjetivismo. Em boa hora o PLS 513/2013 altera a redação do referido dispositivo, excluindo tais alusões e incluindo critérios de "primariedade ou reincidência, regime de cumprimento de pena, escolarização e a previsão de alcance de benefícios e término de cumprimento de pena, conforme dados extraídos do atestado de pena a cumprir, para orientar a individualização da execução penal". Elimina as referências aos antecedentes e à personalidade, mas ampara a individualização da execução da pena na reincidência, já prevista como circunstância agravante no Código Penal. Logo, se essa classificação significar exasperar também as condições da execução com lastro na reincidência, não deixa de ser um reforço a critérios prevencionistas e uma mera

troca de palavras, embora – distintamente dos antecedentes – a reincidência tenha um prazo para se configurar.

Esses critérios – antecedentes e personalidade – também influem no momento de aferição do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena (art. 59, IV, do CP). Reitera-se que essa avaliação deveria tomar como parâmetro fundamental unicamente a gravidade do injusto culpável (art. 44, I, do CP[45]), e não os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias (art. 44, III, do CP), que não permitem, dada sua acentuada indeterminação, sopesar a suficiência e a necessidade da substituição[46].

O mesmo se pode dizer a respeito do livramento condicional, cuja concessão, além de critérios objetivos, ainda prevê a valoração dos "bons antecedentes" do condenado pelo juiz da execução (art. 83, I, do CP; art. 131 da LEP). O PLS 513/2013 avança quando consigna, porém, a possibilidade de o juiz da execução conceder o livramento condicional com independência daqueles requisitos, nos crimes sem violência ou grave ameaça, em caso de ausência de condenação anterior em crime doloso, e havendo bom comportamento, desde que cumprida parte da pena privativa de liberdade imposta (art. 131-A).

Do mesmo modo, no momento da individualização da execução, a recomendação ou não da conversão deveria estar dissociada de critérios tais como os antecedentes e a personalidade do condenado (art. 180, III, da LEP). O que de fato interessa sopesar é a gravidade do ilícito culpável, bem como o comportamento do condenado no curso do cumprimento da pena imposta, posto que o exame deste último se conecta a exigências de prevenção especial/geral justificáveis. Todavia, em nada deve interferir – seja na concessão do livramento (art. 131 da LEP), seja na conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 180, III, da LEP) –, o exame dos antecedentes ou da personalidade do condenado, uma vez que qualquer prognóstico que se possa fazer a partir daquele significa uma odiosa concessão a reclamos punitivistas, incompatíveis com fins preventivos legítimos.

---

45. Conforme o PLS 513/2013 (art. 4º), o art. 44, I, do Código Penal passa a ter a seguinte redação: "a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou inferior a 5 anos e o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, o crime for culposo".

46. O mesmo se aplica à suspensão condicional da pena, de escassa projeção na atualidade, cuja concessão permanece condicionada ao exame da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como dos motivos e das circunstâncias (art. 77, II, do CP, conservado na redação do art. 156, *caput*, da LEP, não alterada pelo PLS 513/2013).

Por fim, cabe um importante registro. No contexto da reforma da Lei de Execução Penal, o PLS 513/2013 redefine a transação penal no art. 394-B, ampliando seu âmbito de aplicação, que passa a abranger crimes praticados sem violência ou grave ameaça cujo somatório das penas máximas cominadas não seja superior a oito anos de reclusão (art. 394-B, III). A aplicação imediata de pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46 do CP) antes do oferecimento da denúncia será possível quando, entre outros requisitos, "os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida" (art. 394-B, V). Uma vez mais, ingressam no texto da Lei de Execução Penal – agora diretamente – referências que evocam um direito penal de autor e que precisam, urgentemente, ser eliminadas em um momento de reforma legislativa.

6. Considerações finais

A categoria da culpabilidade assume papel político-criminal de acentuada importância, atuando como limite máximo da pena. A resposta punitiva deve ser proporcional ao injusto culpável. Concepções que configuram a culpabilidade a partir da necessidade de pena ou que aliam à categoria considerações relacionadas à prevenção geral e/ou especial, porém, podem fomentar uma expansão dos tentáculos punitivos do Estado, na medida em que tais fins não conhecem limites precisos. Portanto, recomenda-se que considerações relacionadas aos fins da pena sejam analisadas no âmbito da punibilidade, categoria alheia ao injusto culpável.

No marco da individualização judicial da pena, a culpabilidade desempenha a função de limite máximo da resposta punitiva, ao lado da necessidade de pena (considerada na punibilidade). A indicação de determinados elementos como circunstâncias judiciais, a serem analisadas na determinação da pena-base (art. 59 do CP), porém, abre uma perigosa porta de acesso para considerações preventivas relacionadas a um Direito Penal de autor.

Com efeito, o exame da personalidade do agente, de seus antecedentes e de sua conduta social podem conduzir a uma pena superior à magnitude do injusto culpável, atrelada a fatores vinculados a uma rechaçável reprovação pela conduta de vida. É preciso repensar a indicação desses elementos como fatores de fixação judicial da pena, bem como outros elementos presentes do art. 59, *caput*, do Código Penal e que, quando de fato interessam, encontram-se já nos limites do próprio delito e de suas categorias.

Sugere-se que também as demais circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal – motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o

comportamento da vítima – sejam eliminadas em futura reforma da Parte Geral como circunstâncias judiciais na fixação da pena-base. A pena-base, como marco inicial, deve se orientar exclusivamente pela gravidade do injusto culpável. Algumas das circunstâncias judiciais podem se vincular diretamente ao injusto culpável e, quando assim for, haverá *bis in idem* com uma nova valoração, ampliadora da criminalização, na determinação da pena-base para além do limite mínimo. A partir da segunda fase do cálculo da pena, com o exame das circunstâncias atenuantes e agravantes (art. 68 do CP), podem ingressar determinados dados considerados importantes pela lei. Em todo caso, a relevância desses elementos (circunstâncias atenuantes e agravantes) deve ser analisada pelo juiz de acordo com seu significado no caso concreto. Indicar a preponderância de certas circunstâncias subjetivas importa em reforçar um abominável direito penal de autor, em detrimento de um cuidadoso exame das peculiaridades do caso concreto.

No campo da individualização da execução penal, repercutem as críticas feitas aos elementos indicados como circunstâncias judiciais no art. 59, *caput*, do Código Penal. Com efeito, a inclusão do condenado no regime aberto, a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, o livramento condicional e a transação penal – que, a partir da reforma da Lei de Execução Penal em tramitação, também passa a constar de seu texto – encontram-se direta ou indiretamente conectados aos fatores pessoais indicados no art. 59, *caput*, do Código Penal.

O que de fato interessa sopesar é a gravidade do ilícito culpável, bem como o comportamento do condenado no curso do cumprimento da pena imposta, posto que exame deste se alinha a exigências de prevenção especial/geral justificáveis. Entretanto, conforme assinalado, em nada deve interferir – seja na concessão do livramento (art. 131 da LEP), seja na conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 180, III, da LEP) –, o exame dos antecedentes ou da personalidade do condenado, uma vez que qualquer prognóstico que se possa fazer a partir daquele significa uma odiosa concessão a reclamos punitivistas.

A execução penal, porém, deve atender a fins preventivos legítimos, e não àqueles que remetem a um Direito Penal de autor, de viés autoritário e antidemocrático.

7. Referências

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. A reformulação dos critérios de determinação judicial da pena. In: GRECO, Rogério (Org.).

Comentários ao projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012). Rio de Janeiro: Ímpetus, 2013.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo (Org.). *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*. Parte general. Barcelona: Bosch, 1984.

CACICEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo:* uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal:* significado y finalidad. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson/Civitas, 2006.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade:* crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Reforma da parte geral do Código Penal:* uma proposta alternativa para debate. 2017.

JAKOBS, Günther. El principio de la culpabilidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones, tomo XLV, Fascículo I, p. 1051-1083, jan.-abr. 1992.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1899.

MACHADO, Vinícius. *Individualização da pena:* o mito da punição humanizada. Florianópolis: Modelo, 2010.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958.

NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo (Org.). *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes. A medição da pena privativa de liberdade no projeto de reforma do Código Penal brasileiro: apreciação crítica. *Revista de Estudos Criminais*, n. 50, p. 188-194, jul.-set. 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al derecho penal. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Límites al derecho penal*. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAUER, Guillermo. *Derecho penal*. Parte general. Trad. J. Del Rosal e José Cerezo Mir. Barcelona: Bosch, 1956.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Del derecho abstracto al derecho 'real'. *InDret*, Barcelona, n. 04, 2006.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo (Org.). *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. A aplicação da pena no Substitutivo ao PLS 236. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma penal*. A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). São Paulo: Atlas, 2015.

TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na APN 470/MG do STF (Caso Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad y vulnerabilidad social. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo/Buenos Aires: B de F/Julio César Faira Editor, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En estado de derecho sólo hay delincuentes. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo (Org.). *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Culpabilidade como limite da pena:, de Arlindo Severino Teixeira de Oliveira – *RT* 944/187-201 (DTR\2014\2122); e
- Culpabilidade na dosimetria da pena, de Pedro Jorge Costa – *RBCCrim* 126/109-132 (DTR\2016\24549).

Gestão penitenciária e Poder Judiciário: interações entre agentes institucionais dentro e fora dos muros das prisões

Penitentiary management and Judicial Power: interactions between institutional agents in and out of prison walls

Lucas Vianna Matos

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões.Professor e advogado.
lucasviannamatos@hotmail.com

Bruna Portella de Novaes

Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões.Professora e advogada.
brunaportella@gmail.com

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 10.05.2018
Última versão do(a) autor(a): 14.05.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho busca, a partir de dez processos judiciais correntes na comarca de Salvador/BA, compreender qualitativamente as interações entre atores institucionais extramuros, notadamente aqueles atuantes no poder judiciário, e atores institucionais intramuros, atuantes nas unidades prisionais da capital baiana. A seleção da amostra se pautou na busca por processos com alguma publicação, no ano de 2017, de atos judiciais com referência ao cometimento de falta disciplinar por parte de algum interno. O objetivo desse recorte foi concentrar as atenções na análise dos fluxos documentais de Processos Administrativos Disciplinares, compreendidos como um momento privilegiado para observação

Abstract: This work aims, supported by ten judicial processes in the region of Salvador/BA, to qualitatively comprehend the interactions between the institutional actors outside the prison, especially those working in the judiciary, and institutional actors inside the prison, acting in the prison units. The selection of the sample was based on the search for processes with some publication in the year 2017 about judicial acts with reference to the committing of disciplinary offense by some inmate. The objective of this sample was to focus attention on the analysis of the documentary flows of administrative disciplinary procedures, understood as a privileged moment to observe the dialogue between the

do diálogo entre os já mencionados atores, e análise crítica dos mecanismos de gestão, controle e punição no âmbito prisional. O artigo tem como objetivo central expor alguns resultados dessa exploração qualitativa, organizados a partir de quatro momentos-chave de um processo de execução em que há falta disciplinar: a notícia de indisciplina e aplicação de sanção cautelar, o desenrolar próprio do procedimento administrativo disciplinar, a audiência de justificação e a sentença homologatória da aplicação de sanção.

Palavras-chave: Execução penal – Falta disciplinar – Processo judicial – Gestão penitenciária – Poder judiciário.

aforementioned actors and a critical analysis of the management mechanisms, control and punishment in the prisons. The main objective of this article is to present some results of this qualitative exploration, organized from four key moments of the execution of a penal sentence where there had been a disciplinary offense: the report of indiscipline and application of provisional sanction, the disciplinary administrative procedure itself, the justification hearing and the award of the sanction.

Keywords: Penal sentence execution– Disciplinary offense– Judicial process– Prison management– judicial power.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um olhar sobre os agentes institucionais. 3. Mitologia jurídica e teoria crítica da Execução Penal. 4. Dinâmicas prisionais e o processo judicial de execução. 4.1. Notícias de indisciplina: primeiros avisos sobre o cometimento da falta e a imposição de medida disciplinar cautelar. 4.2. O processo administrativo disciplinar (PAD): construção da verdade intramuros. 4.3. Contestar a verdade administrativa? As audiências de justificação. 4.4. A palavra final é a do juízo: a legitimação da gestão carcerária. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A prisão, enquanto fenômeno histórico e social, tem sido crescentemente objeto de vasta exploração etnográfica e sociológica. O campo da sociologia prisional se consolidou a partir dos estudos clássicos na academia estadunidense ainda em meados do século XX, com o estabelecimento de planos de referência e instrumentais de pesquisa para o estudo da prisão, muito especialmente a partir da demonstração dos efeitos deletérios ("prisionização") na personalidade dos sujeitos submetidos à experiência carcerária[1]. A guinada contemporânea dessa agenda de pesquisa, contudo, se relaciona com um quadro global de hegemonia política de um paradigma de controle social que se conforma a partir da radicalização de dinâmicas urbanas punitivas e do avanço massivo do encarceramento.

1. Alguns estudos de referência para a consolidação do campo da sociologia prisional foram realizados especialmente por Donald Clemmer, GreshamSykes e ErvingGoffman. A partir de outra tradição epistemológica e metodológica, o trabalho de Michel Foucault contribuiu decisivamente para a localização da prisão como um importante dispositivo de poder nas sociedades capitalistas modernas.

O crescimento exponencial da população prisional mundial e brasileira[2] e o consequente incremento da presença da instituição da prisão na vida social na virada dos tempos (GODOI, 2017a) orienta novas questões para a interpretação dos sentidos sociais e políticos do encarceramento contemporâneo, assim como das dinâmicas de funcionamento do cárcere e gestão da população prisional.

A liderança política dos Estados Unidos no processo simbólico e material de consolidação do aprisionamento como um mecanismo central de controle social estabeleceu importantes leituras teóricas sobre a dinâmica racializada do superencarceramento, em suas interações com a ascensão das práticas de governamentalidade neoliberal[3]. O discurso punitivo estadunidense influenciou decisivamente o incremento global de punitividade e encarceramento, com especial impacto nas práticas penais brasileiras. Contudo, apesar de serem importantes conexões com o nosso contexto periférico e de oferecerem importantes chaves de leitura para o processo global, as leituras estrangeiras sobre o fenômeno do encarceramento em massa não são suficientes para a interpretação dos sentidos políticos e para análise do funcionamento do fenômeno prisional brasileiro, profundamente marcado por suas especificidades históricas, sociais e jurídicas.

Nesse sentido, tem-se consolidado, nas últimas décadas, um campo de pesquisa que pensa o encarceramento em massa a partir da experiência brasileira e suas contingências históricas. Em um diverso espectro disciplinar – sociologia, antropologia e criminologia – há um esforço crítico de pensar a prisão no Brasil, seus impactos sociais e relações com movimentos mais amplos de exclusão, racismo institucional e violência estatal. Se a tradição clássica consolidou a prisão como uma instituição total, em um movimento de separação rígida entre mundos diversos – cárcere e sociedade livre –, perspectivas recentes sobre o encarceramento contemporâneo e suas novas dinâmicas têm produzido inflexões e leituras menos rígidas, atentas às interações estratégicas entre sociedade-prisão, em um processo geral de intensificação do encarceramento e "dispersão do controle social na cidade punitiva" (GODOI, 2017a, p. 39).

2. Segundo o último relatório do Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira chegou à marca de 726.200 pessoas aprisionadas, com uma taxa de encarceramento de 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes (LEVANTAMENTO NACIONAL..., 2017).

3. Com especial repercussão no Brasil, os trabalhos de David Garland, LoïcWacquant e Michelle Alexander.

Por outro lado, a redefinição da função social da prisão na virada dos tempos neoliberais é ponto de convergência entre diferentes análises, estrangeiras e brasileiras. A crise dos discursos e práticas legitimantes (as ideologias "re") consolidou o paradigma da prisão como espaço de incapacitação e depósito de gente supérflua para a reprodução da forma social capitalista (GODOI, 2017a). Rafael Godoi chama atenção, contudo, para alguns riscos da aceitação passiva da teoria da prisão-depósito, em que pese dialogue com a perspectiva em um sentido geral. Na leitura do autor:

O cuidado de não tomar a prisão como um dispositivo meramente repressivo nem o poder como uma relação meramente negativa são princípios teóricos e metodológicos estruturantes do pensamento foucaultiano. Não é por que a cadeia já não se representa como um aparelho disciplinar analisado por Foucault que deixa de fazer sentido o estudo de sua mecânica de funcionamento e a prospecção de seus efeitos positivos ou de suas produtividades (GODOI, 2017a, p.30).

O caminho proposto pelo autor – com o qual dialogamos nesse trabalho – é partir da prisão-depósito sem deixar de problematizar o funcionamento e as estruturas de gestão da prisão massificada, com um olhar atento às produtividades da prisão em relação às dinâmicas sociais gerais. O risco da passividade em relação à função social mais ampla do dispositivo prisional é a naturalização dos processos estruturais de violência institucional e, em última instância, naturalização do próprio processo de encarceramento.

Nesse sentido, cabe insistir em uma agenda de pesquisa que não se concentre somente em aspectos da sociabilidade dos presos, familiares e "facções criminosas"[4], mas que recoloque questões sobre as violências estatais, interpretadas em um espectro amplo de negligências com direitos básicos, violências físicas e morte, que estruturam a gestão prisional brasileira e suas comunicações com a sociedade livre.

Assim, as abordagens sociojurídicas sobre a execução penal apresentam uma potência peculiar, diante de seu interesse especial pelas dinâmicas institucionais e o seu diálogo com tradições criminológicas críticas que, especialmente na América Latina, tem operado uma radical deslegitimação da instituição prisional, em uma postura teórica e política de denúncia do quadro histórico de violência, racismo e genocídio (ZAFFARONI, 2001).

4. Essas abordagens, cabe ressaltar, contribuíram para a crítica de uma visão meramente normativa e institucionalista das dinâmicas prisionais, problematizando "as relações políticas e epistemológicas entre discursos dominantes e dissonantes, saberes científicos e não-científicos, entre sujeito e objeto de pesquisa" (GODOI, 2017a, p. 224), trazendo para os estudos prisionais novas questões fundamentais.

A partir desse ponto de vista da crítica, observar as dinâmicas prisionais envolve, necessariamente, interpretar instâncias sociais e jurídicas anteriores e simultâneas à experiência do encarceramento. Indagar, portanto, não apenas o cotidiano prisional, mas os mecanismos que transformam pessoas em réus, e réus em presos[5]. Nesse sentido, o poder judiciário torna-se, então, um lócus privilegiado para compreensão não apenas de como se depositam pessoas na prisão, mas também como se desenvolvem os mecanismos de permanência, prolongamento e vivência qualitativa da pena (GODOI, 2017a).

Um dos caminhos para compreensão de dinâmicas prisionais leva a atividade de pesquisa, portanto, para observação da atuação de agentes institucionais intra e extramuros capazes de influenciar decididamente o tempo de permanência no cárcere (progressões de regime, liberdade condicional, saídas temporárias) e alterar a experiência prisional (punições administrativas, isolamentos, imposição do regime disciplinar diferenciado) dos internos. A mediação entre os agentes institucionais administrativos e judiciais ocorre, no cotidiano do cumprimento da pena, através do processo judicial de execução penal.

Nessa direção, essa investigação explora uma inquietação que traduzimos em duas perguntas: como interagem esses agentes institucionais, no âmbito do processo de execução em que houve notícia de falta disciplinar[6]? De que forma contestam ou legitimam as verdades trazidas ao processo? Para buscar algumas respostas – mesmo que provisórias –, reuniu-se um *corpus* documental de dez processos em trâmite nas varas de execução penal da comarca de Salvador/BA. A seleção dessa amostra foi orientada pela referência ao cometimento de falta disciplinar em atos jurisdicionais publicados ao longo do ano de 2017. Destaque-se que os processos analisados não são necessariamente recentes: a amostra selecionada possui procedimentos cujos impulsos iniciais datam de 2006, 2008 (dois processos), 2010, 2012, 2013, 2015, 2016 e 2017. Considerando a relativa rotatividade de juízes, promotores e defensores públicos, bem como os

5. Esta "transformação" materializa um mecanismo de desumanização próprio de um sistema penal fundado no racismo sistêmico (FLAUZINA, 2008). A pessoa alvo de estereotipia e estigmatização pela classe e cor completa a "profecia autorrealizável" quando se encaixa no papel de réu, preso provisório e, mais ainda, preso sentenciado e egresso.

6. As faltas disciplinares estão previstas na Lei de Execuções Penais (LEP) e nos estatutos penitenciários estaduais, classificando-se entre leve, média e grave. Suas repercussões vão além da sanção administrativa. O cometimento de falta tem o condão de provocar uma série de consequências negativas ao *status libertatis* da pessoa presa, como a perda de dias remidos, estabelecimento de nova data-base para progressão de regime, rebaixamento do *status* de bom comportamento (ROIG, 2014).

períodos de férias, em que são substituídos, existe uma considerável variedade de sujeitos por trás dos atos processuais que vamos analisar.

A partir de um referencial qualitativo[7], buscamos, de início, uma aproximação com os processos e suas narrativas, especialmente no que tangencia o cometimento ou a suspeita de cometimento de falta disciplinar. Posteriormente, elaboramos algumas guias de leitura com o objetivo específico de analisar aspectos da interação entre os agentes envolvidos no processo.

Abordar um número pequeno de processos sem se remeter, vez ou outra, às pessoas, histórias e dores por trás daquele fluxo de documentos mostrou-se especialmente complexo. Quem eram os internos, quais suas histórias, qual a natureza de suas faltas, indisciplinas, desobediências? Para costurar o fio condutor deste texto, optamos pela honestidade em reconhecer os seus principais protagonistas, aqueles cujos destinos estão sendo selados em um fluxo confuso de pedidos, certidões e decisões. Assim, levando sempre em consideração suas histórias, os ditos e não ditos dos processos, e especialmente os tempos de espera (MESSUTI, 2003), o texto que se segue busca apresentar uma exploração sociojurídica sobre os atores institucionais e as dinâmicas e interações que influenciam, dentro ou fora da prisão, a experiência prisional.

2. Um olhar sobre os agentes institucionais

Uma proposta de pesquisa que se volte às dinâmicas prisionais invariavelmente se depara com uma profusão de atores, em um cenário razoavelmente delimitado por grades e celas. Longe de oposições maniqueístas, um olhar mais detido revelará que a prisão é, tal qual a sociedade, muito mais complexa. Entre assistentes sociais, psicólogos, médicos, agentes da administração da prisão, familiares, visitantes, defensores, advogados e, finalmente, presos e presas, são múltiplas as relações que comportam níveis distintos de controle, auto-organização e resistências.

7. A pesquisa caracteriza-se como qualitativa, considerando que busca, a partir de uma amostra nãoprobabilística, a compreensão densa de um fenômeno, sem pretensões de generalização quantitativa. O processo de pesquisa qualitativa é flexível, transforma-se a partir da coleta de dados, tornando a formulação de hipótese – elemento rígido, definido no início da pesquisa com a finalidade de ser testado – pouco produtiva. Trata-se também de uma abordagem documental, visto que seu *corpus* empírico foi composto depesquisa como documental, uma vez que buscou seu material em informações preexistentes, concentrando-se em fontes escritas, oficiais e públicas (SAINT-GEORGES, 2011).

O recorte proposto por este artigo remete-se a agentes institucionais, atuantes dentro da prisão ou fora dela, no meio judiciário. Esse recorte deixa escapar, como é natural, algumas outras dinâmicas, como as estratégias dos internos na apresentação de suas próprias demandas (GODOI, 2017a, 2017b, 2017c). Na leitura dos processos, contudo, tornou-se impossível não levar em conta as vozes das próprias pessoas presas que irrompem em momentos pontuais, elas mesmas tentando influenciar na dinâmica entre atores administrativos e judiciais.

De um lado, então, tomamos a própria penitenciária como uma instituição, que produz, através dos seus agentes, manifestações discursivas no processo judicial. Por outro lado, os atores do poder judiciário: juízes/as, promotores/as, defensores/as e advogados/as, não necessariamente em consonância de objetivos, inauguram outras falas. Por mais que o processo pareça ser uma sucessão de manifestações técnicas, ele é também um palco de diálogos e posicionamentos sobre estratégias de gestão da população prisional.

A observação do processo judicial, ainda que sem preocupações teóricas, certamente faz parte do cotidiano de advogados/as que atuam na execução penal. A prática judiciária envolve o manejo de instituições diversas, na figura dos seus representantes. É no mínimo curioso que o ensino e reflexão do direito tantas vezes se esvazie nas discussões dogmáticas quando manifestações judiciais dependem significativamente das orientações institucionais dos próprios atores.

Abordar o processo desde um ponto de vista sociojurídico significa, quem sabe, apontar a partir da reflexão acadêmica uma obviedade não pronunciada pelo discurso jurídico hegemônico, mas vivida cotidianamente no campo do direito. As instituições passam ao largo da neutralidade tecnicista e são diretamente influenciadas e modificadas pelos seus representantes, seu histórico, suas demandas e estratégias políticas[8].

3. Mitologia jurídica e teoria crítica da Execução Penal

O direito de execução penal é, indiscutivelmente, subvalorizado no ensino e na pesquisa jurídica no Brasil. No campo do direito penal, os estudos dogmáticos

8. A noção de estratégia utilizada nesse contexto não referencia nenhum maniqueísmo. Se aproxima mais propriamente, no sentido consagrado por Foucault, a uma "estratégia sem estrategistas" (DARDOT, LAVAL, 2016), um processo complexo, mas politicamente coerente, impulsionado por diversas forças sociais, muitas vezes por motivos muito heterogêneos.

em torno da teoria do delito – com forte tendência idealista e lógico-formal – hegemonizam o debate jurídico, enquanto as questões em torno da regulação jurídica da execução penal ocupam posição secundária.

A narrativa jurídica existente, por sua vez, constitui genuína mitologia, especialmente a partir da reforma penal de 1984. O senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1982) costuma ler a Lei 7.220/84 – Lei de Execução Penal (LEP) – como materialização da noção de que o Brasil tem boas leis, mas que por diversos motivos (ineficiência da administração, falta de vontade política, corrupção etc.) não são devidamente aplicadas (CARVALHO, 2007). Nesse sentido, o discurso jurídico hegemônico repete monotonamente que o Brasil tem uma Lei de Execução Penal avançada, moderna e humana, que, por uma fatalidade qualquer, não se aplica[9].

O discurso jurídico-penal, nesse sentido, evita o debate em torno da execução, desprezando o fato de que a questão prisional é, especialmente na nossa margem, um dos principais eixos de deslegitimação do sistema penal. Nesse sentido, o discurso jurídico, reticente em enfrentar o grave processo da deslegitimação, assume, na linguagem proposta por Zaffaroni (2001), uma *atitude* que evita o enfrentamento do problema e a assunção de responsabilidades, escorando-se na noção de que a legislação é "avançada", como verdadeiro *mecanismo de fuga*.

É fato que o discurso jurídico avançou para atingir à crítica ao "direito administrativo penitenciário" e defender a jurisdicionalização do processo de execução da pena, movimento consolidado formalmente, no Brasil, com a Lei de Execução Penal, de 1984. Do ponto de vista da dogmática jurídico-penal, contudo, o principal pilar de sustentação da referida estratégia de fuga é justamente esse movimento de jurisdicionalização e incorporação da legalidade no âmbito da execução penal. A jurisdicionalização formal traria para o âmbito do controle jurídico os atos da administração penitenciária, marcando a execução penal com os signos da segurança jurídica e princípio do contraditório, considerando a pessoa presa como sujeito de direito.

Sem dúvida, o antigo *direito penitenciário* não traduzia para o campo da execução a legalidade penal, nem tampouco a jurisdição e as garantias liberais que devem orientar o processo penal. No contexto desse horizonte

9. O Defensor Público do Estado da Bahia Rafson Ximenes (2012) – em criativo trabalho sobre os mitos criminológicos em torno da nossa Lei de Execuções Penais – nos traz uma série de discursos nesse sentido. Ximenes pesquisou falas de políticos de diferentes tendências, defensores públicos, promotores, magistrados, jornalistas, e todos ecoavam a ideia de que a LEP é muito boa, mas infelizmente não aplicada.

jurídico-penitenciário, os condenados à pena de prisão não possuem direitos previsto em lei, sendo objetos de uma autoritária relação especial de poder, desenvolvido em um espaço de nãodireito. Assim, o direito penitenciário era, antes do que qualquer coisa, uma vertente do direito administrativo, com decisivas influências no campo penal.

Nesse sentido, a tradução da ideia de legalidade para o cotidiano prisional e a jurisdicionalização da execução penal configuram inegáveis avanços normativos. A radicalização desse movimento a partir de uma leitura não romântica da legalidade penal (CUNHA, 1979) é, portanto, um importante passo para a redução do assujeitamento dos presos à discricionariedade administrativa no cárcere e para, em que pese os efeitos deletérios inerentes à experiência penitenciária, contribuir com a manutenção de sua condição de sujeito, em uma perspectiva que pensa a execução penal a partir de uma lógica de redução de danos (FERNANDES e MATOS, 2016).

Uma das grandes contribuições das perspectivas jurídicas críticas no campo da execução penal no Brasil (CHIES, 1999; CARVALHO, 2007; ROIG, 2014), contudo, foi destacar como o espectro do "direito penitenciário" subsiste não apenas no cotidiano da administração prisional, mas também no imaginário e na prática do judiciário, que exerce com timidez o papel – definido pelo marco legal e pelo discurso da dogmática – de garantidor da legalidade e fiscalizador das práticas institucionais no espaço prisional.

Por outro lado, é inegável que a jurisdicionalização do processo de execução alterou as dinâmicas prisionais. Se é verdade que não cumpriu os desígnios da mitologia jurídica, o processo de execução, com seus fluxos documentais descontínuos, opera decisões capazes de alterar significativamente a experiência da pena. As decisões sobre os benefícios da execução penal[10], como progressão de regimes, liberdade condicional e remição da pena, incidem com muita potência nas dinâmicas prisionais.

A questão, portanto, é que mesmo os discursos jurídicos críticos correm o risco de cair em armadilhas teóricas e políticas perante o descumprimento

10. Importante destacar a peculiaridade do uso de um vocábulo como "benefício", e não "direito". Conforme Salo de Carvalho (2008), "admitir uma feição essencialmente administrativa (ou híbrida) da execução penal implica qualificar os direitos decorrentes dos incidentes como meros benefícios concedidos pelo Estado ao condenado, ou seja, medidas político-criminais facultadas ao juiz (regalias domésticas). Tal concepção contraria a ideia de que os incidentes de execução constituem-se como verdadeiros direitos públicos subjetivos dos apenados frente à Administração e que podem ser postulados perante o Poder Judiciário (direito de petição)" (p. 165).

estrutural da Lei de Execução Penal e o déficit de legalidade no âmbito prisional. O problema parece ser aceitar a interpretação que pensa a crise prisional especialmente a partir de uma noção de "falta" – de obediência a lei, investimentos públicos e moralidade administrativa –, localizando o problema como uma questão de crise de eficácia legal e gestão administrativa.

Essa abordagem, muitas vezes marcada pelo generalismo típico do discurso da dogmática jurídica, deixa de fazer novas perguntas sobre a atuação concreta das instituições e, mais precisamente, sobre os efeitos positivos e configuradores que esse agir institucional – mesmo em caso de ausências e "faltas" – exerce na gestão diferenciada das penas e das populações prisionais.

Em outras palavras, abordagens sociojurídicas – que, de um ponto de vista crítico, articulem pontos de vista teóricos com análises empíricas – podem contribuir para recolocar questões para o campo da teoria crítica da execução penal, indo além da constatação de descumprimento da Lei de Execuções Penais, e colocando em termos mais precisos como o atuar de cada agente institucional influencia o quadro prisional na virada dos tempos, em um contexto de intensa relação entre a prisão e os processos mais gerais de controle e punição.

4. DINÂMICAS PRISIONAIS E O PROCESSO JUDICIAL DE EXECUÇÃO

O ritmo de um processo judicial varia sensivelmente de acordo com as provocações das partes e das condições materiais para o prosseguimento do feito. Um processo de execução não segue a linearidade de um procedimento penal ordinário e toda movimentação – unificação de penas, concessão de benefícios, audiências de justificação – depende fundamentalmente da instigação do juízo, que pode acontecer de formas diversas.

Em alguns casos o hiato de manifestações judiciais é natural, pois a imposição de penas longas, por exemplo, implica um cálculo processual no qual as datas para concessão de benefícios serão necessariamente distantes. Mesmo que não exista um benefício a ser pleiteado, contudo, é possível que o processo de execução se movimente por variadas razões. O hiato por vezes se interrompe com um pedido de transferência de unidade prisional, ou ainda alguma denúncia ou pedido pouco convencional[11]. Por vezes, o juízo se torna o

11. Um preso redigiu diversas cartas ao juízo, nas quais solicitava, por exemplo, permissão para coordenar um projeto no presídio ou que pudesse trabalhar na vara de execuções penais. As cartas são somente um exemplo de que o tempo de espera não é passivo, mas marcado pela proatividade dos internos em busca de melhoras em suas condições prisionais e possibilidades de ampliação de espaços de liberdade.

destinatário de todo tipo de querela envolvendo a pessoa presa. É a instância judicial para a qual se destina, por exemplo, a carta de J.G., um preso que relata ter recebido ameaças do pai de seu companheiro, que não aceita a relação entre os dois. A autoridade penitenciária é, emum primeiro plano, a responsável óbvia pela integridade física daqueles sob sua gestão; contudo, não parece escapar de J.G. a percepção de que fora dos muros da cadeia, uma outra autoridade tem a competência de zelar pelo seu destino.

O processo de execução parece acompanhar a vida do "penitente", enquanto esse sujeito permanece cumprindo sua pena – seja em regime aberto ou livramento condicional. Compreender em que estágio se encontra essa penitência ou mesmo qual o juízo responsável pelo seu destino judicial pode não ser uma tarefa fácil. Uma característica marcante dos processos de execução é que, em meio a um fluxo confuso de certidões, pedidos e decisões, ele se apresenta como um enigma de difícil resolução. Essa opacidade dos processos de execução apresenta dificuldades especialmente para advogados e defensores e, sem dúvida, potencializa a ansiedade daqueles que sofrem os infortúnios da pena, sempre convertida em tempo incerto de espera.

Por vezes há um esforço conjunto para compreender os itinerários carcerários que levaram a pessoa presa até o momento processual/prisional do presente. Para realizar o cálculo da pena é necessário compreender *qual* – ou melhor, *quais* as penas estão sendo cumpridas. Quando L., antes em livramento condicional, é novamente encarcerado em razão de flagrante delito, revela-se um trabalho entre Secretaria de Administração Prisional (SEAP), juízo, Ministério Público e defesa para compreender o seu itinerário carcerário. Por quais unidades passou, por quanto tempo, no cumprimento de que ordem judicial de encarceramento? O processo de execução somente avança com a comunicação entre juízo e administração, e esse diálogo nem sempre ocorre sem entraves.

A existência de sucessivos atestados de conduta – e, em quatro casos, pareceres psicossociais realizados a partir da solicitação de um "exame criminológico" pelo *Parquet* – muitas vezes confere ao processo uma vocação semelhante a um prontuário médico[12]. Ali são depositadas todas as informações julgadas

12. Não por acaso, o único processo de execução relativo a uma mulher presa tem um número bastante elevado de avaliações sobre o seu comportamento. Usualmente, um atestado de boa conduta é um documento formal expedido para qualquer preso que não possui contra si uma falta disciplinar. No caso de J., sua conduta é tida como péssima, sem maiores explicações do porquê, tampouco notícia de cometimento de falta disciplinar. Um ano depois, possui atestado de conduta "regular", e três meses depois, bom comportamento, mencionando as atividades realizadas, se recebe visitas

relevantes pelos atores institucionais intra e extramuros, para o destino judicial da pessoa presa. A análise sobre o seu comportamento é imprescindível: trata-se do requisito subjetivo para a concessão dos benefícios. Nesse sentido, a falta disciplinar é uma mácula na trajetória do preso, capaz de produzir graves obstáculos na luta do interno "indisciplinado" por mais espaços de liberdade.

Às informações mais relevantes somam-se outras absolutamente dispensáveis, que contribuem para a confusão processual. O preso L., uma vez que supostamente cometeu delito enquanto gozava de livramento condicional, tornou-se o sujeito simultâneo de um processo de execução e um processo penal. Talvez no intuito de fornecer toda informação relevante a esse "itinerário carcerário", depositam-se decisões e despachos do processo penal no processo de execução, o que contribui para um *corpus* documental confuso, beirando a ilegibilidade. A digitalização do processo *a posteriori* interrompe a ordem cronológica original e inaugura um novo fluxo.

Em meio ao universo de processos de execução que orientam o cumprimento da pena da população carcerária nos presídios de Salvador, a amostra selecionada se pautou na referência à falta disciplinar. Uma vez que se trata de uma pesquisa exploratória, o objetivo da presente análise foi bem menos a comparação entre processos semelhantes, coerentes em termos de estágio processual, e muito mais a tentativa de melhor compreender aspectos das dinâmicas processuais em suas relações com os fluxos espaciais e temporais da experiência prisional. Por outro lado, além de conferir alguma coerência entre os processos, a referência à falta disciplinar nos remete a uma especial abertura de canais de comunicação entre os agentes institucionais extramuros e aqueles intramuros. Considerando que o objetivo desta investigação o é precisamente explorar essas interações, justifica-se, então, porque a amostra se orientou pela falta disciplinar.

O que se segue à suspeita de cometimento de falta disciplinar, conforme estabelecido na LEP e no Estatuto Penitenciário da Bahia, é a instauração de procedimento administrativo disciplinar, com posterior aplicação de sanção em caso de culpa. A jurisdicionalização da execução impõe que esse procedimento, por mais que ocorra dentro do presídio e seja protagonizado pelos agentes intramuros, passe por um rito de homologação pelo juízo de execução. O tratamento da falta disciplinar é, portanto, algo como administrativo-judicial: começa dentro da unidade prisional, mas carece de validação da autoridade judicial, localizada extramuros.

---

e se socializa com as outras internas. Nenhum atestado ou relatório foi solicitado, mas apenas enviado como comunicação de praxe entre o presídio e o juízo.

A amostra nos retornou processos bastante distintos entre si, unidos apenas pela referência, em algum ato processual do juízo publicado no ano de 2017, ao cometimento de falta disciplinar pela pessoa presa, protagonista silencioso do processo de execução penal. A partir dos dez processos que compuseram a amostra[13], destacamos quatro momentos de encontro entre os agentes institucionais intramuros e extramuros, na trajetória de aplicação da punição dentro da pena. Esses encontros, sempre mediados pelo documento, podem não refletir os efetivos encontros que eventualmente não se registrem no processo: ligações telefônicas, *e-mails* não documentados, encontros presenciais formais ou informais. O nosso objetivo, contudo, é aquilo que se materializa no *corpus* do processo. São esses os documentos feitos para serem publicizados e lidos, inclusive pelos internos que protagonizam os processos; são também as manifestações oficiais de agentes institucionais, passíveis de fiscalização institucional e análise acadêmica. Sobretudo, o processo encerra os limites da escolha metodológica de uma pesquisa qualitativa documental.

Esses momentos de diálogo entre os agentes institucionais não necessariamente se sucedem na ordem exposta, até por que, como dito, linearidade não caracteriza os processos de execução. Tampouco se trata, cabe dizer, uma ordem "ideal" ou normativa de como um processo de execução deve se desenrolar diante do cometimento de falta disciplinar. São somente momentos privilegiados de interação, organizados e observados a partir da amostra selecionada. Como qualquer categorização construída a partir do empírico, pede licença para ir além da descrição meticulosa de cada unidade e avançar para a análise. Nenhum dos processos analisados segue fielmente o curso desses quatro momentos, mas todos oscilam em maior ou menor grau em torno deles.

4.1. Notícias de indisciplina: primeiros avisos sobre o cometimento da falta e a imposição de medida disciplinar cautelar

Tomando a falta disciplinar como plano de referência, o primeiro momento de análise acerca das interações entre agentes intramuros e extramuros é deflagrado a partir da notícia, enviada ao juízo pela unidade prisional, de que a pessoa encarcerada cometeu alguma falta disciplinar, usualmente grave. Não há informe sobre a *suspeita* de cometimento de falta: a comunicação

13. Inicialmente, propusemos a análise de doze processos, cada um com um ato publicado em um mês do ano de 2017. Contudo, os meses de janeiro e maio não retornaram resultados segundo os parâmetros da pesquisa, razão pela qual trabalhamos com os dez outros processos referentes aos demais meses.

com o aparato judicial ocorre após uma relativa segurança sobre o fato, sua materialidade e autoria.

Como a notícia de falta chega à administração prisional? Às vezes como parte das ocorrências no cotidiano do presídio – como nos casos de J. Outras vezes, há uma operação montada para realizar a revista geral ou uma "blitz" na cela de algum preso/a ou mesmo em todo um módulo prisional. As forças policiais muitas vezes se mostram presentes nesse primeiro momento: trata-se do impulso inicial para apuração da falta disciplinar. É recorrente a atuação da polícia em operações maiores de revista geral. Em alguns casos, com mais protagonismo – como na ocasião em que agentes e policiais militares realizam busca e apreensão na Unidade Especial Disciplinar (UED), a partir de investigação policial sobre uso de celulares no complexo prisional da Mata Escura. Em outro caso, a notícia de falta surge a partir de investigação da polícia civil, especialmente no que diz respeito ao uso de celulares no espaço prisional.

Os processos de revista geral invariavelmente apreendem quantidades significativas de "materiais ilícitos" em diversas celas: de bebidas alcóolicas artesanais (a "maria louca"), drogas, a objetos simbólicos de uso pessoal (relógio e corrente de ouro) e "materiais suspeitos" – objetos que, na visão da administração, configuram indícios de cometimento de crimes, como cadernos com anotações suspeitas (até mesmo uma bíblia "suspeita" foi apreendida em um dos casos). A partir das apreensões, os ocupantes dos módulos e celas tornam-se suspeitos em imensos processos administrativos, que podem contar com 70 ou até mesmo 100 sujeitos sendo investigados, a fim de identificar a propriedade dos materiais encontrados.

Em relação à comunicação ao juízo responsável, antes da conclusão do PAD, a direção da unidade prisional pode enviar uma informação sobre a existência de processo administrativo em curso, o que usualmente se concretiza na forma de uma enorme tabela listando os nomes dos sujeitos investigados. Contudo, essa comunicação nem sempre acontece; em muitos casos o PAD se desenvolve inteiramente sem conhecimento do juízo. A comunicação antes da finalização da investigação, na maioria dos casos, ocorre no processo de decisão sobre os requisitos subjetivos necessários para a obtenção de algum benefício da execução, à exemplo da progressão de regime.

A questão é que a simples indicação de ser sujeito em um PAD pode, no mínimo, desacelerar o curso do processo e paralisar as discussões judiciais sobre obtenção de mais espaços de liberdade. Em um dos processos, por exemplo, o juízo indeferiu e paralisou análise de progressão de regime, mesmo com parecer favorável do Ministério Público. Levando em consideração que a configuração de falta grave, além de macular o requisito subjetivo (comportamento

do preso), implica em nova data-base de progressão de regime e concessão de livramento condicional, além da possibilidade de perda de 1/3 dos dias remidos, uma série de pedidos pode permanecer pendente de resolução do procedimento administrativo.

No cotidiano prisional, é comum que após o cometimento da falta, uma sanção disciplinar cautelar seja imposta, antes mesmo da instauração do PAD ou de qualquer comunicação ao juízo. Essa medida cautelar permanece documentalmente ausente da maioria dos autos processuais analisados. A notícia da sua aplicação irrompe muitas vezes, contudo, em momentos posteriores, a partir de manifestações dos advogados e, especialmente, dos relatos da própria pessoa presa – principalmente na audiência de justificação, que normalmente ocorre anos após a aplicação da sanção. A administração prisional pode reconhecer e documentar a imposição da medida, mas raramente de forma espontânea.

A notícia de indisciplina, portanto, chega aos autos do processo de execução como um eco remoto do que acontece entre os distantes muros da prisão. É uma notícia, muitas vezes, incompleta: deixa de apresentar as medidas adotadas pelos agentes penitenciários em sede cautelar, além de não reportar o percurso da investigação. Nos casos em que comunica simultaneamente sobre a falta disciplinar e a sanção cautelarmente imposta, o que se segue é um hiato silencioso no processo. O silêncio não significa ausência de interação: a não contestação do castigo pode ser lida como legitimação judicial das medidas tidas como necessárias, pela administração prisional, à boa ordem do presídio.

O "castigo" – nome coloquial para o regime de isolamento – está previsto na Lei de Execuções Penais como uma sanção disciplinar, respeitados os requisitos mínimos de salubridade de uma cela[14]. Na subseção do procedimento disciplinar, a LEP também prevê o isolamento preventivo, embora não elabore exatamente no que consiste essa prevenção e quais os requisitos para sua imposição, a não ser quando aborda o regime disciplinar diferenciado (RDD): "A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar

14. Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente"[15].

Há muito pouca precisão documental em torno dos significados práticos da aplicação de medidas disciplinares cautelares. Duas medidas – concomitantes ou não – são as mais recorrentes: o isolamento preventivo e a transferência de unidade prisional, em geral em direção à Unidade Especial Disciplinar (UED). O isolamento pode ocorrer na própria cela onde estava o interno quando da notícia da falta ou através de transferência para outra unidade, e não se confunde necessariamente com a aplicação do RDD, que é um regime notadamente mais rígido[16].

A transferência para a UED, por outro lado, pode ser lida como dispositivo de gestão de populações "de risco" no ambiente prisional. A Unidade Especial Disciplinar não funciona somente como lócus de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, mas sim como unidade prisional dos presos considerados em geral "problemáticos". A UED é unidade de regime fechado, mas impõe mais dificuldades aos internos, especialmente no que diz respeitos aos fluxos de pessoas, materiais e, também, informações. Pelo que se pode ler nos processos, chegando na UED, os presos, através de advogados e defensores, iniciam uma luta pelo retorno à unidade prisional de origem.

As medidas cautelares não raro ultrapassam o limite temporal de 10 dias, sem nenhum tipo de controle judicial. Especificamente em relação a transferências de presos para a UED, o juízo pouco ou nada interfere. Em alguns casos, internos ficam na UED por anos em razão de uma medida cautelar. Nessas situações é comum que a defesa se manifeste em juízo para requerer o retorno para a unidade de origem ou transferência para outra unidade "nãodisciplinar", quase sempre instruindo o pedido com um atestado de boa conduta da UED. Nesses casos, o roteiro se repete: o juízo oficia a administração indagando se "permanecem as razões que justificaram a transferência do interno para unidade disciplinar". A resposta muitas vezes demora meses. Ausente a

15. Conforme art.60 do referido dispositivo legal.

16. O Regime Disciplinar Diferenciado foi instituído no sistema normativo de execuções penais através da Lei 10. 792/03, em um movimento da maximização da punitividade do sistema penitenciário brasileiro, a partir de experiências disciplinares-punitivas do sistema prisional paulista na contenção de presos "perigosos". O RDD autoriza isolamento por até 360 dias e condições desumanas de cumprimento de pena, representando a radicalização da perspectiva prisional incapacitante. É, ainda, um dos principais símbolos do autoritarismo que orienta a execução da pena de prisão, para além da mitologia jurídica. Sobre o RDD, ver Carvalho; Freire(2005).

resposta ou com um aceno da administração de que a restrição deve ser mantida, o juízo não intervém no que considerada um tema de segurança e estratégia prisional.

4.2. O processo administrativo disciplinar (PAD): construção da verdade intramuros

O PAD representa, da forma mais perceptível, um ritual de produção de verdade realizado dentro dos muros do presídio; um momento de exercício de algo como uma soberania punitiva[17] (FOUCAULT, 1987; GODOI, 2017a) por parte da administração prisional. É possível pensar o PAD – especialmente as aplicações de medidas cautelares flagrantemente punitivas – como um momento de ampla independência dos poderes administrativos em face das agências judiciárias. Essa "declaração de independência carcerária", para usar a expressão de Foucault, não é tampouco contestada pelos poderes jurisdicionais.

Cabe aprofundar-se no que significa compreender o procedimento administrativo como um ritual de verdade. Quanto ao seu modelo, emula a forma judicial de produção de verdade, baseada no ato de inquirir e tendo na confissão um ápice (FOUCAULT, 2003, 2014)[18]. Contudo, a sobreposição de relações de poder torna o procedimento administrativo mais complexo: o responsável por instaurar o procedimento administrativo é o conselho disciplinar, formado por servidores da unidade prisional destacados pela Direção, através de uma portaria, a compor o referido órgão. O conselho realiza as oitivas, colhe o interrogatório – na presença de defensor – e redige um relatório final, a ser acolhido ou não pela Direção. Observa-se que a distribuição dos papéis de governar (gerir

17. As categorias foucaultianas de soberania, disciplina e governamentalidade não possuem uma relação linear de sucessão histórica. Como o próprio Foucault insistia, do ponto de vista das estratégias de controle e dominação, o que há são sucessivos rearranjos, rupturas e permanências. Em um espaço de controle como a prisão – historicamente condicionado – as diversas estratégias se entrelaçam de forma complexa.

18. Os personagens em torno do modelo judicial de verdade são inaugurados e mantém-se, em linhas gerais, desde o inquérito medieval. A condução do rito tem seu impulso no representante estatal que toma para si a ofensa, outrora decidida pela provação ou duelo. A reparação do dano deixa de ser o objetivo central e dá lugar à punição retributiva, como forma de reparar um outro dano, este especialmente abstrato e maleável: a ofensa à ordem estatal (FOUCAULT, 2003). Como afirma o juízo de execução na sentença homologatória do PAD de J., a falta disciplinar abala o bem jurídico da ordem da unidade prisional. Tal qual o Estado, que se ofende com a infração à ordem legal, também o microcosmos penitenciário instaura seu procedimento de busca pela verdade, almejando a sanção do infrator.

cotidianamente a população prisional) e apurar o fato (ser capaz de descobrir a verdade sobre o fato e aconselhar uma punição como consequência) tem limites extremamente tênues. Por mais isento que seja o conselho disciplinar, improvável destacar-se dos papéis vivenciados no microcosmos prisional.

Os procedimentos quase que invariavelmente giram em torno do discurso testemunhal, cujas figuras monotonamente se repetem: agentes penitenciários envolvidos no momento da ocorrência e os próprios suspeitos de cometimento de falta. A oitiva de outros internos, procedimento excepcional, depende de eventual provocação da defesa. O interrogatório do interno acusado – frequentemente com confissão – e o depoimento de agentes penitenciários, contudo, são os instrumentos chave de produção de prova.

No âmbito administrativo, tal qual no processo judicial, não há um sistema de provas com valoração previamente definida: a confissão não é explicitamente "a rainha das provas". Contudo, é inegável que continua guardando uma enorme relevância para a construção da verdade no processo. Segundo Foucault (2014), a confissão mantém-se essencial ao sistema criminal contemporâneo por três motivos: em primeiro plano, com ela se "reinstaura el pacto implícito sobre elcual se funda lasoberanía de lainstitución que juzga" (FOUCAULT, 2014, p. 227). Também se apresenta ao julgador como um saber praticamente indubitável, extremamente precioso ao ato de buscar – e decidir sobre – a verdade. Por último, confessar é reconhecer-se culpado, um primeiro passo em aceitar os castigos correcionalistas.

Definitivamente, a confissão em processo de sindicância tem um peso decisivo, sendo um saber quase inquestionável, fundamental à apuração. Quando um "minimodem" é encontrado em uma cela com cinco ocupantes, todos os internos negam a propriedade do aparelho, exceto por L., que confessa espontaneamente. Por mais que seja revisitada em juízo, é a confissão que fornece toda a verdade necessária para a atribuição de culpa e encerramento do procedimento. Cabe observar que as consequências da confissão no procedimento administrativo não são exatamente constantes. Em um caso, levou à "transformação" da falta grave em média; pode também atenuar a sanção disciplinar (de 30 para 20 dias, por exemplo), ou ainda simplesmente servir como elemento de convencimento do conselho disciplinar, sem ensejar qualquer atenuante.

Em que pese notável o exercício de soberania punitiva, não se trata de um procedimento completamente fechado, embora as alegações de cerceamento de direito de defesa sejam frequentes, identificadas como uma marca estruturante da interação entre defesa e juízo. Ainda assim, nota-se que agentes de defesa, seja a Defensoria Pública, Patronato de Presos e Egressos, advogados *ad*

hoc, ou advocacia privada, estão quase sempre presentes em atos como o interrogatório do acusado[19].

Há, portanto, uma potencial intervenção de outros atores que não os agentes da unidade prisional. Os níveis de intervenção, contudo, são muito variados. Existem casos nos quais a defesa – especialmente advocacia privada – busca uma atuação mais constante, elaborando petições, alegando irregularidades, juntando documentos e, muito especialmente, facilitando a comunicação entre administração e juízo. Muitas vezes, diligências requeridas pelo juízo da execução à administração ou outro órgão jurisdicional só são cumpridas com a intervenção do represente do interno. Sem dúvidas, a presença constante da defesa, em um processo que não "anda" sem provocação, tem potencial para alterar o ritmo da execução e, sem dúvida, da conquista de benefícios que aumentem espaços de liberdade.

Em pesquisa etnográfica no sistema prisional paulista, Rafael Godoi (2017a) mostra como as dinâmicas prisionais podem ser alteradas a partir da intervenção de algum agente externo em defesa dos direitos do interno. Essa intervenção nem sempre vem diretamente da atuação da defesa técnica, mas pode se relacionar com a insistência de familiares, da atuação nem sempre judicial de instituições como o Patronato de Presos e a Pastoral Carcerária. É certo dizer, portanto, que a proatividade dos internos e de sua rede de apoio influencia decisivamente sua experiência prisional, uma vez que o regime de processamento é marcado pela inércia e pelo prolongamento incerto da espera.

Em relação aos processos administrativos essa constatação ganha contornos mais complexos. Por um lado, a atuação efetiva da defesa facilita a tramitação, antecipa o conhecimento do juízo sobre a existência de PAD e, potencialmente, fiscaliza o excesso de abusos. Em outro sentido, a defesa parece produzir um discurso sem credibilidade, com pouca potência para direcionar a adoção de medidas ou decisões. Parece muitas vezes um discurso que não é seriamente considerado pela administração, nem tampouco pelos atores jurídicos (Ministério Público e juízo). Se esse é um movimento típico da era do punitivismo, ganha, sem dúvida, contornos excepcionais no âmbito da punição disciplinar.

19. É digna de nota que nos processos analisados a atuação da Defensoria Pública é tímida, quase despercebida no fluxo documental. Em relação aos PADs, a atuação fica limitada à presença nos interrogatórios administrativos e nas audiências de justificação, na maioria das vezes sem manifestações relevantes. Não há esforço de identificação de ilegalidades nem tampouco de criação de teses defensivas.

4.3. Contestar a verdade administrativa? As audiências de justificação

As audiências de justificação são usualmente solicitadas pelo Ministério Público perante a notícia de um Processo Administrativo Disciplinar que resultou em imposição de sanção disciplinar, como caminho necessário para posterior homologação do procedimento e da sanção pelo juízo[20]. Esse é um momento de potencial contestação da verdade produzida pela administração prisional no âmbito do PAD. É uma fase estritamente judicial sobre um procedimento já concluído, em que os agentes intramuros não participam presencialmente, mas somente através do fluxo documental produzido durante o procedimento que resultou na sanção, especialmente o relatório conclusivo. Além da "presença" documental, em quase todos os processos analisados, os argumentos da gestão penitenciária são reproduzidos – ou melhor, absorvidos e reinterpretados juridicamente – por agentes extramuros, notadamente o Ministério Público. A atuação do *Parquet*, nesse contexto específico, se confunde com a de uma espécie de representante jurídico da administração prisional, responsável pela aplicação da punição dentro da pena.

As audiências de justificação ocorrem ora espontaneamente, ou seja, provocadas pelo próprio juízo quando há notícia de instauração e conclusão de PAD, ora após solicitação da defesa ou do órgão acusador. Trata-se de um raro momento de fala do protagonista silenciado: a pessoa encarcerada. A sua fala é sempre mediada: precisa ocorrer no espaço específico, presencialmente em frente ao juiz ou juíza. Somente o encontro permite a fala desimpedida.

Nesse contexto, as audiências não raro funcionam como um encontro presencial que, até por sua excepcionalidade diante do distanciamento do juízo em relação ao cárcere, extrapola o objeto do PAD, uma vez que a pessoa presa pode aproveitar para fazer denúncias, elaborar requisições ou ajudar a esclarecer o seu próprio itinerário carcerário – como é o caso de L., que é perguntado sobre data de prisão, números de condenação e movimentação por diferentes unidades prisionais.

Assim, na audiência a autoridade judicial recebe outras demandas, inclusive de denúncias quanto aos abusos na aplicação de sanções disciplinares

20. Alguns processos têm audiências de justificação para "definição da situação jurídica", sem conexão com cometimento de falta disciplinar. Algumas dessas ocorreram no próprio presídio, e parecem ser uma tentativa presencial conjunta de esclarecer pontos confusos sobre o itinerário carcerário da pessoa presa, além de possibilitar um importante momento de aproximação dos agentes institucionais externos ao espaço da unidade prisional.

impostas pelos agentes penitenciários. As medidas cautelares frequentemente surgem pela primeira vez no processo através do relato da pessoa presa, na audiência de justificação, ou através da sua defesa, que relata a impossibilidade de contato com o sujeito posto em isolamento ou a permanência injustificada na unidade disciplinar.

No caso de L.S., sua defesa pede que o juízo transfira o interno da UED para a sua unidade prisional de origem. O interno foi transferido cautelarmente para aquela unidade junto com outros internos investigados em um PAD, aberto sob a justificativa de "subversão de disciplina e lideranças subversivas". Investigavam-se condutas violentas por parte de "lideranças negativas" de um dos módulos prisionais da Penitenciária Lemos de Brito. O PAD durou 11 meses, e a audiência de justificação só aconteceu mais de um ano após o relatório final e a aplicação da sanção disciplinar. Os acusados permaneceram na UED por todo o período do PAD, e aindaposteriormente ao cumprimento da sanção. Esse é um dos casos já referidos nos quais o juízo não se manifesta sob o argumento de que a transferência de presos, mesmo para unidades disciplinares, é um problema de estratégia de segurança prisional.

Em outro processo, a advogada de L.G. pleiteia sua retirada do castigo após 40 dias de isolamento, pedido que é concedido ainda em mesa de audiência. L.G. fugiu da unidade prisional enquanto trabalhava, aproveitando-se do privilégio de portar a "farda azul", ou seja, de ser um dos "internos que tem autorização da Direção para circularem na área externa"[21]. Retornou espontaneamente um mês depois: não conseguiu voltar para sua cidade natal, a fim de visitar sua mãe, adoecida. Em vez disso, perambulou por Salvador, uma cidade que relatou desconhecer.

O castigo excessivo – a LEP prevê dez dias de isolamento em sede cautelar e um máximo de 30 dias como sanção disciplinar – foi mencionado por L.G. na audiência de justificação. Relatou ter recebido comida azeda e água suja, e sua denúncia gera alguma repercussão no âmbito do processo: o juízo questiona a unidade prisional, que replica afirmando não haver diferença no fornecimento de água e comida no isolamento e nas celas comuns.

Além da denúncia, L.G. reitera sua justificativa, já apresentada no PAD, de ter fugido por conta do adoecimento da mãe, em uma medida desesperada após solicitar saídas temporárias quando seu pai e sua avó faleceram, sem sucesso. L.G. se declara analfabeto, e todos os seus pedidos de saída temporária foram informais e orais. Não há comprovação sobre o adoecimento dos seus

21. Ofício do diretor da PLB, Processo 0882248-94.2008.8.05.0001.

parentes próximos. Sua tese de defesa, logo, não prospera, uma vez que não integra o fluxo documental do processo e se ancora apenas no depoimento do próprio L.G. e de sua companheira. O Ministério Público replica com um discurso institucional de funcionamento básico da unidade prisional: o instituto da saída temporária existe, bem como o setor de assistência social. L.G. poderia e deveria fazer uso dos meios institucionais à disposição.

A pessoa encarcerada também surge no *corpus* documental do processo sem mediação institucional, através das cartas. J.G., por exemplo, relata, em uma carta de próprio punho, ter permanecido por 15 dias no isolamento após a apreensão de um celular, e que teria sido forçado a confessar a posse do aparelho. A denúncia, contudo, não enseja qualquer manifestação do juízo. O trajeto dessa carta até a vara é omitido. No caso de L.G., analfabeto, uma carta contém sua assinatura, que difere substancialmente da caligrafia do corpo do texto. Não se sabe quem escreveu, tampouco como chega até os autos; são correspondentes não identificados. As cartas surtem ainda menos efeito do que os depoimentos em audiências. Duas cartas, contudo, apresentam pleitos ao juízo e recebem como resposta a intimação da sua defesa para que se manifeste sobre o pleito. A impressão é de que a voz da pessoa presa pode viajar anonimamente e romper o espaço tradicionalmente destinado ao interno, mas só será ouvida e levada em consideração se mediada pelo seu representante judicial.

Na audiência de justificação, a defesa se mostra mais ativa em comparação à atuação no PAD, mas o espaço de discussão é diminuído. O objeto é menos o fato que enseja a falta disciplinar e sim o próprio procedimento, uma vez que o resultado da sentença não é a constituição da falta, mas a homologação ou não do PAD – ou seja, a legitimação da verdade administrativa, produzida intramuros.

Por outro lado, qualquer vício ou ilegalidade apontada pela defesa em relação ao processo administrativo, especialmente no que diz respeito ao desrespeito ao contraditório e ampla defesa, parece ser sanada com a audiência de justificação, um rito que segue os moldes judiciais de produção da verdade – inclusive quanto aos atores envolvidos, defesa técnica, juiz de direito e Ministério Público. A jurisdicionalização, nesse contexto, parece funcionar como mera chancela das medidas administrativas de apuração da indisciplina, tendo no Ministério Público um importante reprodutor dos discursos construídos no PAD. Os agentes penitenciários falam no processo, através de ofícios e relatórios, mas sua presença na audiência é mediada pelos atores judiciais.

4.4. A palavra final é a do juízo: a legitimação da gestão carcerária

Considerando que, neste trabalho, privilegiamos a referência à falta disciplinar para observar as interações entre agentes institucionais, a sentença homologatória

do PAD é o ponto de chegada de um percurso nem sempre linear. Muitos dos processos ainda não possuíam esse ato decisório, que pode ser preferido meses depois da audiência de justificação. Em todas as sentenças analisadas, veiculam-se argumentos vocalizados pelo Ministério Público e pela administração penitenciária.

Um argumento defensivo recorrente para a nãohomologação do procedimento administrativo é a alegação de ilegalidades, como cerceamento da defesa ou na obtenção de prova. No mínimo curioso observar como as alegações não são completamente negadas, mas consideradas "sanadas" pela audiência de justificação, na qual se apresenta diante do poder judiciário, obrigatoriamente munido de defesa técnica. Em alguns casos as ilegalidades são, inclusive, reconhecidas, como pode-se perceber desse trecho da sentença do processo de E.A:

> Contudo, ainda que se acate o argumento de violação ao princípio da ampla defesa, não se pode aceitar a nulidade do procedimento e, consequentemente, a abonação da falta, eis que foi possibilitada a defesa na seara judicial, com a designação de audiência de justificação e presença, novamente, do seu advogado constituído. Assim eventual deficiência na defesa na esfera administrativa restou superada.

Nesse mesmo processo, o Ministério Público argumenta que mesmo que repleto de ilegalidades, o PAD deve ser homologado, pois ainda que cumpridas as regras o resultado não se modificaria, uma vez que a verdade (no caso, a posse de aparelho telefônico) estava constituída pela instrução do procedimento administrativo.

Como dito, o momento de judicialização da verdade administrativa é pouco apto a discussões e pedidos voltados para o fato que gerou a falta disciplinar. Os pleitos eventualmente não interpostos durante o procedimento administrativo – como perícia e contestação de provas obtidas ilegalmente – são considerados preclusos. Admite-se, então, que o procedimento administrativo é apto a dirimir qualquer controvérsia sobre a falta, cabendo ali o exercício real da ampla defesa. Caso isso não aconteça na prática, a judicialização vem ao socorro da gestão prisional, transformando ilegalidade em mera irregularidade e, assim, legitimando o procedimento, para o bem da manutenção da ordem nos presídios.

Existe, afinal, possibilidade de defesa dentro da soberania punitiva do presídio? A exemplo dos diversos processos de tráfico de drogas em que a coerência da palavra policial – quase necessariamente combinada a um juízo seletivo sobre o sujeito criminalizado – é o único fundamento de condenação,

no procedimento administrativo existem poucas fraturas possíveis na narrativa de indisciplina. Transportada ao judiciário, a pergunta persiste: existe possibilidade de desconstituir a verdade administrativa?

O juízo não necessariamente atua em aderência absoluta de objetivos e interesses com o *Parquet* ou a unidade prisional. São diversos os exemplos em que o juízo diverge em algum ponto do Ministério Público, ou cobra providências do presídio. Somente em um caso, contudo, a sanção disciplinar não foi completamente homologada. Em um dos processos a administração pretendia aplicar como sanção a transferência do "interno faltoso" para cumprir Regime Disciplinar Diferenciado em outro município. Nesse caso, Ministério Público e Juízo foram contrários à transferência e homologaram parcialmente o PAD.

Os pontos de convergência, contudo, marcam esse momento judicial. O juízo frequentemente reconhece e delimita seu espaço de competência sobre o destino judicial da pessoa presa. Reconhece-se o imperativo da jurisdicionalização da execução, sem refutar uma estratégia de fundo: a manutenção da ordem, o respeito às dinâmicas de segurança e, em última análise, a contenção de sujeitos que, mesmo intramuros, conseguem provocar um "incremento da desordem e criminalidade".

Há uma cooperação administrativa-judicial estruturante no que tange às estratégias de gestão da população prisional, o que se percebe tanto nas sentenças homologatórias de procedimentos administrativos quanto nos silêncios do juízo e do Ministério Público em relação aos "castigos", sanções disciplinares de isolamento que frequentemente ultrapassam o máximo legal.

5. Considerações finais

O campo da execução penal permanece ocupando um lugar híbrido no discurso jurídico e na prática judicial. Ora integra completamente o âmbito penal, ora é remetido completamente à discricionariedade administrativa. Essas fronteiras não são fixas, se movimentam de acordo com as situações e interações analisadas.

Quando se fala de falta disciplinar, apurada dentro do presídio através de um procedimento administrativo, essa fluidez torna o debate judicial especialmente curioso. Uma alegação defensiva de prescrição da falta com fundamento no Estatuto Penitenciário da Bahia, por exemplo, não se sustenta sob o argumento de que o legislador estadual não é competente para tratar de matéria *penal*.

Há um espectro de incerteza que paira e atravessa a execução penal, e que parece denotar a indiferença do âmbito jurídico quanto ao universo penitenciário.

Se o mítico papel do jurista-fiscalizador e garantidor de direitos não adentra os muros da prisão, isso não se faz sem motivos, ou de forma aleatória. É, na verdade, um dos diversos reflexos da intensa desumanização produzida pelo encarceramento, que funciona como a cristalização da profecia autorrealizável da seletiva criminalização secundária (ZAFFARONI et al, 2011): estão presos porque são bandidos, são bandidos porque estão presos. A execução penal destina-se aos que carregam uma sentença, declaração inequívoca de sua condição.

Nesse depósito institucional de irremediáveis – que se comunica intensamente com os espaços urbanos periféricos[22], e, no caso do Complexo Penitenciário de Salvador, localiza-se em meio a um bairro periférico – o que ocorre entre muros se remete diretamente a uma autoridade judicial. Um *corpus* documental sobre a pessoa presa se constrói na Vara de Execuções: o processo. Nele, os agentes da unidade prisional inserem seus pareceres, relatórios e informes, aos quais respondem, contestam ou consentem os atores judiciais.

Esse panorama foi o ponto de partida para a pesquisa exploratória que se apresentou nas páginas anteriores. Compreender o processo de execução como um arquivo, um fluxo de documentos oriundos das mais distintas fontes, em um esforço de observação das interações entres agentes institucionais intra e extramuros que tomou como plano de referência processos administrativos disciplinares. A partir desse exercício descritivo e analítico, foi possível sugerir algumas considerações a serem retomadas.

Em primeiro plano, chamou atenção o silêncio que envolve a imposição de sanção disciplinar provisória ou cautelar. Tanto a LEP[23] quanto o Estatuto Penitenciário da Bahia[24] dispõem expressamente sobre a necessidade de comunicação do juízo quando da aplicação do isolamento, além da imposição de um prazo máximo de 10 dias. Com frequência, contudo, o que acontece nas

22. A relação entre cárcere e cidade tem sido intensamente explorada, em um momento histórico no qual o superencarceramento e o genocídio são pontas de lança de um movimento de policização da vida e do espaço urbano periférico, na constituição de "cidades punitivas", para usar uma expressão consagrada por Stanley Cohen.

23. Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.

    Parágrafo único. O isolamento será sempre comunicado ao Juiz da execução.

24. Art. 88. Como medida cautelar administrativa, o diretor do estabelecimento penal poderá, em ato motivado, determinar o isolamento preventivo do preso, por período não superior a 10 (dez) dias

    Art. 90. O isolamento será sempre comunicado ao juiz da execução, ao Ministério Público e à defesa, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas

unidades prisionais não se comunica com o processo. Muitas vezes circuitos nãoditos fazem a informação viajar até a autoridade judicial: por exemplo, familiares que são impedidos de visitar a pessoa presa por conta do "castigo" contratam uma defesa técnica para fazer cessar o isolamento.

A medida cautelar integra com destaque uma constelação de dispositivos que constituem a gestão disciplinar da população carcerária, como uma manifestação de soberania punitiva da administração, um espaço de discricionariedade que, de forma implícita, parece amplamente respeitado pelo judiciário. A essa observação se somam as referências mais explícitas de legitimação das "estratégias" de administração penitenciária, especialmente em algumas sentenças de homologação de PAD. A atuação do juízo orienta-se pela finalidade de manutenção da ordem na prisão, o que justifica, inclusive, omissões em questões que alteram significativamente a experiência prisional de um interno, como a permanência por anos em uma unidade especial disciplinar.

Em que pese localizada no campo jurídico, e tendo a radicalização da legalidade e jurisdicionalização da execução como parâmetro de análise, esse trabalho representou um esforço de escapar do paradigma epistemológico normativista e institucionalista. Assim, o objetivo não é tanto corroborar o já conhecido distanciamento estrutural entre a Legislação sobre execução penal e a realidade do sistema prisional e denunciar o quadro de violência e abusos, mesmo se inserindo radicalmente em uma perspectiva crítica sobre a execução penal.

O plano de referência teórico e político – do ponto de vista da crítica e deslegitimação do cárcere – para uma agenda de pesquisa sociojurídica, parece partir de explorações empíricas que articulem leituras heurísticas com observações mais específicas sobre as dinâmicas prisionais, contribuindo com a densificação da crítica, através do levantamento de novas questões e da abertura de frestas e fissuras no autoritarismo e violência do discurso e da prática penitenciária.

Referências bibliográficas

CARVALHO, S; FREIRE, C. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, v. 4, p. 7-26, 2005.

CARVALHO, S. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In.: CARVALHO, Salo de (Org.).*Crítica* à *execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, S.*Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIES, L. *Execução penal crítica*: tópicos preliminares. Pelotas: Educat, 1999.

CUNHA, R. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. São Paulo: Síntese, 1979.

DARDOT, P.; LAVAL, C. *A nova razão do mundo*: ensaio sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.FERNANDES, D; MATOS, L. Apesar da pena: execução penal e redução de danos. *Panóptica*, v. 11, n. 1, p. 158 -183, 2016.

FLAUZINA, A. L. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau editora, 2003.

FOUCAULT, M. *Obrar mal, decirlaverdad*: función de laconfesión em lajusticia. Curso de Lovaina, 1981. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2014.

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

GODOI, R. O controle da pena: presos, defensores e processos nos circuitos do sistema de justiça. *Dilemas*: Revista de Estudos em Conflito e Controle Social. v. 10, n. 3, p. 389-411, 2017b.

GODOI, R. Experiência da pena e gestão de populações nas penitenciárias de São Paulo, Brasil. *Revista Etnográfica*, v. 21, n. 1, p. 27-48, 2017c.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS: INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

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

ROIG, R. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAINT-GEORGES, P. Pesquisa e crítica das fontes de documentação nos domínios económico, social e político. In: ALBARELLO, Luc et al. Práticas e métodos de investigação em ciências sociais. Lisboa: Gradiva, 2011.

WARAT, L. A. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequencia*, v.3, n. 5, p. 48-57, 1982.

XIMENES, R. O mito da modernidade. A execução penal brasileira e a criminologia. In: XIMENES, Rafson Saraiva(Coord.); PRADO, Daniel Nicory (Coord.). *Redesenhando a execução penal 2*: por um discurso emancipatório e democrático. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E. R., BATISTA, N., ALAGIA, A., SLOKAR, A. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do editorial

Veja também Doutrina

- Controles da execução penal, de Daniel Ribeiro Lagos – *RT* 737/481 (DTR\1997\135); e
- Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional, de Fabio Lobosco Silva – *RBCCrim* 123/361-380 (DTR\2016\24045).

A internalização das regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa

The internalization of Bangkok rules and its effects on the criminal execution of women in Brazil: limits and challenges in the context of mass incarceration

Luciana Costa Fernandes

Mestra pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ). Professora substituta de Direito Penal, Processo Penal e Instituições de Direito na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Integrante da Associação Elas Existem: Mulheres Encarceradas.
lucianafernandesppa@gmail.com

Mariana Paganote Dornellas

Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Integrante da Associação Elas Existem: Mulheres Encarceradas.
marianapaganote@yahoo.com.br

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 09.05.2018
Última versão das autoras: 15.05.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo visa analisar os efeitos das Regras de Bangkok – regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras –, no Brasil a partir de sua incorporação ao ordenamento jurídico. Partiremos do exame das características do encarceramento feminino no Brasil, como parte do fenômeno do encarceramento em massa; dos impactos da política criminal de drogas adotada para o aumento do número de mulheres presas; bem como das nuances da transcendência da pena relacionadas a esse aprisionamento. A partir disso, analisaremos

Abstract: The purpose of this article is to analyze the effects of the Bangkok Rules, which are United Nation's rules for the treatment of women prisoners and non-custodial measures for women offenders in Brazil since their incorporation into the country legal system. In order to do so, we exame the characteristics of female imprisonment in Brazil, addressing the mass incarceration in context of increasing criminalization of women; the relevance of drug trafficking and the war on drugs as well as the transcendence of the criminal penalty, both peculiar when we deal with female imprisonment. We examine how the

a forma como os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estão se adequando às Regras, seja por meio da elaboração de leis, orientações jurisprudenciais e concessão de indultos pela Presidência da República, em consonância com o referido Tratado, que produzem efeitos na execução das penas e na situação de mulheres criminalizadas no país. Como base metodológica, utilizaremos a revisão bibliográfica e a análise quantitativa e qualitativa de relatórios nacionais e internacionais sobre o tema. Busca-se investigar a internalização das referidas Regras, abordando os limites e desafios para sua efetiva aplicação na execução de penas cominadas a mulheres no país, e os contrastes entre justificativas de elaboração, normatização e práticas concretas.

Palavras-chave: Encarceramento feminino – Encarceramento em massa – Guerra contra as drogas – Regras de Bangkok – Efetividade de regras internacionais.

legislative, executive and judiciary are dealing with the Bangkok Rules, whether through the elaboration of laws, jurisprudential guidelines and the still limited granting of pardons by the Brazilians presidents in line with the Rules, which have a number of effects on the execution and situation of women that are criminalized in the country. As methodological basis, we use bibliographic review and quantitative and qualitative analysis of national and international reports on the subject. Finally, we intend to investigate the internalization of these Rules, addressing the limits and challenges for their effective application into the execution of women's penalties and the contrasts between justifications, normatization and concrete practices.

Keywords: Female incarceration – Mass incarceration – War on drugs – Rules of Bangkok – Effectiveness of international rules.

Sumário: 1. Introdução. 2. Encarceramento em massa e encarceramento feminino. 2.1. Mulheres criminalizadas no Brasil: análise quantitativa e qualitativa de dados. 2.2. Relações do encarceramento em massa de mulheres e a criminalização pelo tráfico de drogas. 2.3. Nuances da transcendência da pena na questão do encarceramento de mulheres. 3. Regras de Bangkok e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro: impactos na execução penal. 3.1. Regras de Bangkok. 3.2. Legislativo. 3.3. Executivo. 3.4. Judiciário. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

As Regras de Bangkok ou Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras[1], tendo em vista o agigantamento dos índices de encarceramento feminino, ressaltam a necessidade fundamental de se priorizar alternativas penais ao aprisionamento, sobretudo em caráter cautelar. Considerando as especificidades das experiências de gênero no cárcere, o documento elenca regras que informam a excepcionalidade da prisão, referindo-se, por exemplo, às Regras de Tóquio e incentivando o recurso a medidas despenalizadoras e alternativas à prisão em se tratando de mulheres em conflito com a lei.

1. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

A partir do marco teórico da criminologia crítica, analisaremos as questões relacionadas à criminalização de mulheres no Brasil, com o objetivo de contextualizar não apenas a necessidade da importação dessas regras, mas também os próprios limites da sua aplicabilidade. Trata-se de uma maioria de mulheres negras e pobres, criminalizadas em virtude do tráfico de drogas em ritmo exponencial e cujos aprisionamentos transcendem e impactam de modo peculiar a vida de seus familiares, sobretudo – mas não somente – filhos.

Assim, a metodologia utilizada para tentar traçar uma imagem do aprisionamento de mulheres será a análise quantitativa de dados oficiais sobre o encarceramento feminino, como uma primeira forma de se aproximar do problema da pesquisa, investigando de quais mulheres estamos efetivamente tratando, a partir dos marcadores de diferença observados no sistema penitenciário brasileiro, de que condições de prisão, de que efeitos extrapenais e de que crimes estamos nos deparando quando pensamos na questão do superencarceramento em massa de mulheres. E, então, seguiremos com a análise qualitativa das diversas iniciativas institucionais criadas com a intenção de dar efetividade às regras de Bangkok, trazendo a reflexão sobre em que medida inauguram, condicionam ou limitam a instalação de um regime de garantias de direitos previstos em normas internacionais, em contraste com a realidade das atuais práticas que conduzem ao encarceramento em massa, que nos fazem questionar a sua própria efetividade.

Essa inexorável realidade tem demandado uma série de iniciativas legislativas, judiciárias e executivas, Poderes que, de posse das Regras e de seu necessário ajuste e com vistas a dar-lhes efetividade, têm se utilizado da elaboração de leis, concessão de indultos e construção de jurisprudências justamente considerando as possibilidades de impactos na execução da pena de mulheres. Todavia, nossa hipótese é que são as próprias questões que envolvem a construção de um projeto de encarceramento em massa, e as tensões latentes provocadas pelos sentidos representados pelas mulheres selecionadas para criminalização pelo sistema, que aprofundam o abismo entre justificativa, normatização, práticas e impactos reais das Regras que desejam aplicar.

2. Encarceramento em massa e encarceramento feminino

2.1. Mulheres criminalizadas no Brasil: análise quantitativa e qualitativa de dados

O último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, que foi publicado em dezembro de 2017, referente a dados coletados até junho de 2016,

possui poucos marcadores[2] sobre a especificação das pessoas encarceradas por gênero. São, por isso, limitadas as informações que podemos utilizar desse relatório, embora ainda seja fundamental destacar algumas delas. A primeira, extremamente alarmante, é que o País, que já era o terceiro que mais encarcerava no mundo[3], superou pela primeira vez a taxa de mais de 700.000 presos(as), acautelando em seus presídios, atualmente, 726.712 pessoas (INFOPEN, 2017, p. 8). O numerário confirma a manutenção de uma taxa de encarceramento crescente no País e que aumenta em ritmo exponencial[4], configurando um estado de encarceramento em massa[5].

Além disso, há a constatação de que há uma taxa de ocupação média das unidades prisionais de 197,4%, com um *déficit* de 358.663 vagas (INFOPEN, 2017, p. 8), o que revela a também conhecida condição de superlotação dos presídios brasileiros e que só se intensifica, já que as reformas nessas instituições não acompanham o incremento na sua "utilização". Estamos falando, por isso, de um recurso imagético bastante comum ao pensarmos na condição penitenciária desde a nossa margem: um amontoado de pessoas, cada vez

2. Quais sejam, destinação dos estabelecimentos penais de acordo com o gênero e distribuição por tipo penal.
3. Dados disponíveis em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All]. Acesso em: 27.03.2018.
4. Este dado é fundamental para situar o país dentro do contexto global do encarceramento em massa e estabelecer previsões em havendo níveis mais ou menos estáveis de aprisionamento conforme as curvas dos últimos anos. Isso devido a maioria dos países que mais encarceram no mundo apresentarem, ao contrário do Brasil, ritmos de desaceleramento do crescimento (como é o caso da Rússia, que deixou o ranking dos últimos anos de terceira para passar a figurar atrás do Brasil, como quarto país que mais encarcera) ou de estabilidade (como os Estados Unidos).
5. O encarceramento em massa é identificado por Garland (2001, p. 1) por uma alta taxa de crescimento da população carcerária, com níveis muito superiores do considerado normal em uma perspectiva histórica e comparativa com outras sociedades equivalentes, além da concentração social dos efeitos da prisão, que deixa de ser o controle social de delinquentes individuais e torna-se o encarceramento sistemático de grupos inteiros da população, no caso, de homens jovens negros de grandes centros urbanos. Para esse grupo, a prisão tornou-se uma parte regular e previsível de sua existência, ao invés de ser um evento raro e pouco frequente. No entanto, segundo o autor, ainda não conhecemos os custos sociais e financeiros do encarceramento em massa, que incluem a redução do orçamento estatal para outras áreas, a normalização da experiência prisional e sua extensão para a comunidade e as consequências do encarceramento para as famílias das pessoas presas, principalmente seus filhos (GARLAND, 2001, p. 2).

maior, nas prisões, disputando espaços que inexistem, porque as vagas existentes são – e continuarão a ser – incapazes de absorver materialmente a quantidade que só aumenta de criminalizados(as).

A dimensão do todo, no que se refere ao encarceramento em massa importa, porque em fluxo com as particularidades de questões de gênero e aprisionamento que trabalharemos. Mas são as pesquisas que se propõem a fazer as marcações, ainda de número limitado, que são fundamentais para a apresentação da situação peculiar das mulheres presas no Brasil. É nesse cenário que os dois últimos relatórios do INFOPEN, sendo o último publicado em maio deste ano, ganham relevo. Outro importante material para dimensionar a questão é o produzido pelo órgão internacional IPCR (Institute for Criminal, Policy Research)[6], que servirá, também, de subsídio neste tópico e que, analisados em conjunto com o último relatório oficial, produzem um quadro que delimita os constructos em que qualquer produção no campo de mulheres presas se inscreve.

No último documento oficial nacional, que registrou a situação do encarceramento feminino em junho de 2016, foi informado que o Brasil teria atingido, pela primeira vez, o número de mais de 42 mil mulheres presas (INFOPEN, 2018, p. 15). No mesmo período de amostragem, o INFOPEN divulgou o já referido número total de 726.712, sendo, portanto, 1 a cada 17 pessoas presas, mulheres.

O valor que acompanha as tendências mundiais e regionais de um número menor de mulheres presas que homens assusta ainda mais em relação ao seu crescimento. Em 2000, ou seja, há 12 anos, havia menos de 6 mil mulheres presas no Brasil. Isso quer dizer que houve um aumento de 656% em relação ao total registrado, ao passo que, no mesmo período de tempo, a população prisional de homens cresceu 293% (INFOPEN, 2018, p. 15).

Internacionalmente, já se estimava, desde antes da publicação deste relatório, que essa população era maior (IPCR, 2016, p. 2), com cerca de 44.700 mulheres cumprindo pena privativa de liberdade no Brasil. Ambos os dados nos colocam na escatológica quarta posição no *ranking*, agora em relação aos países no mundo que mais aprisionam mulheres. Ainda, que este é o país na América do Sul cujo aumento no encarceramento feminino cresce com a maior

6. World Female Imprisonment List (fourth edition) Disponível em: [www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition]. [https://www.google.com.br/search?q=world+female+imprisonment+list&oq=world+f&aqs=chrome.0.69i59j0j69i57j69i60l3.3725j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8]. Acesso em: 27.03.2018.

velocidade[7], sendo que em dezesseis anos o número de mulheres encarceradas pelo país mais que quadruplicou[8]. Ganhamos, assim, novos contornos ao cenário que começamos a traçar, ou seja, a concretude do fenômeno do encarceramento em massa, tanto no que se refere aos homens quanto às mulheres criminalizadas e cujo prolongamento, mais que especulativo, soa como natural aos assustadores índices de crescimento do número de pessoas atrás das grades – mas, especialmente, mulheres que se amontoam nos presídios com velocidade muito maior que homens[9].

O "INFOPEN Mulher" nos informa, também, a respeito da situação daquelas que são selecionadas pelo sistema, tópico fundamental para pensarmos em como são os corpos que estão sendo capturados pelo poder punitivo. Quanto à raça, cor ou etnia, é marcante, mesmo com a deficiência de dados[10], a proporção de mulheres negras, que correspondem a 62%, ou seja, 25.581 do total, número discrepante em comparação com a população brasileira em geral (INFOPEN, 2018, p. 40).

Se a realidade nacional já se apresenta de forma bastante impactante, os dados estaduais do relatório de 2014 nos defrontam com tessituras ainda mais fortes. No Acre, 97% das mulheres presas são negras; no Ceará, 94%; no Piauí e Tocantins, 90%. Dos 27 estados que informaram o recorte de raça, apenas três estados[11] apresentaram taxas inferiores a 50%, sendo que 14 deles apresentaram taxas superiores a 75% (INFOPEN, 2018, p. 42). Quanto à faixa etária,

7. "The number of women and girls in prison has risen particularly sharply in some countries: "notably in central America – Guatemala (now more than five times the level at 2001) and El Salvador (now ten times the level at 2000); in south America – Brazil (four and a half times the 2000 level); and in southeastern Asia – Cambodia and Indonesia (both more than six times the level at 2000)" (IPCR, 2017, p. 2).
8. Em 2000, o número de mulheres presas era de 10.112, passando em 2005 para 20.264, em 2010 para 34.807 e em 2016 para 44.700. Disponível em: [www.prisonstudies.org/country/brazil#further_info_field_pre_trial_detainees]. Acesso em: 27.03.2018.
9. O INFOPEN (2017) nos informa que a população carcerária, em geral, aumentou entre os anos de 2000 e 2016, 167%; o INFOPEN-Mulher, que só em relação a situação feminina, entre os anos de 2000 a 2014, o aumento havia sido de 567%.
10. Apenas 72% das unidades de aprisionamento de mulheres informaram raça, cor e etnia.
11. São eles: Paraná, com 33%; Rio Grande do Sul, com 30% e Santa Catarina com 38% (INFOPEN, 2018, p. 42), sendo certo que, nesses três estados, segundo o IBGE (2009), havia, respectivamente, 29%, 19% e 15% de não brancos . Ou seja, ainda nesses estados, as taxas de encarceramento superam – no último caso inclusive em mais de o dobro – a porcentagem de não brancos que transitam nesses territórios.

observa-se que a população carcerária feminina tem um perfil muito jovem, sendo que 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos. Ou seja, as chances de mulheres entre 18 e 29 anos serem presas no Brasil é 2,8 vezes maior do que as chances de mulheres com 30 anos ou mais serem presas (INFOPEN, 2018, p. 39). É importante dizer que o relatório mais recente (INFOPEN, 2017, p. 30), que engloba a população masculina e feminina, constata que 18% da população nacional é de jovens entre 18 e 25 anos, mas, dentro dos presídios, esse índice cresce para 55%. A indicação guarda simetria com os dados da situação específica de mulheres a denotar que o poder de punir incide diferencialmente sobre os corpos de jovens adultas(os) brasileiras(os).

Quanto ao estado civil, 62% das mulheres presas estão solteiras, 23% estão em união estável, 9% estão casadas, 2% estão separadas judicialmente, 2% estão divorciadas e 2% estão viúvas (INFOPEN, 2018, p. 44), o que também guarda paralelo com a situação da população encarcerada em geral[12]. Não há informações sobre a existência e número de filhos das mulheres privadas de liberdade no INFOPEN Mulher, referente a 2014, mas a atualização realizada em 2016 revela que 74% das mulheres presas no Brasil têm pelo menos um filho, enquanto 53% dos homens não têm filhos (INFOPEN, 2017, p. 40). É possível traçar uma relação entre o estado civil e a idade das pessoas aprisionadas, embora de pronto desperte atenção o fato de que pessoas casadas, na população brasileira entre 20 a 29 anos representam não 9, mas 25% e, em união estável, não 26, mas 47,1% (IBGE, 2016)[13], nos trazendo um indício de que são as(os) solteiras(os) as mais vulneráveis à atuação do sistema punitivo.

O grau de escolaridade da população prisional em geral é baixo, pois enquanto 66% ainda não teve acesso ao ensino médio, apenas 15% da população prisional total o concluiu, sendo que 45% têm o ensino fundamental incompleto (INFOPEN, 2018, p. 43). Quanto às mulheres encarceradas, a questão do acesso à educação se torna uma linha ainda mais tênue, já que 50% sequer concluiu o ensino fundamental (incluindo 2% de analfabetas e 3% de mulheres alfabetizadas sem curso regular) (idem).

Sob uma perspectiva ontologizadora do crime, os dados apontados nos levariam a concluir de forma naturalística que as mulheres mais velhas, brancas, casadas ou em união estável e com alto nível de escolaridade praticariam

12. Pessoas solteiras representam 60% da população prisional; em união estável, 37%; 9% casadas; 1% separadas judicialmente e 2% divorciado (INFOPEN, 2016, p. 35).

13. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf]. Acesso em: 27.03.2018.

menos crimes, o que em tempos atuais soa não só como absolutamente inconsistente, como também indemonstrável[14]. O deslocamento provocado pela perspectiva da criminologia crítica[15] nos permite afirmar, centrando nos processos de criminalização, que os dados do sistema prisional nos trazem o retrato dos corpos que podem ser despejados no cárcere e das próprias contingências e faltas de acesso que operam em uma sociedade hierarquizada como a brasileira: são em maioria mulheres negras; que não aderiram ao sistema de controle da união patriarcal (solteiras); jovens; com acesso raro à educação que são clientela do poder de punir.

14. O problema das cifras ocultas nas pesquisas sobre sistema penal é central. Isso porque, como há muito se tem discutido, a amostragem que se tem de pessoas criminalizadas já é em si reflexo da atuação seletiva da criminalização, não apenas pelas agências penais, mas desde a escolha das condutas tornadas crime. A conclusão lógica de que as pessoas presas representam a totalidade de tipos de crimes praticados levaria ao absurdo produzido em tempos de positivismo criminológico, ou seja, de traçar um paralelo irretratável entre pobreza e "criminalidade", quando são esses agentes motivadores da atuação do sistema, não da própria realização de atividade criminosa. Por outro lado, as ações reprováveis praticadas pelas elites passam pela dura camada da estratégica indiferença penal, sendo muitos nem mesmo tipificados e outros atravessados pela inoperância das agências policiais até as judiciais. Concordamos com Baratta, que indica que a criminologia crítica relaciona o desenvolvimento do modo de produção capitalista com os mecanismos seletivos do processo de criminalização, indicando que o sistema penal é um sistema de direito desigual, que tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, imunizando os desvios desse grupo do processo de criminalização, dirigindo-o para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isso ocorre por meio da tipificação penal, em que se definem os bens jurídicos que serão tutelados, as formas de ofensa a esses bens e sua punição, que acaba por punir de forma mais intensa crimes de menor danosidade social, mas característicos das ilegalidades populares, e de forma mais branda os crimes que possuem maior impacto mas que são relacionados a um tipo de desvio específico das classes dominantes (BARATTA, 2011, p. 165).

15. A criminologia crítica é uma teoria econômico-política do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, que tem por base instrumentos conceituais marxistas (BARATTA, 2011, p. 159). Ela se destaca de outros discursos criminológicos por deslocar o enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na origem dos fenômenos do desvio, com particular interesse nos mecanismos por meio dos quais são criadas e aplicadas definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização (BARATTA, 2011, p. 160). Assim, ela se contrapõe à criminologia positivista, que buscava no indivíduo as causas do crime, a partir de características biopsicológicas, trazendo um enfoque macrossociológico, que revela a associação das formas de resposta ao desvio com as estruturas sociais e o desenvolvimento das relações de produção.

Outro dado fundamental de análise diz respeito aos delitos que mais encarceram homens e mulheres, onde residem diferenciações importantes e que serão, também por isso, objeto de análise mais aprofundada no próximo tópico. À época da elaboração do documento, eram 176.691 pessoas respondendo por três únicos tipos penais (tráfico estadual e internacional e associação para o tráfico de drogas) correlatos à política criminal de drogas adotada pelo país. No que se refere ao total de estabelecimentos masculinos, 26% respondiam por estes crimes, ou seja, 155.669 homens. Nos femininos, essa proporção chegava ao percentual assustador de 62%, representando um total de 21.022 mulheres (INFOPEN, 2017, p. 42-43).

O relatório anterior, cujo enfoque foi a situação de mulheres presas, informou que maioria delas ocupa uma posição coadjuvante nos crimes, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio, em geral para o sustento da família, e também que muitas são usuárias e mesmo assim condenadas a penas extensas (INFOPEN, 2014, p.05). Quanto aos demais delitos, os crimes de roubo e furto apareceram como integrantes das denúncias de 38% dos homens e 20% de mulheres, nos informando sobre as questões de classe envolvidas na criminalização; e 11% de homens por homicídios, enquanto as mulheres, pelo mesmo crime, 6% (INFOPEN, 2016, p. 43).

Para completar o quadro analisado, importa fazer menção a um último dado central para entender a condição das pessoas acauteladas, já que, no total, 40% encontram-se sem condenação (INFOPEN, 2017, p. 14), isto é, 2/5 das pessoas que compõem os presídios ainda não receberam sua sentença em definitivo. No que se refere ao recorte de gênero, a situação fica ainda mais grave: das mulheres privadas de liberdade, 45 % estão presas sem condenação (INFOPEN, 2018, p. 55), 41% recebe pena de mais de quatro e até oito anos (idem p. 56). E, em relação às unidades, apenas 37% delas não estão em condição de superlotação (INFOPEN, 2018, p. 36).

O cenário apresentado nos demanda encarar nosso problema de pesquisa de forma bastante concreta. Quando falamos sobre a questão do encarceramento feminino e sobre a execução da pena de mulheres, não estamos reivindicando um sujeito deslocado dos marcadores que lhes diferenciam, totalizante ou com um potencial de abstração que dá suporte à neutralidade do direito com que, justamente, desejamos romper. Estamos falando sobre a criminalização de *certas* mulheres, a grande maioria negra, pobre, jovem, que não teve acesso à educação, solteira, mas que possui filhos, sobretudo por integrar o comércio de substâncias tornadas ilícitas e muitas, ainda, sem que ao menos tenham sido sentenciadas em definitivo. Mulheres que apresentam, cada uma individualmente, os próprios atravessamentos e modulações dessa estrutura de

opressões, mas que estão nos informando, no coletivo que compõem – de corpos criminalizáveis – sobre as recorrências e possíveis indícios de análise que trazem sobre o macrossistema onde opera o poder de punir. E que, como dito, encontra um espaço apriorístico quando em relação com a política criminal de drogas adotada pelo país.

2.2. Relações do encarceramento em massa de mulheres e a criminalização pelo tráfico de drogas

Ressalvada a enorme cifra oculta dos dados oficiais[16], é inconteste a centralidade dos crimes da Lei de drogas enquanto entre os que mais enclausuram[17] no país, situação que ganha dimensões ainda mais alarmantes se pensarmos no encarceramento feminino. Trata-se de um cenário que apresenta particularidades entre os estados, mas que não está deslocado da realidade continental, dos interesses geopolíticos em se estabelecer em terras marginais um estado de genocídio. Em toda América Latina, a maioria das mulheres presas respondem pelos "delitos de drogas" (DEL OLMO, 1998, p. 31), com o destaque importante de que, como dito, o Brasil é o quarto país no mundo que mais enclausura mulheres (ICPR, 2017, p. 2).

Essa situação se agrava para algumas mulheres em condições de vulnerabilidade específicas, pois pesquisa (BOITEUX, et al., 2015) realizada com as grávidas e puérperas encarceradas no Rio de Janeiro, respectivamente na Penitenciária Talavera Bruce e na Unidade Materno-Infantil, divulgou que 70,9% respondem por crimes relacionados a drogas, sendo que, no estado, 86% das mulheres presas são negras (INFOPEN, 2014). E que também se projeta de modo marcante no momento político que vivemos, já que a retórica da guerra às drogas, recentemente, foi mobilizada inclusive para dar legitimidade ao *Decreto* Legislativo 10/2018 que institui a intervenção federal no estado, impactando a fruição de direitos, sobretudo, de moradores das favelas cariocas – já também sistematicamente marginalizados pela simples determinação de seus locais de domicílio.

16. Embora, em relação ao relatório anterior (2014), tenha havido maior colaboração dos estados, estima-se que se trata de dados subrepresentados, sobretudo porque metodologicamente obtidos via "autodeclaração" de cada uma das unidades prisionais do país. Como a situação prisional degradante vem sendo objeto, inclusive, de denúncias internacionais, é esperado que os estados divulguem os dados a menor.

17. Como analisado no tópico anterior, estão entre os crimes que mais prendem no Brasil, a título cautelar e definitivo, com taxa em torno dos 28%; sendo 26% cometidos por homens e 62% nos cometidos por mulheres (INFOPEN, 2017).

Trata-se de uma situação que se expande por toda a América Latina, em que mulheres encarceradas pelos delitos de drogas variam de um total de 24 % do total de presas (Uruguai), a 75,5 % do total (Costa Rica), segundo o IDPC (2015). E com um perfil bastante parecido com o que apresentamos anteriormente, já que a grande maioria dessas mulheres são mães solo que "se involucran en la venta de bajo nivel o el transporte de drogas como una forma de poner comida en la mesa para sus hijos"[18].

A relação desses dados com o panorama geral anteriormente apresentado nos revela que, na própria estrutura que é formada para o varejo das substâncias ilícitas, aquelas que ocupam mais da metade das penitenciárias brasileiras estão muito aquém do ideal fantasmagórico e midiático das(os) "traficantes": em verdade, as inimigas número um da sociedade são mulheres que enfrentam o grave processo conhecido como "feminização da pobreza" (ANGARITA, 2007). Sendo, em sua maioria, jovens e que integram o varejo como forma de complementação da própria renda[19], já que disputantes de um mercado de trabalho ainda embranquecido, patriarcal, classista e "meritocrático", o tráfico de drogas é o que vem identificando a situação de mulheres presas em quase todos os países latino-americanos que enfrentam, com as devidas tessituras, essas questões estruturais. Em um dos estudos percussores sobre o tema, Rosa del Olmo (1998, p. 31-32) destacava que

> Lo que sí sabemos es que nuestra población penal feminina está em su gran mayoría presa por delitos relacionados com drogas, que pertenece al sector que puede calificarse de 'pobreza crítica', mujeres jefes de hogar, com más de dos hijos y lo que es más grave, com la doble condición de victimaria y víctima por su condición de ser permanentemente expuesta a la violación de no sólo los funcionários de seguridade de los penales sino de los próprios reclusos.

18. Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD). *The Incarceration of Women for Drug Offenses*. Disponível em: [www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/luciana_i.pdf]. Acesso em: 28.03.2018.

19. Luciana Boiteux, nesse sentido, declara: "O tráfico muitas vezes ajuda a complementar a renda. Temos que repudiar essa fala machista de que a mulher entra no crime por amor ou para ficar com um homem. Elas são chefes de família que não conseguem sustentar os filhos por meios lícitos e acabam indo para o tráfico. Esse modelo de seletividade penal focado no tráfico está encarcerando mais mulheres, mais mães, mais grávidas. Isso não significa que o tráfico tenha aumentado, mas que esse é um reflexo da política atual de combate às drogas e da feminização da pobreza". Portal da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro. "Pesquisa traça perfil da maternidade no cárcere no Rio de Janeiro". Disponível em: [www.oabrj.org.br/noticia/95207-pesquisa-traca-perfil-da-maternidade-no-carcere-no-rio-de-janeiro]. Acesso em: 28.03.18.

Mulheres criminalizadas pelo tráfico de drogas são, portanto, em sua maioria solteiras, mães, chefes de família, que recorrem ao comércio dessas substâncias para complementarem a própria renda, assoladas pela realidade massacrante da desigualdade na inserção no mercado de trabalho. Trata-se da histórica e estratégica gestão diferencial dos ilegalismos populares, que atinge sensivelmente as mulheres afro-brasileiras desde a abolição do trabalho escravo e que determina os corpos sujeitáveis às condições simbolizadas pelo cárcere.[20] São essas as mulheres que recebem menos retornos dos parcos investimentos em escolarização, sofrem com as taxas mais altas de desemprego, com salários e condições ainda mais precarizadas de emprego (ANDRADE, 2017, p. 100). Mulheres estruturalmente pobres, sendo certo que em um país em que o racismo conduz as mais variadas diferenciações, a construção social da raça também estrutura a dinâmica das classes no país[21].

Assim, é possível dizer que o elevado índice de encarceramento, ancorado pela política de drogas e reflexo de uma cultura punitivista originada no escravismo, torna explícitos os recortes racistas, misóginos e classistas do sistema penal. Se a reflexão acerca do macrossistema do controle penal nos convida a pensar sobre o significado das condutas desviadas e da correlata atribuição de (des)valores a estas mulheres, é possível propor, também, que desde a nossa realidade marginal o aprisionamento de mulheres é simbiótico dos espaços de discriminação e opressão (GARCIA, 1998, p. 64) que formulam as hierarquizações entre mulheres e homens no Brasil. Diferenciações que ganham contornos bastante definidos quando agenciados pela política criminal de drogas.

É a guerra contra as drogas que vem se apresentando como principal fio condutor de atuação do poder punitivo no Brasil, em especial no Rio de Janeiro, e que dá dinâmica ao encarceramento das mulheres de que tratamos. Para esse fim, a construção do imaginário da traficante e das drogas como verdadeiras entidades diabólicas é basilar, acompanhado de todo o senso comum que se constrói, deixando como inquestionáveis os motivos historicamente determinantes para a formulação da base de interesses que divide substâncias proibidas das legalizadas (TIBURI, 2013, p. 94). Todo um senso moral e alarme

20. Em uma sociedade com herança escravista que não promoveu a necessária reparação às barbáries ocorridas no período colonial, as pessoas negras permanecem em uma posição de marginalização na sociedade, estando mais sujeitas à ação repressora da polícia e à criminalização, a partir dos desdobramentos no racismo que permanece produzindo efeitos até hoje.

21. Ou seja, entre as pobres, ainda serão as negras as mais oprimidas; entre as selecionáveis pelo sistema penal, ainda serão as negras as mais vulneráveis.

social são mobilizados pelo proibicionismo, para que se opere justamente na personificação das substâncias – que parecem ganhar personalidade nos discursos perigosistas –; e na objetificação de sujeitas, que não assumem mais que o valor de um descarte. O discurso da violência e a transformação da segurança pública em mercadoria, encontram, assim, um de seus principais espaços de difusão, já que é justamente incutindo a necessidade de uma cruzada contra as drogas que um verdadeiro Estado de Segurança incorpora potências aniquiladoras.

O ódio canalizado e o medo servem especialmente para dar novos contornos à questão: transformadas em tabus, as drogas e suas varejistas se tornam desconhecidas, que devem necessariamente serem perseguidas e brutalmente exterminadas. Estamos falando, por isso, de uma política bastante estratégica, porque condensa em regiões e em táticas muito bem demarcadas os alvos da perseguição penal: pessoas negras e pobres que atuam no sistema e que, desde a opção pela proibição, podem contar com mais esse mecanismo de controle. Vera Malaguti fala com propriedade sobre os efeitos da designação do ilícito e suas correlações com a demanda por punição:

> A guerra contra as drogas pôde assim garantir a permanência do aparato repressivo, aprofundando seu caráter autoritário e assegurando investimentos crescentes para o controle social e a segurança pública. Não foi só a infraestrutura que se manteve após o período militar: o novo inimigo propiciou também a renovação dos argumentos exterminadores, o aumento explosivo das execuções policiais e a naturalização da tortura. Tudo é normal se o alvo é o traficante nas favelas. Tivemos no Rio de Janeiro um projeto de ocupação militar nas áreas de pobreza em nome dessa guerra (BATISTA, 2016, p. 7).

Assim é que podemos propor que os apelos à lei e a ordem, podem, a partir da retórica da guerra às drogas, ganhar legitimação inconteste. É sob o pretexto da repressão ao comércio de drogas que se clama por mais Estado, mais repressão e menos direitos às pessoas incriminadas, despidas, a partir de então, não só de direitos, mas das suas próprias condições humanas. A "guerra às drogas" iniciada nos EUA e exportada para todo o mundo, e que é responsável pelo aumento exponencial do encarceramento (ALEXANDER, 2017, p. 162), revelou ter sido criada como uma reação às conquistas do Movimento de Direitos Civis, que impunha o fim da segregação racial no país (ALEXANDER, 2017, p. 83). Assim, o encarceramento em massa em decorrência da "guerra às drogas" surge como um novo sistema de controle social racializado, sob uma retórica racialmente neutra de "combate ao crime" (ALEXANDER, 2017, p. 94), a partir de abordagens policiais claramente discriminatórias e violentas (ALEXANDER,

2017, p. 190). É nesse contexto que se promove a aplicação de uma lei que é dotada de sua pretensa neutralidade e igualdade, mas que, desde a sua origem, é vocacionada para o aprisionamento daquelas indesejáveis que se dedicam ao comércio de drogas. E é também nesse cenário que se naturalizam mortes, controles e todo tipo de invasão à esfera privada de qualquer uma que integrar o universo referido ao tráfico, ainda que apenas de modo indiciário.

Esses são parte dos motivos pelos quais Michelle Alexander considera a política criminal de drogas um novo sistema de castas raciais, mais potente até que o conhecido "Jim Crow" – que resultou na autorização de um regime de segregações que tomou como base principal de diferenciação a cor da pele. Trata-se de um complexo de normas, agentes e agências que, autorizadas a determinar mulheres como criminosas, faz com que o rótulo a ela esteja aderido enquanto condição de sub-humanidade que se prolonga no tempo e no espaço, transcendendo os próprios limites temporais da pena. Em suas palavras:

> [...] poucas regras jurídicas estabelecem limites significativos à atuação da polícia na Guerra às drogas, e enormes incentivos financeiros foram concedidos para que os agentes de segurança pública se engajassem em prisões maciças de pessoas envolvidas com drogas por meio de táticas de estilo militar. As chances de uma pessoa sair totalmente livre, uma vez arrastada para dentro do sistema, são muito pequenas. É comum que se negue aos réus uma representação jurídica adequada. Eles são ameaçados com longas penas para fazerem um acordo de culpabildidade e então são postos sob controle formal – na prisão ou na cadeia, na condicional ou na assistida. Após serem libertados, ex-infratores são vítimas de discriminação, legalmente, pelo resto de suas vidas e a maioria acabará voltando para a prisão [...]. Em muitos aspectos, a libertação da prisão não representa o início da liberdade, mas, em vez disso, uma nova e cruel fase de estigmatização e controle. Inúmeras leis, regras e regulamentos discriminam ex-infratores e impedem sua reintegração efetiva à economia e à sociedade. Defendo que a vergonha e o estigma do "rótulo de prisioneiro" são, em muitos aspectos, mais danosos à comunidade afro-americana do que a vergonha e o estigma associados ao Jim Crow. A criminalização e a demonização do homem negro jogaram a comunidade negra contra si mesma, desfazendo relações familiares e comunitárias, dizimando redes de apoio mútuo e intensificando a vergonha e o ódio contra si vividos pela atual casta de párias (ALEXANDER, 2017, p. 55).

É com base no pretexto de repressão ao tráfico que se naturalizam as mais variadas segregações e que permanecem, em uma era de suposta democracia racial, intocadas pelas críticas passíveis de serem feitas em razão de seus recortes racistas, classistas e patriarcais. Mais que uma realidade ontológica, o quadro apresentado é construído e modulado no cotidiano de diversos atores que

manejam o direito, atribuindo-lhe sentido e reconfigurando espaços de dominação que se apresentam extremamente sinuosos quando questões de gênero, raça e classe estão imbricadas. E que são responsáveis, no nosso caso de pesquisa, por dar concretude ou não às regras de Bangkok.

2.3. Nuances da transcendência da pena na questão do encarceramento de mulheres

Antes de partir para a análise das Regras de Bangkok, é fundamental dar destaque a uma das condições bastante peculiares do encarceramento feminino, que são pouco faladas: os impactos para os familiares da mulher presa. O princípio da intranscendência da pena, disposto no art. 5º, XLV, da nossa Constituição, indica que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, logo, deve-se impedir que as consequências da pena afetem a terceiros, pois a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal (ZAFFARONI, 2011, p. 160). No entanto, sabemos que a pena privativa de liberdade afeta especialmente a família da pessoa encarcerada. E, quando tratamos do encarceramento feminino, a questão é ainda mais complexa, dado que as mulheres ainda são as principais responsáveis pelas tarefas ligadas à esfera reprodutiva da vida social, seja o trabalho doméstico ou de cuidado de crianças, idosos e pessoas doentes em geral, mesmo que também exerçam trabalho remunerado.

Goffman, ao tratar de estigma, aborda também a questão do estigma de cortesia, que se refere ao descrédito que as pessoas compartilham do estigmatizado com o qual se relacionam, pois os problemas enfrentados por uma pessoa estigmatizada espalham-se em ondas de intensidade decrescente (GOFFMAN, 1981, p. 28-29). O estigma de cortesia ocorre quando o indivíduo se relaciona com alguém estigmatizado por meio da estrutura social, em uma relação que leva a sociedade mais ampla a considerar ambos como uma só pessoa, como a família da pessoa presa.

A partir de sua pesquisa, Braman sugere que o estigma da criminalidade associado ao encarceramento marca tanto a família quanto a pessoa encarcerada (BRAMAN, 2002, p. 133), e que a consequência mais relevante do estigma para os familiares é a distorção, diminuição e até mesmo rompimento dos laços sociais (BRAMAN, 2002, p. 131), pois muitos deles passam a evitar a família e os amigos, para não ter que mentir em relação a situação de prisão de seu ente querido. O autor afirma que esses efeitos do estigma podem ser até mesmo maiores para a família do que para a pessoa efetivamente encarcerada, pois o estigma e a vergonha são vivenciados em relação à percepção e julgamento de outras pessoas de um determinado grupo social, e enquanto os presos mantêm relações apenas entre si, com menor influência do estigma, os familiares

permanecem em suas comunidades e estão sujeitos a diversos tipos de pressão social, seja dos vizinhos, da igreja ou dos companheiros de trabalho (BRAMAN, 2002, p. 133).

Esse estigma se revela não apenas nos relacionamentos com a sociedade em geral, mas, inclusive, na relação dos familiares que visitam as pessoas presas com o sistema penitenciário, em que ele se manifesta por meio do tratamento diferenciado dos agentes penitenciários. Comfort afirma que o relacionamento pessoal com a pessoa presa faz com que seus visitantes na penitenciária sejam objetos de desconfiança, sendo identificados como potencialmente ameaçadores e, portanto, merecedores de recriminação, devido ao estigma que compartilham com o preso, tornando turva a distinção entre quem está preso e quem não está (COMFORT, 2008, p. 63). Assim, observamos que a pena efetivamente se estende à família, que sofre diversos danos colaterais do encarceramento, o que Comfort denomina de prisionização secundária, identificada como o processo pelo qual:

> […] the wifes, girlfriends, mother, daughters, and other female kin and intimates of prisioners who, through their contact with loved ones and close associates caught in the revolving door of corrections, experience restricted rights, dimishing resources, social marginalization, and other consequences of penal confinement, even though they are legally innocent and dwell outside of the prision walls (COMFORT, 2008, p. 7).

Assim, além dos familiares acabarem se afastando do convívio com outras pessoas, em decorrência do estigma relacionado ao encarceramento, que compartilham com o preso e que se revela também no tratamento que recebem dos agentes penitenciários, eles ainda convivem com a preocupação diária com a saúde e a segurança da pessoa privada de liberdade, o que pode resultar em problemas de saúde para os familiares ligados ao estresse (BRAMAN, 2002, p. 119). Ademais, os familiares arcam com um imenso custo financeiro que envolve as despesas com os filhos da pessoa presa, a perda da contribuição financeira daqueles que trabalhavam, a viagem até a penitenciária para a visita, os gastos com itens essenciais como comida e material de higiene que eles fornecem aos presos, além de vários custos adicionais difíceis de quantificar, como as despesas com remédios relacionados ao estresse (BRAMAN, 2002, p. 122).

Cabe destacar que, quando falamos das consequências do encarceramento para a família, estamos falando de mulheres, em sua maioria negras, que são as principais responsáveis pela visitação, e, portanto, pela manutenção dos laços sociais das pessoas privadas de liberdade, tanto em penitenciárias femininas quanto em masculinas, que têm suas vidas afetadas de diversas formas pelo encarceramento em massa. No caso do encarceramento feminino, em que

a mulher é subtraída do convívio familiar, a questão se torna ainda mais difícil, visto que as mulheres ainda assumem majoritariamente os encargos relacionados ao cuidado dos filhos, e, nesse caso, outras mulheres, geralmente suas mães e irmãs, que vão assumir o cuidado das crianças, que correm o risco até mesmo de serem encaminhadas para abrigos, na ausência de um familiar que possa se responsabilizar por elas.

Entre os principais efeitos do encarceramento para a família, está a repercussão deste na vida dos filhos da pessoa presa. Braman cita alterações no comportamento, como isolamento e revolta, e no rendimento escolar das crianças que tiveram seus genitores presos (BRAMAN, 2002, p. 124), situação que é potencializada quando a mãe é quem foi presa, em que geralmente os filhos são deslocados do seu lar e de tudo que lhes era familiar. O autor ressalta que crianças com genitores presos estão mais vulneráveis a abusos sexuais, à pobreza, e mais suscetíveis ao envolvimento com o sistema de justiça criminal, contribuindo para um ciclo de abuso e negligência que perpassa gerações (BRAMAN, 2002, p. 127), com danos imensuráveis e muitas vezes irreversíveis para a vida dessas crianças.

Assim, quando tratamos de encarceramento em massa, podemos perceber que este cria problemas que envolvem não apenas o número cada vez maior de pessoas presas, em condições degradantes, mas que gera consequências que se estendem para suas famílias e, por conseguinte, para suas comunidades. Quando tratamos especificamente do encarceramento feminino, em que observamos que a maior parte das mulheres é negra, com baixa escolaridade, responsável exclusiva pelos cuidados dos filhos, que encontra no tráfico de drogas uma estratégia de sobrevivência perante os obstáculos à inclusão no mercado de trabalho formal, a situação se torna ainda mais complexa. Isso acontece porque sua prévia situação de vulnerabilidade social é agravada pelo cárcere, que incrementa sua situação de subordinação social, dificultando sua posterior entrada no mercado de trabalho, caracterizando um grande fator para a retomada das atividades no comércio de substâncias ilegais. Esse ciclo de encarceramento e marginalização prejudica particularmente os filhos das mulheres presas, que são deixados em situação ainda mais vulnerável, perpetuando um ciclo de exclusão por gerações.

3. Regras de Bangkok e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro: impactos na execução penal

3.1. Regras de Bangkok

Já no preâmbulo das Regras de Bangkok, há a ressalva de que, devido à grande variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas no mundo,

nem todas as regras podem ser aplicadas igualmente em todos os lugares e em todos os momentos, tratando-se, portanto, de *soft law*. As normas internacionais identificadas como *soft law* não apresentam condições ou prazos para cumprimento, estabelecendo apenas obrigações genéricas de comportamentos futuros visando fins comuns, e são aplicadas quando os problemas enfrentados demandam soluções continuadas ou projetadas, e os Estados não podem se comprometer com ações imediatas (NASSER, 2005, p. 101-102). Ainda assim, as regras são importantes, pois sinalizam um compromisso dos Estados signatários, estimulando um empenho constante destes para superar as dificuldades práticas em sua aplicação, e pressionando-os a considerar as necessidades e realidades específicas das mulheres presas ao desenvolver leis, procedimentos, políticas e planos de ação relevantes.

O Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do Conselho Nacional de Justiça, foi responsável pela tradução oficial das Regras de Bangkok, visando facilitar a sua aplicação no Brasil. Ele indica, na apresentação do documento, que as mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades específicas, muitas vezes agravadas por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Assim, Lewandowski afirma que é necessário considerar os vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime para tratar de encarceramento feminino, e ressalta que a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens (BRASIL, 2016, p. 9).

O Ministro indica ainda que, apesar de o Governo brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, elas não tinham sido concretizadas em políticas públicas consistentes, evidenciando as dificuldades para a implementação e a internalização pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos. Por fim, ele defende que, além da criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é necessário primeiramente reduzir o encarceramento feminino provisório (BRASIL, 2016, p. 10).

Já no início do Tratado, há alguns esclarecimentos sobre a motivação da elaboração de regras específicas para mulheres presas, em que se reafirma a utilização das Regras de Mandela, regras mínimas para o tratamento de reclusos, a todos sem discriminação, mas ressaltando as necessidades e realidades específicas que devem ser levadas em consideração na sua aplicação, principalmente a partir do aumento da população carcerária feminina em todo o mundo. Há

ainda a ressalva de que, como o foco inclui os filhos e filhas de mulheres encarceradas, e existe a necessidade de se reconhecer o papel central de ambos os genitores na vida das crianças, algumas dessas regras são igualmente aplicáveis aos homens presos e infratores que são pais (BRASIL, 2016, p. 18).

Analisaremos, a seguir, algumas disposições das Regras de Bangkok que foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico por meio de ações do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. A primeira regra afirma que as disposições específicas para mulheres presas são decorrentes de suas distintas necessidades, para atingir igualdade material entre os gêneros, e que, por isso, não devem ser consideradas discriminatórias. Na segunda regra, ressalta-se que os procedimentos de ingresso de mulheres e crianças no cárcere devem receber especial atenção, em razão de sua vulnerabilidade nesse momento. Assim, antes e no momento do ingresso na prisão, as mulheres responsáveis pela guarda de crianças devem ter a possibilidade de tomar as providências necessárias em relação a elas, contatando familiares e existindo, inclusive, a previsão de suspensão temporária da medida privativa de liberdade para atender o melhor interesse das crianças. Por isso, no momento do ingresso no sistema prisional, deve ser realizado o registro do nome, idade, localização e situação de custódia ou guarda dos filhos e filhas da mulher presa.

A Regra 22 proíbe a aplicação de sanções de isolamento ou segregação disciplinar à mulheres gestantes, ou que permanecem presas com os filhos e filhas ou que estejam em período de amamentação. Embora, aparentemente, desnecessária, pois parece impensável abandonar uma mulher grávida ou amamentando em isolamento, tivemos um caso emblemático de uma gestante que deu luz em uma solitária no Rio de Janeiro, o que nos confronta com a necessidade, em termos de encarceramento feminino, de muitas vezes dizer o óbvio[22]. A regra 24 dispõe que é vedada a utilização de instrumentos de contenção, como algemas, em mulheres em trabalho de parto, durante o parto ou no período imediatamente posterior, sob qualquer pretexto.

A Regra 57 indica que devem ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico de cada Estado, opções específicas para mulheres com medidas despenalizadoras

22. Em outubro de 2015, Bárbara, presa provisória, que respondia pelo delito de tráfico de drogas por ser usuária de crack, deu à luz em isolamento disciplinar na Penitenciária Talavera Bruce. Ela tinha histórico de transtornos mentais, com passagens pelo Hospital Penal Psiquiátrico Roberto de Medeiros, não estava sendo devidamente medicada, e diante da impossibilidade de "conter" suas crises, a direção da unidade optou por deixá-la no isolamento, situação em que ela fez o próprio parto, sem nenhuma assistência.

e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado. A Regra 61 dispõe que, ao condenar mulheres infratoras, os juízes devem considerar fatores atenuantes, como ausência de antecedentes criminais, a natureza e a não gravidade da conduta criminal, considerando as responsabilidades de cuidado das mulheres e o contexto característico. A Regra 64, por sua vez, afirma que devem ser utilizadas prioritariamente penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos e filhas dependentes sempre que for possível e apropriado, e que a pena de prisão deve ser considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua.

Já a Regra 67 dispõe que devem ser envidados esforços para organizar e promover pesquisa ampla e orientada a resultados sobre delitos cometidos por mulheres, as razões que as levam a entrar em conflito com o sistema de justiça criminal, o impacto da criminalização secundária e o encarceramento de mulheres, as características das mulheres infratoras. Por fim, a Regra 68 indica que serão envidados esforços para organizar e promover pesquisa sobre o número de crianças afetadas pelo conflito de suas mães com o sistema de justiça criminal, o encarceramento em particular, e o impacto disso nas crianças, com o intuito de contribuir para a formulação de políticas e a elaboração de programas, considerando o melhor interesse das crianças.

Dessa forma, as Regras de Bangkok vêm para complementar as normas internacionais já existentes quanto ao tratamento de pessoas presas, com disposições orientadas especificamente para as particularidades que permeiam o encarceramento feminino, como a condição de gestação e puerpério; e para as situações que exigem um tratamento diferenciado às mulheres, considerando seus vínculos familiares e o impacto da segregação da mãe para as crianças, com a utilização de alternativas à prisão cautelar e penas não privativas de liberdade, sempre que for possível. Assim, as Regras se caracterizam por indicar o tratamento mínimo que deve ser dispensado às mulheres infratoras, considerando as especificidades de gênero e o grande aumento do encarceramento feminino em todo o mundo, e devem orientar a atuação dos Estados na área.

3.2. Legislativo

Pudemos observar que, a partir da tradução oficial das Regras de Bangkok, começaram a surgir iniciativas legislativas com o intuito declarado de dar efetividade ao referido tratado. A principal delas foi a edição da Lei 13.257, em março de 2016, chamada de Marco legal da Primeira Infância, que, segundo

seu artigo primeiro, estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, considerando primeira infância os seis primeiros anos da criança. A referida Lei possui disposições relativas à saúde, alimentação e nutrição, educação infantil, convivência familiar e comunitária, assistência social à família da criança, cultura, lazer, proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, prevenção de acidentes, entre outras. Mas, destaca-se a alteração que promoveu no Código de Processo Penal, na tentativa de adequá-lo às Regras de Bangkok.

Assim, foram incluídas disposições que determinam que a autoridade policial colha informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa, seja no momento em que tiver conhecimento da prática da infração penal, conforme o inciso X do artigo 6º do Código de Processo Penal; no interrogatório, de acordo com o artigo 185, § 10; e também na lavratura do auto de prisão em flagrante, segundo o art. 304, § 4º; disposições que estão em conformidade com a segunda Regra de Bangkok.

Salienta-se que, para atender a motivação da criação dessa disposição nas normas internacionais, esses registros têm por finalidade permitir que o sistema de justiça tenha conhecimento das crianças que estão sob guarda da pessoa investigada, permitindo, a princípio, que ela contate familiares para assegurar que essa criança não fique abandonada, com a possibilidade de suspensão temporária da medida privativa de liberdade até que a situação seja resolvida. Trata-se de uma disposição que tende, portanto, a minimizar os efeitos transcendentes da pena, protegendo as crianças.

Os fins declarados da norma, porém, não vêm encontrando correspondência na sua realidade prática. É possível dizer que a indicação do número de filhos, desacompanhada de um plano de assistência e proteção das crianças, transforma-se em letra fria. No geral, acompanha-se a modificação da prática policial e judicial, já que a intenção é, de fato, trazer nos autos do procedimento e processo essa informação. Esse dado, porém (número de filhos), desacompanhado de uma mudança estrutural nas instâncias policiais e judiciárias, torna-se mais uma forma de catalogação e pretexto para determinar a "reprovabilidade" das mulheres encarceradas, do que propriamente dar ensejo a medidas desencarceradoras. Por isso, a informação fria de tratar-se de uma mulher com filhos, sem que isso implique na mobilização de um programa de atenção – mesmo porque inexistente – representa um caminho para a

implementação legislativa das regras internacionais com uma força simbólica bastante significante, mas cuja realidade precisa ser questionada.

A disposição com maior repercussão foi a inclusão dos incisos IV, V e VI no art. 318 do Código de Processo Penal, que passa a prever a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para gestantes, mulheres com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e, para homens, no caso de ele ser o único responsável pelos cuidados de filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, conforme a Regra 57. A Lei não passou a ser aplicada imediatamente, pois houve grande resistência do judiciário, no entanto, após o caso de Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, essa discussão tomou maiores proporções.

Adriana Ancelmo foi condenada por associação criminosa e lavagem de dinheiro, e teve seu pedido de prisão domiciliar concedido em primeira instância, pois um de seus filhos contava com menos de 12 anos à época. No entanto, o Ministério Público recorreu, e a decisão foi reformada em segunda instância, com a seguinte argumentação:

> [...] a referida decisão desafia recurso que não possui efeito suspensivo, e se for executa no contexto em que se encontra, cria as seguintes expectativas vãs ou indesejáveis: a) para a própria acusada e seus familiares e filhos, já que pode vir a ser solta e presa novamente caso o recurso do MPF seja provido posteriormente; b) expectativas para as demais mulheres presas até hoje não contempladas por tal substituição, pois a práxis vem demonstrando não confirmáveis, para centenas de outras mulheres presas na mesma situação da acusada no sistema penitenciário, haja vista que o histórico público e notório de nossa predominante jurisprudência, e estampado ora em matérias jornalísticas, ora em estudos acadêmicos, é o de que em regra não se concede prisão domiciliar automaticamente às diversas mulheres presas e acusadas pelos mais diferentes crimes, apenas porque tenham filhos menores de até 12 anos de idade (BRASIL. TRF-2. Mandado de Segurança 0100072-07.2017.4.02.0000. Ministério Público Federal e Adriana de Lourdes Ancelmo. Relator Desembargador Federal Abel Gomes. Decisão proferida em 20.03.2017).

Ou seja, pretendia negar a concessão da prisão domiciliar, ainda que dentro da hipótese prevista legalmente, justamente porque a Lei não vinha sendo cumprida pelo judiciário. Por fim, ela conseguiu a manutenção da prisão domiciliar no Supremo Tribunal Federal, por meio de *Habeas Corpus*. No entanto, ainda hoje, muitas mulheres que preenchem os requisitos da lei têm seus pedidos de prisão domiciliar negados, sobressaltando-se a existência de gestantes presas e de puérperas que permanecem com seus bebês atrás das grades,

pois muitos juízes não encaram a possibilidade de aguardar o julgamento em casa como um direito, mas como um benefício restrito à poucas privilegiadas, indo de encontro ao princípio da presunção de inocência.

Além das modificações promovidas pelo Marco Legal da Primeira Infância, a Lei 13.434, de abril 2017, incluiu um parágrafo único ao art. 292 do Código de Processo Penal, vedando o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto, durante o trabalho de parto, e no período de puerpério imediato, em consonância com a Regra de Bangkok 24. Anteriormente, eram comuns os casos de utilização de algemas durante todo o processo, dificultando o parto desnecessariamente, o que foi objeto de diversas críticas da Defensoria Pública, que pleiteou indenizações por dano moral à diversas presas que fizeram seu parto nessas circunstâncias[23]. Não obstante exista a norma proibindo o uso de algemas nos momentos anteriores, durante e logo após o parto, isso não significa que ela venha sendo observada pelos agentes penitenciários e, tendo em vista a ausência de fiscalização e que a possibilidade de denúncia de sua violação por parte das mulheres presas é limitada, acreditamos que o mero texto legal não é suficiente para impedir a manutenção de práticas desumanas já consolidadas.

3.3. Executivo

No que tange às ações do Poder Executivo, em abril de 2017, foi publicado o Decreto que concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 14 de maio de 2017, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos: não estejam respondendo ou tenham sido condenadas pela prática de outro crime cometido mediante violência ou grave ameaça; não tenham sido punidas com a prática de falta grave; e se enquadrem, no mínimo, em uma das seguintes hipóteses: mães ou avós de crianças de até doze anos de idade, ou de qualquer idade se pessoa com deficiência, que comprovadamente necessite de seus cuidados e esteja sob a sua responsabilidade, que tenham sido condenadas à pena privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, desde que cumprido um sexto da pena. E mais, para mulheres condenadas à pena privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça que tenham completado sessenta anos de idade ou que não tenham vinte e um anos completos, desde que cumprido um sexto da pena, ou para mulheres condenadas à pena

23. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/08/defensoria-quer-indenizacao-de-r-50-mil-presa-que-deu-luz-algemada.html]. Acesso em: 30.03.2018.

privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e que sejam consideradas pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência; ou gestantes condenadas à pena privativa de liberdade cuja gravidez seja considerada de alto risco, desde que comprovada a condição por laudo médico emitido por profissional designado pelo juízo competente. E ainda, para mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos por: tráfico de drogas privilegiado, desde que cumprido um sexto da pena; por crime praticado sem violência ou grave ameaça, desde que cumprido um quarto da pena, se primárias, ou um terço da pena, se reincidentes.

Há, ainda, a previsão de comutação da pena privativa de liberdade, em um quarto da pena, se reincidentes, quando se tratar de mulheres condenadas à sanção privativa de liberdade não superior a oito anos de reclusão por crime cometido sem violência ou grave ameaça, desde que cumprido um terço da pena até 14 de maio de 2017; em dois terços, se não reincidentes, e à metade, se reincidentes, quando se tratar de mulheres condenadas por crime cometido sem violência ou grave ameaça e que tenham filho menor de dezesseis anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, desde que cumprido um quinto da pena até 14 de maio de 2017.

No ano de 2017, o tradicional indulto natalino, concedido pelo presidente da república em exercício no mês de dezembro, contou com uma previsão especial destinada às mulheres presas. O art. 5º do Decreto 9.246/17 dispõe que as mulheres presas, nacionais e estrangeiras, que não estejam respondendo ou tenham sido condenadas pela prática de crime cometido mediante violência ou grave ameaça, que não tenham sido punidas com a prática de falta grave, nos doze meses anteriores à data de publicação do decreto e que até 25 de dezembro de 2017 se enquadrem em algumas das seguintes hipóteses: que tenham completado sessenta anos de idade ou que não tenham vinte e um anos completos; que sejam consideradas pessoas com deficiência; ou gestantes cuja gravidez seja considerada de alto risco, desde que comprovada a condição por laudo médico emitido por profissional designado pelo juízo competente, ainda que condenadas por crime praticado com grave ameaça ou violência a pessoa.

O referido Decreto prevê ainda, em seu art. 7º, a comutação da pena para a mulher condenada por crime cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, que tenha filho ou neto menor de quatorze anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, e que, até 25 de dezembro de 2017, que tenha cumprido um quinto da pena, nas proporções de metade da pena,

se reincidente, e em dois terços, se não reincidente. Essas hipóteses de indulto para mulheres se coadunam com a previsão da Regra de Bangkok 64.

Urge perceber que 68% das mulheres estão presas pelo delito de tráfico de drogas e que, sendo esse crime equiparado aos crimes hediondos, de acordo com a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), é vedada a concessão de graça, anistia ou indulto e de fiança, e sua pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, possuindo prazos mais gravosos para a progressão de regime e prisão temporária. Assim, a maior parte das mulheres presas não pode ser beneficiada por esses indultos, com a ressalva das condenadas por tráfico de drogas privilegiado, que não é equiparado aos crimes hediondos, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal de junho de 2016, de que falaremos a seguir. Ademais, a própria materialização do indulto é muito dificultosa, pois demanda análise específica de cada um dos processos das mulheres que supostamente façam jus a ele; além do exame sobre a existência de falta grave, punição que, em geral, é aplicada de modo discricionário, sem possibilidade de defesa, o que faz com que poucas mulheres possam ser efetivamente beneficiadas; e ainda a exigência informal de comprovante de residência, que pode ser difícil de obter, principalmente para aquelas que tiveram seus vínculos familiares reduzidos em razão do encarceramento.

3.4. Judiciário

O Judiciário, por sua vez, também tem inovado em suas decisões de modo a impactar no encarceramento feminino. Em 23 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do *Habeas Corpus* 118.533[24], que o tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Dessa forma, no tráfico privilegiado, as penas podem ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Em seu voto, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski afirma que:

> Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico drogas e, o que é mais grave, quase todas

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 118.533/MS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Decisão proferida em 23.06. 2016.

> sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. Muitas participam como simples "correios" ou "mulas", ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica. Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso ficaram impedidas de ser contempladas, entre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos. [...] Quer dizer, são de pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico e, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os "descartáveis", dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade. Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da "individualização da pena", sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam (p. 6-9). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 118.533/MS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Decisão proferida em 23.06.2016.

Assim, o membro da cúpula do Judiciário reconhece a relevância do tráfico de drogas para o encarceramento feminino, ressaltando as razões que as levam a entrar em conflito com o sistema de justiça criminal, com observância portanto ao disposto na Regra 67.

O Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetrou o *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP[25] em favor de todas as mulheres presas preventivamente na condição de gestantes, puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, sob o argumento de que a prisão preventiva, ao confinar mulheres

25. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 143.641/SP. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coatores: juízes e juízas das Varas Criminais estaduais, Tribunais dos estados e do Distrito Federal e territórios, juízes e juízas federais com competência criminal, Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão proferida em: 20.02.2018.

grávidas em estabelecimentos prisionais precários, limitando o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, violando as normas constitucionais relacionadas à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e ao respeito à integridade física e moral da presa. Ressaltaram que existem diversos obstáculos econômicos, sociais e culturais para o acesso à justiça para as mulheres nessas condições, o que resulta no caráter sistemático da violação de seus direitos, motivo pelo qual requereram a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes, puérperas ou mães de crianças, ou sua substituição por prisão domiciliar. Em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou o referido *Habeas Corpus*, decidindo pela substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas, com previsão expressa de aplicação para as adolescentes nas mesmas condições que cumprem medida socioeducativa.

O fundamento de tal decisão foi, entre outros, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro reconhecido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que indica que o mesmo apresenta uma deficiência de caráter estrutural, que atinge de forma desproporcional mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, identificadas como um grupo vulnerável, o que faz com que experimentem situações ainda mais degradantes na prisão. Além disso, mencionou-se o excesso de detenções cautelares, reforçado pela "cultura do encarceramento", com a imposição exagerada de prisões provisórias à mulheres pobres e vulneráveis, motivado pela interpretação acrítica, baseada em um ultrapassado viés punitivista da legislação, que leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães, submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para seus filhos.

Essa decisão está em conformidade com a Regra 68, pois evidencia o grande número de crianças afetadas pelo encarceramento de suas mães e o impacto disso para elas, com uma medida que considera o melhor interesse das crianças, ao reconhecer não só a ausência de infraestrutura adequada para abrigar com o mínimo de dignidade as mulheres grávidas e puérperas, mas também como a utilização excessiva da prisão cautelar afeta, sobremaneira, os filhos das mulheres presas.

Além disso, o relator Ministro Ricardo Lewandowski fez referência à necessidade de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, ressaltando as disposições das Regras de Bangkok, que indicam que devem ser priorizadas alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja condenação definitiva. Ele afirma ainda que as preocupações com a mulher presa se direcionam não só a ela, mas também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão, e que a concessão do *habeas corpus* se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial na aplicação do Marco Legal da Primeira Infância quanto à sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes. Embora ainda estejamos dentro do prazo de 60 dias concedido para que os tribunais cumpram integralmente a decisão, visualizamos dificuldades em sua aplicação, visto que grande parte do judiciário brasileiro ainda persiste na manutenção de práticas punitivistas.

Assim, percebemos que, apesar das inovações legislativas, dos indultos e das decisões de nossa Corte constitucional que reafirmam a necessidade de se pensar o encarceramento feminino de forma diversa, e que demonstram a tentativa de se adequar às Regras de Bangkok, isso não implica em seu efetivo cumprimento pelos agentes que operam o sistema de justiça criminal. Embora as previsões legais e judiciais existam, há ainda o grande desafio de fazer com que ganhem efetividade na prática.

4. Conclusão

Embora as medidas previstas nas Regras de Bangkok, e que começam a se transformar em políticas públicas no Brasil, sejam positivas, é patente também a sua insuficiência, parte integrante da lógica do sistema de justiça criminal, se o entendermos enquanto repressivo, ou eminentemente aflitivo. As próprias regras, tanto na sua concepção abstrata quanto nas suas limitadas tentativas de concretização, trazem como pressuposto o fato de que pena de prisão não atinge – e nem jamais atingirá – suas supostas finalidades de prevenção, reeducação e de reinserção social. Todavia, os índices crescentes no encarceramento de mulheres e limites da atuação legislativa, judiciária e executiva debatidos, nos defrontam com um projeto de manutenção de hierarquias ou da perpetuação da única função ainda produzida pela pena: a de infligir dor e manter os interesses hegemônicos no país.

Assim, embora urgentes, as medidas desencarceradoras para mulheres, que têm sido encarceradas em níveis alarmantes nos últimos anos, e considerando que as consequências de seu encarceramento afetam a família e a sociedade

de forma diversa, a prisão em massa, mesmo com o recorte de gênero, pode ser entendida enquanto instrumento da marginalização, sendo um mecanismo precípuo de produção e de reprodução de relações de desigualdade próprias da sociedade capitalista, de acordo com a criminologia crítica. E assim também os próprios limites das tímidas tentativas de reforma na execução por parte dos três Poderes, mesmo quando assinados compromissos internacionais com esse objetivo.

O caminho eficaz para o enfrentamento dos problemas de sistema de justiça criminal seletivo, para além da sua reforma estrutural, passa necessariamente pela descarcerização. Ou seja, pela substituição do cárcere por formas de gestão dos conflitos não – ou menos – estigmatizantes, a utilização de outros mecanismos de restauração de danos e a consequente contração do sistema penal. Se dialogamos com os discursos criminológicos construídos a partir da "reação social", ou seja, com a constatação de que o crime, em si, não existe, antes é criado a partir de processos sociais que dão sentido às ações, nos defrontamos não com o fato de que ações reprováveis não existam, mas sim de que o crime é apenas uma das inúmeras maneiras de classificar e operar sobre essas ações.

Sob essa lente, perceber as nuances na execução das penas e na operação do sistema penal sem proceder a reformas nesse campo que passem por todos os poderes republicanos, mas que sejam efetivamente desencarceradoras, é continuar a aceitar, passivamente, mais do mesmo. Isto é, uma série de medidas paliativas e com potencial mascarador de que a segregação em massa, em um sistema de produção excludente como resposta aos comportamentos tidos como antissociais, resulta nos níveis alarmantes de encarceramento e desigualdades estruturais que vivemos. E que, jamais será demais lembrar, não recai de forma equânime aos diversos segmentos da sociedade, mas se destina majoritariamente aos homens negros jovens, e cada vez mais, às mulheres negras jovens.

5. Bibliografia

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. Trad. Pedro Davoglio, revisão técnica e notas de Silvio Luiz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: ICC/Revan. Coleção pensamento criminológico, 2012.

ANGARITA, Torres. *Drogas y Criminalidad Femenina en Ecuador*: El Amor Como un Factor Explicativo en la Experiencia de Las Mulas. Facultad Latinoamericana De Ciencias Sociales. Programa de Maestria en Ciencias Sociales. Mención Estudios De Género Y Desarrollo, 2007.

ANITUA Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. *A questão criminal no Brasil contemporâneo*. Comunicação oral no 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (Fonape). Fundação Bienal de São Paulo: Incerteza Viva, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. Comunicação apresentada no 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais: "*Audiências de Custódia e a Desconstrução da Cultura do Encarceramento em Massa*", realizado entre os dias 24 e 27 de fevereiro de 2016 – Salvador/BA.

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 1ª reimpressão, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Coleção Pensamento criminológico. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BOITEUX, Luciana. Encarceramento de Mulheres, guerra às drogas e Feminismo. *Blog da Partida*, Dezembro, 2016. Disponível em: [https://partidanet.wordpress.com/2016/12/22/encarceramento-de-mulheres-guerra-as-drogas--e-feminismo/].

BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra, PANCIERI, Aline e CHERNICHARO, Luciana. *Mulheres e crianças encarceradas*: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ, 2015.

BRAMAN, Donald. Families and incarceration. In: Mauer, Marc; Chesney-Lind, Meda. *Invisible punishment*: the collateral consequences of mass imprisonment. New York: The New Press, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. 80 p.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: INFOPEN Mulheres 2016. 2. ed. Brasília, maio de 2018. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasilhttp://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres].

Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD). *The Incarceration of Women for Drug Offenses*. Disponível em: [www. drogasyderecho. org/publicaciones/pub-priv/luciana_i. pdf].

COMFORT, Megan. *Doing time together*: love and family in the shadow of the prison. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

DEL OLMO, Rosa (Coord.). *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina.* Caracas: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998.

DEL OLMO, Rosa. Geopolítica de las drogas. In: *Revista Análisis*. Medellín: 1998b.

DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga.* Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GARCIA, Carmen Antony. Mujer y cárcel: el rol genérico em la ejecución de la pena. In: OLMO, Rosa dei (Coord.). *Criminalidady criminalización de La mujer em La región andina*. Caracas/Venezuela: Nueva Sociedade, 1998.

GARLAND, David. Introduction: The meaning of mass imprisonment In: GARLAND, David. *Mass Imprisonment*: Social Causes and Consequences. Sage Publications. London. Thousand Oaks. New Delhi, 2001.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Mathias Lambert. 4. ed. LTC, 1981.

International Drug Policy Consortium (IDPC). *La guerra contra el narcotráfico castiga más a las mujeres.* Disponível em: [http://idpc.net/es/alerts/2015/11/la-guerra-contra-el-narcotrafico-castiga-mas-a-las-mujereshttp://idpc.net/es/alerts/2015/11/la-guerra-contra-el-narcotrafico-castiga-mas-a-las-mujeres].

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH (IPCR). *World Female Imprisonment List (fourth edition)*. Disponível em: [www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition].

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH (IPCR). *Highest to Lowest*: Prison Population Total. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All].

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional*: um estudo sobre a *soft law*. São Paulo: Atlas, 2005.

PORTAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO RIO DE JANEIRO. *Pesquisa traça perfil da maternidade no cárcere no Rio de Janeiro*. Disponível em: [www.oabrj.org.br/noticia/95207-pesquisa-traca-perfil-da-maternidade-no-carcere-no-rio-de-janeiro].

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico*: uma guerra na guerra. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012.

TIBURI, Márcia; e DIAS, Andréa C. *Sociedade Fissurada*: para pensar as drogas e a banalidade do vício. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra* às *drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Mulheres e prisão no Distrito Federal: itinerário carcerário e precariedade da vida, de Debora Diniz e Juliana Paiva – *RBCCrim* 111/313-328 (DTR\2015\247); e
- O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino, de Camila Damasceno de Andrade – *RBCCrim* 129/69-105 (DTR\2017\394).

Direito e população LGBT em cárcere: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado

Right and LGBT population in prison: an analysis from the experience of the Curado Complex in Pernambuco

Neon Bruno Doering Morais

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2018). Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa – Itália (2017). Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia (UNICAP). Servidor Público Federal na Defensoria Pública da União (Assessor Jurídico Criminal).
bdoering.mestrado@gmail.com

Marilia Montenegro Pessoa de Mello

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002). Professora em Direito Penal na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UNICAP. Coordenadora e Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia (UNICAP).
marilia_montenegro@yahoo.com.br

Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas

Doutora em Psicologia pela Universidade de Deusto – Espanha (1999). Professora adjunto IV da Graduação em Psicologia e da Pós-graduação em Psicologia Clínica da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro do Grupo de Pesquisa "Família, Gênero e Interação Social", registrado no CNPq. Pesquisadora do CNPq, nível PQ II.
crisamaz@gmail.com

Recebido em: 02.04.2018
Aprovado em: 09.05.2018
Última versão dos autores: 12.05.2018

Áreas do Direito: Penal, Direitos Humanos

Resumo: O artigo é fruto de uma pesquisa exploratória de campo multissituada, que visou analisar a habitação e as condições da população GBT nas prisões pernambucanas, e possui

Abstract: This article is the result of an exploratory multisited research that aimed to analyze the housing and conditions of the GBT population in prisons in Pernambuco, and aims to

Morais, Neon Bruno Doering; Mello, Marilia Montenegro Pessoa de; Amazonas, Maria Cristina Lopes de Almeida. Direito e população LGBT em cárcere: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 145. ano 26. p. 241-280. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

como objetivo apresentar, a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado, a importância do Direito para enfrentamento da lógica (binária e homofóbica) do cárcere. Para tanto, foi necessário catalogar o que existia no âmbito normativo sobre o encarceramento LGBT, em uma abordagem que envolve os três Poderes constituídos, bem como realizar uma pesquisa de caráter quantitativo (pesquisa documental) no MPPE, especialmente no IC 16004-0/8 e no Relatório de Inspeção do Complexo do Curado. Igualmente importante foi a observação de uma audiência pública, onde se discutia a garantia de direito da população GBT daquele complexo penitenciário. A sugestão é de que as prisões, marcadas pelo dimorfismo sexual, estão separadas pelo sexo (presídios "masculinos" e "femininos"), em que pese a implementação dos primeiros espaços de vivência específicos para a população GBT em presídios masculinos no Brasil, a pena carcerária continua a infligir dor adicional às pessoas que não se conformam com a lógica binária. Acredita-se que a criminologia *queer* pode criar um campo de reflexão inovador para repensar o encarceramento LGBT.

Palavras-chave: Prisões – Complexo do Curado – Encarceramento LGBT – Dimorfismo Sexual – Dor Adicional – Criminologia *Queer*.

present, from the Pernambuco experience of the Curado Complex, the importance of the Right to face logic (binary and homophobic) of the jail. In this vein, it was necessary to catalog what existed in the normative scope on LGBT incarceration, in an approach that involves the three constituted Powers, as well as to carry out a quantitative research (documentary research) in MPPE, especially IC nº 16004-0/8 and the Curado Complex Inspection Report. Equally important, it was the observation of a public hearing, where it was discussed the guarantee of right of the GBT population of that penitentiary complex. The suggestion is that prisons, marked by sexual dimorphism, are separated by sex ("male" and "female" prisons), in spite of the implementation of the first specific living spaces for the GBT population in male prisons in Brazil, the imprisonment continues to inflict additional pain on people who do not conform to binary logic. It is believed that queer criminology can create an innovative field of thought for rethinking LGBT incarceration.

Keywords: Prisons – Curado Complex – LGBT Incarceration – Sexual Dimorphism – Additional Pain – Queer Criminology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Cárcere, direitos humanos e o processo de nulificação dos corpos. 3. LGBT no cárcere: uma análise em torno dos Três Poderes. 3.1. Na esfera do Executivo. 3.2. Na esfera do Legislativo. 3.3. Na esfera do Judiciário. 4. Complexo do Curado. 5. Considerações finais: a ilegitimidade da dor. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho é um recorte de uma pesquisa exploratória de campo multissituada (construída por várias frentes de análise), que visou analisar a habitação e as condições da população GBT (gays, bissexuais e travestis) no cárcere pernambucano, tendo como principal fonte de dados o material colhido em entrevistas com travestis e gays presos no Pavilhão Sem Preconceito do Presídio de Igarassu (PIG), localizado na Região Metropolitana do Recife. Entre os relatos colhidos dos internos estão o estupro, a servidão e a homofobia

dos funcionários da prisão. As entrevistas revelaram que, apesar das condições ainda serem más, a reserva de alas/pavilhões para GBT's representa um ganho significativo. Contudo, a manutenção e a organização desses espaços ainda dependem, em muitos aspectos, da discricionariedade da gestão prisional.

Igualmente importante foi ter-se catalogado o que existia, até então, no âmbito normativo sobre o encarceramento LGBT[1], para só depois analisar a tomada de posição dos Poderes constitucionais constituídos. Afinal de contas, é preciso enfrentar a precarização de vidas (*queer*[2]) privadas de liberdade e buscar estratégias político-jurídicas para reduzir a dor produzida no/pelo cárcere. Nessa fase, os principais normativos encontrados sobre a temática analisada foram: a Resolução Conjunta 1/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT); os Princípios de Yogyakarta, que trata da aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e/ou na identidade de gênero; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347); e o *Habeas Corpus* 152.491 (HC 152.491).

É nessa última discussão que o presente artigo se insere. Numa análise, a partir da experiência pernambucana do Complexo Prisional do Curado (doravante Complexo do Curado), propõe-se uma reflexão em torno do Direito e da realidade atual de encarceramento LGBT, visto que as três unidades prisionais que formam aquele complexo penitenciário – o Presídio Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA), o Presídio Juiz Antônio Luis Lins de Barros (PJALLB) e o Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB) – não só foram alvos de observação e intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), mas também inspecionados pelo Ministério Público de Pernambuco (MPPE).

1. A denominação LGBT foi utilizada como estratégia político-jurídica para referir-se às pessoas "e grupos sociais marcados pela contestação da heterossexualidade compulsória", até porque é a mais recorrente (MASIERO, 2014, p. 11). Essa é, inclusive, a fórmula aprovada pela I Conferência Nacional LGBT (SIMÕES; FACCHINI, 2009, p. 15). Diego Lemos (2017, p. 19) lembra que o T abrange "travestis, transexuais e pessoas transgênero e dentre essas últimas podem entrar essas outras variantes como intersexo e pessoas *queer* ou não binárias". Entretanto, levando-se em consideração que a experiência pernambucana retratada neste artigo é de um complexo prisional exclusivamente masculino, fez-se uso em alguns momentos da sigla GBT (gays, bissexuais e travestis), excetuando-se, assim, as lésbicas.
2. O termo "guarda-chuva" "queer" no glossário do livro *Queer Criminology* (*new directions in critical criminology*) foi utilizado "para descrever qualquer pessoa cujo comportamento desafia as noções de gênero binário e/ou construção heteronormativa" (BUIST; LENNING, 2016, p. xvii, tradução nossa).

Por isso foi essencial observar (e participar) a audiência pública realizada em 10 de outubro de 2017, às 15h30, na sede do MPPE, referente ao Inquérito Civil 16004-0/8 (IC 16004-0/8), instaurado justamente para investigar a garantia de direito da população LGBT no cárcere do Complexo do Curado (além de, obviamente, examinar o Relatório de Inspeção elaborado pelo Promotor de Justiça)[3].

De acordo com levantamento realizado, apresentado em 2017 ao MPPE e juntado ao IC 16004-0/8, existem somente 51 GBT's autodeclarados no Complexo do Curado: 22 (PJALB), 20 (PFDB) e 9 (PAMFA). Mais recentemente, uma planilha atualizada foi encaminhada pela SERES-PE à Promotoria em Pernambuco, informando um total de 53 GBT's: 21 (PJALB), 21 (PFDB) e 11 (PAMFA). Como se vê, o quantitativo permaneceu sem variação significativa.

Parece improvável esses números retratarem a realidade quantitativa de todo o complexo penitenciário, mais parece reflexo do medo. Afinal, escancarar a sexualidade não é uma opção na prisão, principalmente quando se pode camuflá-la, interná-la, escondê-la, para se manter a salvo dos outros detentos. Mas pode ser também que o simples fato do homem relacionar-se (homo)sexualmente não venha a comprometer a sua imagem de macho. Quer-se dizer que, esses números podem expressar uma outra realidade, diferente daquela aparente do medo. Becker (2007, p. 183), por exemplo, discorre a respeito de estudos que investigam a cultura prisional, em que prisioneiros "improvisavam um sistema de relacionamentos homossexuais predatórios específicos à prisão que não ameaçavam as concepções que tinham de si mesmos como machos". Levando em consideração a existência persistente de relações sexuais entre presos do mesmo "sexo", há quem diga que as prisões são espaços *queer* (MOGUL; RITCHIE; WHITLOCK, 2011).

Assim, tem-se como pressupostos de partida que o Sistema Brasileiro de Justiça Criminal permanece em seus estágios incipientes quando se trata de perceber (e reagir) os efeitos da cultura heteronormativa. Marcadas pelo dimorfismo sexual, as instituições prisionais, por exemplo, ainda estão separadas pelo sexo: prisões "masculinas" e "femininas". Todavia, em alguns presídios existem espaços de vivência reservados exclusivamente para presos GBT, mas essa realidade é muito recente no Brasil e, certamente, não está disponível em todo o

3. Notícia veiculada pelo Ministério Público de Pernambuco trazia a informação de inspeções realizadas por promotores de justiça do Estado nos presídios pernambucanos: a inspeção era para verificar a situação dos espaços de vivência para a população LGBT nos presídios (MPPE, 2016).

país. Nesse sentido, as prisões masculinas foram as primeiras a estabelecer esta modalidade de habitação, com projetos piloto que foram introduzidos em 2009, no estado de Belo Horizonte. Em Pernambuco, onde se realizou o estudo empírico em que este trabalho se baseou (Pavilhão Sem Preconceito), foram lançados projetos similares[4].

Por esta razão, o presente artigo objetiva compreender, a partir da experiência do Complexo do Curado, a política penitenciária do Brasil para a população LGBT. Para tanto, foi realizada a análise documental, legislativa, de decisões, bem como uma revisão de literatura sobre a temática. Pretende-se, ainda, desenvolver um diálogo entre o pensamento (crítico) criminológico e *queer* – duas áreas do conhecimento que no decorrer da história da humanidade mostravam-se perigosas companheiras (BALL, 2016) –, de modo a questionar a dinâmica (homofóbica e binária) do cárcere.

2. Cárcere, direitos humanos e o processo de nulificação dos corpos

A criminologia *queer* atingiu a paisagem da criminologia crítica apenas recentemente, foi somente em 2014, momento em que destacou maior preocupação com as experiências de pessoas dissidentes de gênero e sexualidade no Sistema Jurídico Penal[5], que confirmou sua presença na agenda acadêmica (BUIST; LENNING, 2016, p. 121, tradução nossa). Hoje em dia, criminólogos *queer* reconhecem que, por muito tempo, a criminologia se manteve indiferente às situações vividas pela população LGBT no ambiente prisional e começam a falar da importância de desenvolver uma criminologia *queer* (BUIST; LENNING, 2016). Isso porque, até então, não havia sido desenvolvido a perspectiva *queer* na "literatura jurídico-penal e criminológica brasileira, inclusive

4. A pesquisa completa originou a dissertação de mestrado com o título: "GBT E PRISÕES: uma análise criminológico-*queer* do cárcere pernambucano". Por se tratar de uma pesquisa em sua grande parte empírica, foi submetida ao Comitê de Ética em Pesquisa, tendo o parecer aprovado sob o número 2.305.598, em 29.09.2017. Instituição Proponente: Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE.

5. Utiliza-se o conceito de "Sistema Jurídico Penal" como sinônimo de "Sistema de Justiça Criminal". O termo Sistema Jurídico Penal foi empregado, preferencialmente, por Mogul, Ritchie e Whitlock (2011, p. xix-xx, tradução nossa) para descrever as agências oficiais que participam do Sistema Penal. A escolha substitui o termo habitual "sistema de justiça criminal" e "reflete uma confirmação da realidade que este sistema não produziu nada remotamente aproximando à justiça para a maioria das pessoas [...] desde a sua criação", principalmente em relação a pessoas negras, pobres, homossexuais e imigrantes.

nas suas perspectivas críticas e inovadoras, é incipiente – para não afirmar inexistente – o diálogo com as teorias *queer*" (CARVALHO, 2017, p. 201).

Esse direcionamento *queer* em criminologia passa, então, a contemplar na análise crítica, por exemplo, aqueles grupos de pessoas encarceradas que estão do lado de fora da paisagem heteronormativa e que escapam à noção de gênero binário. A partir disso, foi possível perceber que o cárcere "é marcado pelo binarismo sexual" (ARCELO; SILVA, 2016, p. 32), sendo sexista o critério de segregação adotado pelo sistema penal para encarcerar pessoas, e não o de gênero (RIBEIRO, 2017). Assim, os prisioneiros LGBT são as vidas mais precárias do cárcere e suas experiências revelam nada parecido com uma vida, e por não serem consideradas "potencialmente lamentáveis e, por conseguinte, valiosas, são obrigados a suportar a carga [...] da privação de direitos legais e da exposição diferenciada à violência e à morte" (BUTLER, 2016, p. 45-46). Valendo-se das palavras de Roberto Efrem (2016, p. 318), representam "os corpos brutalizados" do cárcere.

Dessa dinâmica heteronormativa que subsidia o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal surge o seguinte paradoxo: "afirmar o Direito a partir de lesões sistemáticas aos direitos subjetivos, fundamentais e humanos"[6] (ARCELO; SILVA, 2016, p. 31). Observe-se que, a sexualidade e o gênero são pontos cruciais na discussão, pois o contexto prisional masculino, onde os GBT são aprisionados, dificulta a efetivação de direitos fundamentais. Mas não é estranho que isso aconteça, porque a prisão reflete e repete (mais violentamente) a lógica social androcêntrica, estando a violência contra essas pessoas normalmente associada ao fato de aproximarem sua imagem à figura feminina, isso resulta num rebaixamento desses corpos.

Por exemplo, a Promotora de Justiça que inspecionou o PIG, também o fez em presídio feminino, foi quando percebeu dinâmicas distintas nos relacionamentos construídos dentro daqueles dois diferentes contextos prisionais. Isso porque, enquanto a relação entre duas mulheres é prestigiada pelas outras detentas (presídio feminino), a relação entre dois homens é desprestigiada pelos

6. Os direitos humanos diferem-se dos direitos fundamentais apenas e simplesmente pelo seu campo de incidência, enquanto aqueles ascenderam ao degrau de direito internacional (plano internacional) estes estão depositados nas Constituições dos países (plano nacional). Levando-se em consideração a íntima relação entre "direitos fundamentais" e "direitos humanos", este estudo não fez diferenciação entre essas expressões, até porque não faz sentido algum desenvolvê-los isoladamente, pois "não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas" (SARLET, 2015, p. 35).

detentos (presídio masculino) – e a violência que é produzida, nesse último caso, é reflexo da dominação masculina (BOURDIEU, 2003). Normalmente, as mulheres encarceradas que aproximam sua imagem (aparência física e comportamentos) ao gênero masculino tendem a governar alas e pavilhões, por outro lado em presídios masculinos, travestis e gays costumam ser dominados pelos homens. Aos "atributos de masculinidade [...] na penitenciária feminina [...] são agregados sentidos como os de 'tentação'/'ameaça', e que fazem dos 'sapatões' sujeitos privilegiados nos arranjos sexuais da prisão" (PADOVANI, 2015, p. 247). Segundo a autora, os corpos montados nos termos apontados pelos atributos de masculinidade colocam as mulheres em uma posição prisional de destaque nos mercados sexuais.

E não se enganem, por mais que o trabalho fale sobre Direitos e LGBT em situação de cárcere, o cerne da questão é notar a constituição e demarcação das posições de gênero nas relações que estabelecem dentro e fora da prisão, assim como acontece com mulheres no cárcere. Seria o gênero então "categoria analítica útil" para pensar as desigualdades e as relações de poder decorrentes das diferenças entre os sexos na prisão (LAGO, 2014, p. 17).

Em meio a tantas inconsistências existe uma certeza, a de que o cárcere simboliza uma instituição de controle do gênero, preparado para operar tão somente com homens e mulheres, estando encarregado de engendrar valores de uma cultura extremamente heteronormativa e patriarcal. "Neste contexto o masculino seria o dominador, o independente; e o feminino aquele que se submete e é dominado. Trata-se de um fenômeno amplamente assimilado de uma forma precoce e performativa" (ARCELO; SILVA, 2016, p. 32).

Esse "regime de dominação-exploração das mulheres pelos homens" alcança também os dissidentes de sexualidade e gênero (SAFFIOTI, 2015, p. 47), que são todos "aqueles e aquelas que rompem as regras e transgridem os arranjos", "que se desviam da direção planejada", que ultrapassam as fronteiras permitidas do gênero ou da sexualidade, "que as atravessam ou que, de algum modo, embaralham e confundem os sinais considerados 'próprios' de cada um desses territórios". Esses "viajantes da pós-modernidade", que chegam perturbando a normalidade e proliferam desejos, gêneros e sexualidades, [...] "são marcados como sujeitos diferentes e desviantes" (LOURO, 2008, p. 16-87).

Além do mais, a noção de prisão sempre esteve conectada à moral religiosa, por isso funciona de modo a neutralizar sujeitos considerados "pervertidos", colocando-os e fixando-os em padrões sexuais e de gênero estrategicamente estabelecidos. O propósito, desde o início, era reabilitar condenados por meio da força e dentro de valores espirituais e morais adequados, e não diminuir ou simplesmente conter a criminalidade. Observe-se que "penitenciária" procede

da palavra penitência, e foi pensada inicialmente como casas na Inglaterra do século XVIII destinadas para "prostitutas penitentes", o que influenciou a formatação das prisões até dias atuais (MOGUL; RITCHIE; WHITLOCK, 2011, p. 94).

De lá pra cá, quase nada mudou. No PJALLB, por exemplo, existe uma área reservada no "Pavilhão N" para o desenvolvimento de trabalhos sociais pelas igrejas evangélicas, onde funciona a igreja Assembleia de Deus, que é liderada por quatro reeducandos. O MPPE recebeu a seguinte denúncia de um detento que sofreu homofobia durante o tempo em que permaneceu preso (2012--2013)[7]:

> [...] Sofreu violência por vários homens pelo fato de estar usando roupas do gênero feminino (bermuda apertada e blusa justa), assim como foi ofendido diversas vezes e chamado de homossexual. [...] As pessoas são agredidas na fila pra pegar água e substituídas de forma violenta por outros presos [...]. Um dos homossexuais esclareceu como funciona o presídio: no pavilhão quem manda são o auxiliar e o chaveiro e Ângelo manda na Igreja. Foi apresentado para o auxiliar, para quem contou-lhe toda sua história e ficou sabendo, posteriormente, que quinzenalmente cada preso pagava R$ 2,00 ao auxiliar, com exceção dos novatos. E o auxiliar determinou que ele dormisse na Igreja. Foi a partir desse convívio com as pessoas evangélicas que resolveu aceitar a Deus e deixar de ser homossexual. A partir de então trocou as roupas por outras de gênero masculino, passou a participar dos cultos, e por sentir compaixão para com os demais homossexuais ele foi visitar a área dos mesmos com o objetivo de ajudá-los passando-lhes a palavra de Deus, entretanto os homossexuais tinham medo pois o Ângelo os discriminavam, e até expulsou um deles que, inicialmente, fazia parte da igreja. Ao retornar da área dos homossexuais o dirigente Ângelo humilhou o declarante no meio de todos, proibindo-o de ir visitar as pessoas daquela área, e de participar dos cultos.

O cárcere foi pensado para controlar a atividade sexual de homens e de mulheres. Até porque, pelo fato do desejo ser considerado pecado, as relações sexuais eram terminantemente proibidas (MOGUL; RITCHIE; WHITLOCK, 2011). O processo de nulificação dos corpos, que desde o surgimento das primeiras prisões estava associado com o controle da atividade sexual, continua nos dias de hoje, mas de uma forma ainda mais complexa e sofisticada. Os corpos dos transgressores das normas de gênero e sexualidade são nulificados no

7. Disponível no MPPE, nos autos do IC 16004-0/8.

cárcere, e qualquer que seja a opção, de isolamento ou convivência, são ações voltadas à inflição de dor e sofrimento.

O cárcere representa um "instrumento de controle e repressão social reservado aos marginalizados", leia-se aos sujeitos considerados abjetos[8]. Contra os abjetos, "os fracos e diferentes", "a justiça penal é extraordinariamente rápida e 'eficiente'" (FERRAJOLI, 2002, p. 33-34).

Dentro de uma lógica punitiva, a pena privativa de liberdade é a que possui maior destaque no mundo contemporâneo. O cárcere, como pena principal e característica dos sistemas penais modernos, demonstrou seu fracasso histórico, porque não cumpriu nenhuma de suas funções declaradas de defesa da comunidade e de combate à criminalidade (BARATTA, 2014), e "ao contrário do seu modelo teórico e normativo [...], ele conservou múltiplos elementos de sofrimento corporal, que se manifestam na forma de vida e tratamento" (FERRAJOLI, 2002, p. 35). A ilegitimidade do Sistema Punitivo é verificada no momento que se mostra inadequado para as funções que diz socialmente desempenhar, pois "produz mais problemas quando tenta resolver" (BARATTA, 2014, p. 302, tradução nossa).

A pena carcerária, para além do sofrimento corporal,

> [...] acrescenta o sofrimento psicológico: a solidão, a sujeição disciplinar, a perda da sociabilidade e da afetividade e, também, da identidade [...], a reclusão tem um conteúdo aflitivo que vai bem além da privação de liberdade.

É justamente por infligir sofrimento físico e psíquico que a pena carcerária não pode ser compreendida em termos "de igualdade, de tipicidade, de legalidade e de jurisdicionalidade" (FERRAJOLI, 2002, p. 35).

A positivação das mais variadas situações para "legitimar" o encarceramento (a dor) não desincumbe o poder público de adotar mecanismos para tratar com dignidade as pessoas detidas nos presídios, porque a prisão, ao contrário do que muitos pensam, não lhes tirou a condição de humano.

O discurso jurídico-penal se mostra paradoxal no instante em que, ao mesmo que desconsidera a dignidade humana dos presos, age como "único instrumento – precário, mas instrumento – disponível para a defesa dos direitos

8. Apesar de relacionar a noção de abjeção com as pessoas dissidentes de gênero e sexualidade, sabe-se que o abjeto "não se restringe de modo algum a sexo e a heteronormatividade. Relaciona-se a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas 'vidas' e cuja materialidade é entendida como 'não importante'" (PRINS; MEIJER, 2002, p. 161, tradução nossa).

humanos de alguns segmentos sociais" (ZAFFARONI, 1991, p. 14). Então, desvela-se o discurso jurídico penal falseador, na medida em que serve apenas a uma parcela beneficiada da sociedade, e age violentamente contra outra, considerada imoral, sem valor algum e, portanto, descartável.

Nesse cenário, a prisão assume sua robustez instrumental de crueldade e controle, de higienização social instituída pelo Estado e legitimada pelas leis. Não se subsume num embuste discurso, contidamente reproduzido, de mecanismo de segurança pública, baseado nomeadamente no ritual social do medo, em que se pretende transmitir a sensação disseminada da necessidade da custódia de indivíduos "desviantes" e "imorais".

Tudo aquilo que foge ao ser humano modelo, é segregado, ou até, enjaulado. Ocorre que, os presídios não estão preparados para receber, com dignidade, a comunidade LGBT – nem ninguém –, e por estarem programados para trabalhar tão somente com a divisão tradicional baseada no dimorfismo sexual, submetem essas pessoas diariamente à violência de gênero. E isso acaba sendo uma imposição das instituições prisionais para que as pessoas que estão presas pertençam aos dois únicos sexos que são socialmente legítimos e legitimados. Tudo isso implica no desaparecimento da livre escolha, na medida em que não

> [...] cabe mais ao indivíduo decidir o sexo a que deseja pertencer jurídica ou socialmente; cabe ao perito dizer que sexo a natureza escolheu, e que consequentemente a sociedade exigirá que ele mantenha (FOUCAULT, 1982, p. 3).

A influência predominante da abordagem tradicional da sexualidade na política criminal nacional, que vincula o sexo a somente aspectos naturais e biológicos (padrão genital e o genético), produz mais dor a essas pessoas do que a outras. Na maioria dos estados brasileiros existem tão somente presídios femininos e masculinos, excetuando-se alguns que já instituíram espaço (alas/pavilhões) destinado à LGBT, mas de qualquer maneira a habitação continua associada às genitálias. Como resultado, as travestis e "as mulheres transexuais que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização vão para o presídio masculino" quando aprisionadas (mesmo que em locais reservados em alas ou pavilhões), isso porque há "um entendimento (não legal, mas moral, por parte desse sistema de segurança pública) de que as transexuais que tenham passado por cirurgia de troca de sexo não precisariam ir para uma prisão masculina (FERREIRA, 2015, p. 427).

Em pesquisa realizada na cidade de Porto Alegre, não foi constatado nenhum caso de mulher transexual reclusa em presídio feminino, mas no Presídio Central, que é um estabelecimento prisional exclusivamente masculino, todas se reconheceram como travestis – já era "sabido que elas iam para os

presídios masculinos, ainda que suas identidades de gênero fossem femininas" (FERREIRA, 2015, p. 238).

Em uma realidade social e institucional heteronormativa não causa estranheza eventual negativa de direitos por instituições, inclusive as pertencentes ao Sistema Jurídico Penal (BUIST; LENNING, 2016). Clara está a necessidade de fortalecer e melhorar "o papel do direito e dos sistemas de proteção dos direitos humanos tanto em nível nacional como internacional, assim como é imprescindível reconhecê-los institucionalmente", porque "quanto maior seja essa cultura sobre direitos humanos, menores são as demandas que tenham que passar pelos tribunais" (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 129-130).

3. LGBT no cárcere: uma análise em torno dos Três Poderes

Observaram-se, ultimamente, intervenções do Judiciário no sentido de reduzir a vulnerabilidade da população LGBT privada de liberdade. Contudo, a questão não é defender a criação de um "superpoder" que concentra todas as decisões da sociedade nas mãos dos juízes, mas sim admitir a existência de direitos que carregam em si uma pujança universalizante, e por serem tão relevantes, não admitem delongas para serem efetivados. Direitos que, sem eles, pessoas não dotam de sentido suas vidas e a consequência é a morte social.

Ocorre que, a universalização dos direitos fundamentais favorece o protagonismo dos juízes, que se comunicam em uma espécie de diálogo, influenciando e sendo influenciados por decisões espalhadas no mundo todo. Esse "diálogo dos juízes [...] tem suscitado atualmente uma verdadeira paixão [...] nos meios acadêmicos. Eis que descobrimos que os juízes dialogam, e que nós também" (FRYDMAN, 2016, p. 15-16).

Entretanto, o objetivo aqui é refletir à luz de um novo paradigma, baseado na complementariedade e integração entre os poderes, pois a mundialização do direito não pode acontecer exclusivamente com os juízes, apesar deles se afirmarem "como agentes de primeiro plano" nesse processo (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 30). Como reflexo da mundialização, vislumbram-se muitos julgamentos tratando sobre questões de gênero e de sexualidade (ALLARD; GARAPON, 2006).

Por outro lado, esclarece-se que o desafio é construir um espaço compartilhado, onde a mundialização do direito amplifique ainda mais os intervenientes, sendo "igualmente alimentada por intervenções espontâneas com origens em diversas associações, sindicatos profissionais, ONGs ou grupos de pressão" (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 109). Não basta formar uma rede de proteção, é preciso que todos os agentes atuem de forma articulada e integrada.

Em consulta à jurisprudência estrangeira, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou pela primeira vez o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Alguns entendem que essa decisão "invadiu" o terreno do Poder Executivo, na medida em que determinou que esse Poder elaborasse um plano nacional com programas para efetivar a separação de detentos de acordo com critérios de gênero, e assim, propiciar tratamento adequado à população LGBT no ambiente prisional.

O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), recentemente determinou que duas travestis, antes em celas masculinas, fossem colocadas em estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero (HC 152.491). Em que pese a discussão jurídica, e a existência de trabalhos significativos acerca da temática no Brasil (AGUINSKY; FERREIRA & CIPRIANI, M., 2014), ainda há uma escassez de pesquisas empíricas que prestigiam a fala das pessoas presas, que são as verdadeiras interessadas no tema. A verdade é: existe muita coisa ainda a ser concretizada no campo (BUIST; LENNING, 2016).

O Ministro mencionou a Resolução Conjunta 1/2014 CNPCP e o CNCD/LGBT para conceder a ordem de ofício da transferência e justificar a decisão. Ao fazer isso, ele criou um precedente que pode vir a influenciar decisões futuras em casos semelhantes. De agora em diante, juízes têm a possibilidade de replicar seus argumentos em suas decisões. É bem verdade que o precedente não possui eficácia formalmente vinculante, mas, neste caso, possui uma natureza forte em sua capacidade de determinar outras em casos sucessivos. Afinal de contas, a decisão foi proferida pela mais alta corte do país, possui autoridade maior, porque se encontra no vértice do sistema judiciário brasileiro (TARUFFO, 2013).

Há de se reconhecer que a ingerência do Judiciário na política tem sido a causa das conquistas do movimento LGBT (MASIERO, 2014). O Judiciário é, entre os Poderes instituídos, aquele que tem mais atuado neste sentido.

"Por meio de decisões inovadoras e ousadas, os Tribunais estão avançando na interpretação do Direito, renovando-o mais eficazmente que o Poder Legislativo, no que tange à sua missão legiferante" (SALES, 2007, p. 930).

Mas pode ser também que decisões bem-intencionadas causem resultados desastrosos. Não seria estranho, neste caso, se uma mudança da dinâmica prisional (transferência de travestis/mulheres trans para presídios femininos e/ou transferência de homens trans para presídios masculinos) acarretasse efeito adverso, prejudicial a todos os envolvidos. Mesmo não sendo objeto da discussão, é importante mencionar que a pesquisa que subsidiou a produção

deste artigo constatou que travestis e gays recebem poucas visitas, por isso sobrevivem na prisão por meio do trabalho (tipicamente feminino) que prestam aos homens presos. Questiona-se: para quem trabalhariam no contexto prisional feminino? Além do mais, a questão sequer foi discutida nos presídios femininos, com as mulheres presas. Na verdade, o impacto do precedente e das transferências autorizadas pelo STF (e a possibilidade de replicação em instâncias inferiores) não foram avaliadas, sendo a decisão prolatada alheia à realidade e a prática prisional.

Apesar do avanço em relação aos direitos LGBT no Brasil, pouca coisa mudou na dinâmica prisional. Por essa razão, este estudo pretende revelar a cultura política penitenciária do País por meio de uma análise que envolve seus três Poderes, priorizando-se as atuações que, de algum modo, inovaram em relação ao tema LGBT no cárcere.

3.1. Na esfera do Executivo

Consoante afirma Masiero (2014, p. 88), o primeiro marco relativo à formulação de políticas públicas sobre as demandas do movimento LGBT brasileiro "foi o Programa Nacional de Direitos Humanos 2 (PNDH 2)[9], divulgado, em 2002". Contudo, tais ações não serviram como diretrizes para a definição de políticas públicas pelos órgãos do Governo (MELLO; BRITTO; MAROJA, 2012).

Para este estudo, a aprovação do Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH 3)[10] pelo Decreto 7.037, em 2009, demonstra-se fundamental, ao passo que foram identificadas sete ações sobre a segurança pública voltadas à população LGBT, ampliando-se de quatro para sete as ações nessa área especificamente. Entre os temas abordados nesta versão, no que diz à segurança da população LGBT, estão as ações em torno da situação de encarceramento, como o encaminhamento de mulheres transexuais e travestis reclusas para o presídio feminino (AVELAR; BRITO; MELLO, 2010; MASIERO, 2014).

Ainda em 2009, foi apresentado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH)

> [...] o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT como desdobramento da 1º Conferência Nacional LGBT, realizada

9. O PNH2 foi divulgado, em 2002, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso (MASIERO, 2014, p. 88).

10. O PNH3 foi divulgado, em 2009, no Governo Lula (MASIERO, 2014, p. 88).

> um ano antes, trazendo diretrizes e ações para a elaboração de políticas públicas para essa população (MASIERO, 2014, p. 91).

Entre as diretrizes, cinco tratam mais especificamente de direitos de LGBT no âmbito da segurança pública, inclusive no cárcere. A Diretriz 5.18, por exemplo, destacou a importância de se implementar nas penitenciárias uma política de enfrentamento à homofobia, a fim de assegurar "aos custodiados o direito de optarem por celas distintas ou serem encaminhados para unidades condizentes com seu gênero social" (AVELAR; BRITO; MELLO, 2010, p. 336-337; MASIERO, 2014, p. 91).

Mais recentemente, também no âmbito do Executivo, foi formulada a Resolução Conjunta 1/2014 CNPCP e do CNCD/LGBT, em que se estabeleceram parâmetros de acolhimento de pessoas LGBT em privação de liberdade no País.

Segundo o art. 3º da referida Resolução, aos gays e às travestis "privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos", não podendo se destinar estes espaços "à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo" (art. 3º, § 1º, da Resolução Conjunta 1/2014).

A transferência para os espaços específicos está condicionada à expressa manifestação de vontade (art. 3º, § 2º, da Resolução Conjunta 1/2014), do contrário – se a transferência entre as celas/alas for compulsória ou funcionar como meio de castigo ou sanção – será considerada como tratamento desumano e degradante (art. 8º da Resolução Conjunta 1/2014).

A Resolução Conjunta prevê, em seu art. 4º, que as transexuais masculinas e femininas presas "devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas", devendo ainda ser garantido às mulheres transexuais "tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade" (parágrafo único do referido artigo). Os arts. 5º ao 7º facultam aos transexuais e travestis em situação de cárcere a escolha de usarem "roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero" e assegura o direito à visita íntima e atenção integral à saúde, incluindo a manutenção do tratamento hormonal.

O Estado também fica obrigado, segundo o art. 10 da mesma Resolução, a conferir capacitação continuada aos funcionários "dos estabelecimentos penais considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero".

Quanto às ações destinadas à habitação e tratamento conferido aos prisioneiros LGBT de iniciativa do Poder Executivo, acredita-se que ainda não são suficientes para subverter o quadro de violência instalada há tempos em nosso sistema prisional, tampouco "atendem os requisitos de uma política pública, sendo tão somente políticas de governo, fazendo-se necessária a implementação de um regime legal" (MASIERO, 2014, p. 93). A ausência de leis e/ou o alcance limitado da legislação fragiliza os programas e ações do Governo, uma vez que a lei dá suporte às políticas de Estado (BRITO; MAROJA; MELLO, 2012; MASIERO, 2014).

"Nunca se teve tanto e o que há é praticamente nada" (AVELAR; BRITO; MELLO, 2010, p. 351). Ademais, como se verá a seguir, no âmbito do Legislativo nada ou pouco se tem para proteger LGBT's em privação de liberdade.

3.2. Na esfera do Legislativo

Berenice Bento (2014, p. 166), ao analisar a composição das forças que atuam no Congresso Nacional, verificou "a hegemonia conservadora que ora domina o Parlamento". Como resultado disso, o que se observa até hoje "é a total ausência de uma legislação que assegure os direitos fundamentais às pessoas trans" (BENTO, 2014, p. 172). Para o legislador:

> [...] só estão em situação de privação de liberdade homens e mulheres (com todo o corolário do masculino e feminino que circulam tais categorias), muitas instituições prisionais têm sido obrigadas a enfrentar "espectros" incômodos que não se conformam ao plano biopolítico racional pensado pelo legislador (VIEIRA; CIUFFOLETT, 2015, p. 112).

O Projeto de Lei do Senado 513, de 2013 (PL 513/2013), que pretende alterar a Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execuções Penais), apesar de ser mera proposta normativa submetida à deliberação do órgão legislativo, foi o documento que chamou mais atenção, dado que a sugestão de alteração é no sentido de opor-se a toda discriminação por motivo de identidade de gênero e orientação sexual do preso. De outro lado, não se verificou nada de significativo para além da divisão tradicional (por sexo) dos estabelecimentos prisionais nacionais.

Observe-se que a Lei de Execuções Penais – LEP, não faz em seu texto qualquer vedação expressa à discriminação (utiliza a palavra "distinção"), mas por meio de uma análise comparativa, entre a Lei vigente e a proposta normativa para sua alteração, verificou-se na última a ampliação da lista de beneficiários, incluindo os dissidentes de gênero e sexualidade.

Existe uma carência legislativa sendo, portanto, necessário que a legislação "determine proibições de diferenciação jurídica, ou seja, que preveja mandamentos de não discriminação", considerando, para isso, a situação de vulnerabilidade de grupos e pessoas envolvidas (MASIERO, 2014, p. 94).

O art. 3º, IV, da Constituição Federal, que veda preconceito em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação, apesar de não trazer expressamente a proibição de discriminação em virtude da orientação sexual, essa proteção se fundamenta na hipótese de proibição da discriminação em virtude de sexo, de maneira que não se pode falar em ausência de tutela constitucional (MASIERO, 2014).

Explica-se: considerando que "a orientação sexual só é passível de identificação perante o sexo da pessoa que faz a escolha, é direito que goza de proteção constitucional ante a vedação de discriminação por motivo de sexo" (FUGIE, 2003, p. 77). Para Masiero (2014), essa interpretação não é apenas doutrinária, mas também jurisprudencial, visto que os ministros do STF se posicionaram nesse sentido quando reconheceram a união homoafetiva em 2011. Além disso, é medida que se impõe pela ordem legal internacional. O Brasil deve observância aos tratados internacionais dos quais é signatário. No horizonte constitucional, existe a PEC 66/2003, que é "uma Proposta de Emenda Constitucional [...] que pretende dar nova redação ao inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, de forma a incluir a proibição de discriminação por 'expressão e orientação sexual'" (MASIERO, 2014, p. 95).

Entre as alterações propostas pelo PL 513/2013, a do art. 3º, parágrafo único, da LEP, mostra-se essencial ao deslinde do estudo, isso porque inclui ao dispositivo a proibição da discriminação em razão de identidade de gênero e/ou de orientação sexual. Veja-se:

> Art. 3º (*alteração*). Ao condenado e ao preso provisório serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
>
> Parágrafo único (*alteração*). Não haverá discriminação em razão de natureza política, racial, socioeconômica, religiosa, de identidade de gênero, de orientação sexual ou de nacionalidade, observada a legislação pertinente (grifo nosso).

De outro lado, incoerentemente, o PL 513/2013 dispõe em seu art. 6º, § 2º, que a pena deverá ser "cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado". Ora, se por um lado, a proposta legislativa inova em proibir discriminação em virtude de identidade de gênero ou orientação sexual, por outro, mantém a divisão dicotômica de

sexo dos estabelecimentos prisionais prevista na legislação que pretende alterar. Esses dispositivos dão entre si, ou em combinação com a Constituição, ampla margem para interpretação.

A inclusão da não discriminação em razão da identidade de gênero e orientação sexual na proposta legislativa permite uma interpretação mais favorável à reserva de espaços (ala/pavilhão) para LGBT's em privação de liberdade. Trata-se de uma alteração considerável, mas não suficiente, ainda mais se se considerar que a habitação específica não é a realidade comum nas penitenciárias do país.

Já no plano subnacional, o Código Penitenciário do Estado de Pernambuco também tratou essas questões como um assunto velado. A Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco – ALEPE – aprovou recentemente o Projeto de Lei Ordinária 627/2015, que institui o Código Penitenciário do Estado de Pernambuco e, nos termos do seu art. 1º, tem por finalidade regulamentar o Sistema Penitenciário do Estado de Pernambuco, visando a cumprir efetivamente os preceitos contidos na LEP, e na Constituição da República Federativa do Brasil.

O Código Penitenciário do Estado de Pernambuco foi aprovado em 01.03.2016, com publicação da redação final no dia 15.03.2016. Logo em suas disposições iniciais, mais especificamente no § 2 do art. 3º, aduz que a "pessoa privada de liberdade mantém a titularidade dos seus direitos fundamentais, salvo as limitações inerentes ao sentido da condenação e as exigências próprias da respectiva execução".

Nesse sentido, a execução da pena de privação de liberdade não poderia jamais promover discriminações fundadas em identidade de gênero e/ou orientação sexual, nem desumanizar ou relativizar direitos fundamentais associados à dignidade dos prisioneiros LGBT's. Aliás, a legislação não prevê punições (dores) adicionais à sentença.

O Código Penitenciário do Estado de Pernambuco sobre o tema dispõe em seu art. 4º que:

> A execução deve respeitar a personalidade da pessoa privada de liberdade e ser executada com absoluta imparcialidade, sem discriminações fundadas na ascendência, gênero ou orientação sexual, raça, língua, território e origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social [...].

Ainda, ao tratar sobre a assistência educacional à pessoa privada de liberdade, veja-se o § 6º do art. 75 do aludido Código:

> O estabelecimento penal evitará manter em seu acervo livros, revistas e periódicos que façam apologia ao crime ou à droga, ou que desperte no indivíduo comportamentos de violência, racismo, terrorismo, preconceitos sexuais ou qualquer outra atitude contrária às normas sociais estabelecidas.

Apesar das dicções expressas acima, que veda discriminação em razão de gênero ou orientação sexual e repudia o preconceito sexual, o art. 6º, I, da lei penitenciária do Estado de Pernambuco, ao abordar as competências dos estabelecimentos penais do Estado, reduz-se a dicotomia tradicional de sexo – "masculino" e "feminino". Confira-se:

> [...] a segurança e a custódia dos privados de liberdade do sexo feminino ou masculino, obedecendo à individualização das pessoas que se encontram recolhidas no estabelecimento por decisão judicial, pelo período da respectiva pena e obedecendo ao regime discriminado.

O trecho supramencionado não se aprofunda em questões de sexualidade e gênero, tampouco sua leitura permite trabalhar com outras possibilidades de sexualidade. Diferente da elaboração de leis sobre o Direito Penal, que é de competência privativa da União, conforme preceitua o art. 22 da Constituição Federal de 1988, o acolhimento da população LGBT nos presídios é um tema de Direito Penitenciário e, nos termos do art. 24 e art. 30, II, ambos da CRFB/1988, trata-se de competência legislativa concorrente da União, Estados-membros, Distrito Federal e suplementar aos Municípios.

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
>
> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber [...].

Nesta direção, percebe-se que o Legislativo pernambucano pode editar leis diretamente sobre o espaço prisional reservado à população LGBT, a fim de evitar uma violação sistemática dos direitos humanos, e garantir a essas pessoas um espaço livre da violência de outros presos. Afinal, nos termos ensinados por Pires (1999, p. 64), o direito positivo assume um importante papel na contemporaneidade

> [...] a desempenhar na regulação de certos problemas e conflitos sociais, ainda que ele não constitua, via de regra, a solução definitiva nem necessariamente a mais eficaz ou, ainda, a mais desejável para esses problemas.

Cada Estado-membro possui seu Poder Legislativo no âmbito estadual, mas no plano de repartição de competências concorrentes, a legislação deve obediência a um "padrão normativo comum da legislação de normas gerais da União" (ARAÚJO, 2017, p. 186). A União, de outro lado, deve assumir a postura de combinar, por intermédio da edição de normas gerais, unidade e diversidade, sem sufocar os Estados-membros, deixando-os livres para legislar sobre aspectos particulares.

A Carta Constitucional – que é jurídica e política – consignou um "condomínio legislativo" ou "federalismo legislativo" entre a União e os Estados-membros na hipótese de competência legislativa concorrente, dado que os Estados-membros, ao legislar, devem fazer nos limites delineados pela legislação da União (ARAÚJO, 2017; HORTA, 1999). Observe-se que a discriminação de LGBT's em situação de cárcere, por ser um tema atinente ao Direito Penitenciário, pode ser, tranquilamente, objeto da atividade legiferante tanto dos Estados-membros como da União.

No entanto, por se tratar de competência legislativa concorrente, a legislação não pode ser elaborada livremente pelos Estados-membros, ela deve estar em sintonia com a legislação federal sobre normas gerais.

Araújo (2017) descreve as quatro regras instituídas pela Constituição com intuito de organizar um regime jurídico mínimo de desenvolvimento de competências legislativas concorrentes, quais sejam: a primeira aduz que compete à União editar normas gerais; a segunda informa que a existência de normas gerais não afasta a competência suplementar dos Estados-membros, que se divide em supletiva (normas inexistentes) e complementar (suprir lacunas); a terceira alerta que a ausência de norma geral da União autoriza o Estado-membro a editar a sua própria norma; a quarta, por fim, estabelece que, quando o Estado-membro utiliza-se da competência legislativa plena (ausência de norma geral), eventual norma elaborada futuramente pela União suspende a eficácia da legislação estadual na parte colidente.

A ideia do constituinte em instituir o regime jurídico de condomínio legislativo foi estabelecer maior liberdade legislativa aos Estados-membros, reservando tão somente um mínimo de tratamento uniforme em todo país por meio das normas gerais. Para esse autor, o desafio do federalismo brasileiro consiste em permitir aos Poderes Legislativos estaduais ir além da uniformidade de tratamento pretendido pela União, a fim de adequar sua legislação à realidade local. Ademais, foi o "comando constitucional que quis dar à União o papel de uniformizador não exauriente de uma legislação nacional" (ARAÚJO, 2017 p. 192).

Transcender a legislação geral estabelecida pela União, não só amplia, no plano interno, a proteção dos direitos humanos, mas equaliza o nível de proteção ao nível de precariedade. O Código Penitenciário do Estado de Pernambuco, por tratar-se de uma lei de Direito Penitenciário (competência legislativa concorrente), poderia conter dispositivos legais que regulassem a habitação, classificação e tratamento de LGBT's nas penitenciárias do estado, isso porque além da conformação da pretensa legislação à Constituição Federal, não existe nenhum empecilho na legislação da União para a elaboração.

A criação de lei nesse sentido é de suma importância na construção de um ambiente de regulação das agências oficiais punitivas, para que o tratamento humanizado às pessoas LGBT, quando colocadas nas penitenciárias, seja uma imposição, e não uma escolha que pode ser ou não cumprida. O dispositivo que veda a discriminação em razão de gênero ou orientação sexual na execução penal é genérico, poderia o Estado de Pernambuco, por lei, dispor sobre tais questões.

Sobre esse aspecto, a LEP não tolhe a atuação do Poder Legislativo do Estado de Pernambuco. É bem verdade que existe uma norma geral elaborada pela União, então, deve-se evitar a colidência entre a norma interna e a nacional, sob pena de suspensão da norma estadual, mas, desde que respeitada à adequação (a repartição vertical da competência legislativa concorrente), a confecção de leis estaduais é perfeitamente válida.

Em nível subnacional, verifica-se que o Poder Legislativo do Estado de Pernambuco também não exerceu suficientemente sua atividade legiferante para impor habitações condignas ao público LGBT, mesmo tendo competência para legislar sobre Direito Penitenciário.

3.3. Na esfera do Judiciário

O Partido Socialista e Liberdade (PSOL) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347), ajuizada em maio de 2015, visando o reconhecimento da violação sistemática de direitos fundamentais dos presos, enfatizou, entre outras coisas, que as "minorias" sexuais formam um grupo que mais sofre "com o encarceramento inadequado", pois "ficam expostos, constantemente, a abusos sexuais, inclusive a servidão, contraindo doenças sexualmente transmissíveis" (PSOL, 2015).

A ação apresentada destacou "que o sistema penitenciário brasileiro vive um verdadeiro" estado de inconstitucionalidade e requereu que a União e os Estados "tomassem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos" (FERNANDES, 2017, p. 263).

Vale destacar que o sistema carcerário brasileiro talvez seja "o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais". Uma situação que vem sendo agravada pela sistemática incapacidade e inércia "das autoridades públicas em superar tal quadro" (CAMPOS, 2016, p. 265).

Diante disto, a Suprema Corte brasileira, em deliberação que concedeu parcialmente a cautelar solicitada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), na ADPF 347, reconheceu de forma inédita o ECI[11]. Restaram configurados seus pressupostos, "máxime a violação massiva de direitos fundamentais e o fator da falha estrutural [...]. Melhor dizendo: *o sistema carcerário brasileiro é um ECI*" (é, como um todo, inconstitucional), expõe-se doravante a necessidade do Judiciário tanto "intervir para superar esse estado" quanto atuar no "controle da omissão estatal como fator de proteção deficiente de direitos fundamentais" (CAMPOS, 2016, p. 276, grifo do autor).

Em substituição a uma proteção deficiente de direitos, a decisão se referia a uma proteção suficiente da dignidade do humano, não importando sua posição (acusado, condenado ou vítima), que vincula todos os órgãos estatais (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2016, p. 38).

O instituto do ECI foi criado em 1997 pela Corte Constitucional colombiana – nas palavras de Campos (2016, p. 276) foi uma construção teórica "importada" –, tendo o STF o pronunciado para afastar o cenário inconcebível de violação massiva, generalizada e sistêmica de direitos fundamentais dentro das penitenciárias brasileiras, sendo a decisão justificada pela flagrante violação dos direitos humanos e também pela abstenção, persistente e reiterada, do Estado na implementação de políticas públicas necessárias a assegurar o direito ao mínimo para uma existência digna.

A decisão assentou "que o quadro de superlotação carcerária e de condições de encarceramento configura um ECI no Brasil", foi no intuito de "reduzir ou acabar com esse estado de coisas" que a Suprema Corte encontrou sua legitimidade. Então, a postura judicial (a intervenção estrutural) adotada é legitima, pois para superar omissões estatais e defender a ordem constitucional houve a necessidade de o Supremo formular remédios/medidas estruturais (CAMPOS, 2016, p. 276).

11. O "Estado de Coisas Inconstitucional" é um instituto que foi desenvolvido e aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia, que "vem sendo trabalhado pelo professor da UERJ Carlos Alexandre de Azevedo Campos" no Brasil (FERNANDES, 2017, p. 261).

Trata-se de uma sentença dialógica e estrutural, visto que somente transformações estruturais da atuação das autoridades públicas, em meio a um diálogo institucional, podem superar a situação de inconstitucionalidade. Observe-se que a Corte Constitucional brasileira ficou diante de um "litígio estrutural"[12], por isso dos "remédios estruturais" estabelecidos na ADPF 347 serem "voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas". Esses remédios são justificados por situações concretas de paralisia administrativa ou parlamentar, e ao serem fixados por juízes constitucionais "cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional" (FERNANDES, 2017, p. 261-262).

A ausência de efetividade dos direitos fundamentais nem sempre decorre da falta de lei, mas sim da ausência de cooperação e coordenação entre órgãos, entidades públicas e legislador, o que resulta "na falência prática da própria lei" (CAMPOS, 2016, p. 93). Na decisão em ADPF 347, a Suprema Corte afirma "que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-membros e Distrito Federal" (FERNANDES, 2017, p. 264), e por decorrer de falhas estruturais, a responsabilidade pela solução não pode ser suportada por um único ente (CAMPOS, 2016, p. 93).

A decisão enumerou medidas a serem observadas também pelos juízes, como o dever "de aplicação restritiva das prisões provisórias [...], e de dar preferência às penas alternativas e a prisão domiciliar", estando, outras, direcionadas ao Poder Executivo, a exemplo de que a União não poderia contingenciar recursos do Fundo Penitenciário (FUNPEN) necessário à melhoria do cenário caótico o qual se encontra o sistema prisional nacional (CAMPOS, 2016, p. 283).

Como se depreende, muitas das determinações feitas na ADPF 347 foram direcionadas aos juízes, ou seja, o Judiciário chamou a responsabilidade da caoticidade do sistema carcerário pra si, o que afasta alegações genéricas de supremacia judicial, e do mesmo modo essa "falha estrutural" também é proveniente "da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias" (FERNANDES, 2017, p. 264). Portanto, os três Poderes são corresponsáveis pelas lesões aos direitos dos presos, e a Constituição de 1988 previu mecanismos institucionais que autorizam o Supremo a declarar o ECI (CAMPOS, 2016).

12. O "litígio estrutural" é aquele que atinge um amplo número de pessoas, diversas entidades e implica "ordens de execução complexa" (FERNANDES, 2017, p. 261).

O reconhecimento do ECI não significa corrigir a atuação/incompetência dos outros poderes, mas promover diálogos democráticos e institucionais entre eles, pois além de provocar a participação da sociedade nos processos decisórios em busca de melhores soluções – é uma espécie de ativismo judicial estrutural dialógico (FERNANDES, 2017; CAMPOS, 2016). O objetivo das sentenças estruturais é possibilitar "a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes em torno de um objetivo comum: superar o quadro de inconstitucionalidades". Não se trata de supremacia e autoritarismo judicial, "mas sim de diálogos e cooperação institucionais" (FERNANDES, 2017, p. 269).

É justamente por inspirar-se na Corte colombiana que a decisão da mais alta Corte judiciária brasileira na ADPF 347 pode ser compreendida como uma decisão resultante de um diálogo entre tribunais/juízes[13] (ALLARD; GARAPON, 2006; FRYDMAN, 2016). Caretti (2015, p. 437), nesse sentido, aduz que "o 'diálogo' requer uma competição saudável a fim de saber quem é capaz de salvaguardar mais e melhor os direitos".

Observe-se que na Colômbia, ocorreu um caso de violação de direitos fundamentais similar ao do Brasil, envolvendo essencialmente a privação de direitos e superlotação nos presídios. E por meio de "uma ação individual interposta por um preso que denunciava violações de seus direitos mais básicos, a Corte ampliou o escopo original da demanda e chegou à conclusão de que o problema não se restringia ao presídio". Verifica-se que a "evolução jurisprudencial do ECI ocorreu, originalmente, em um caso emblemático julgado em 1998 (T 153/98), envolvendo a crise dos presídios" (MARMELSTEIN, 2015, p. 245).

Para a Corte colombiana os direitos fundamentais não podem ser encarados pelo Estado como mera retórica. Assim, o ECI surgiu como mecanismo de defesa desses direitos, porque em uma realidade onde direitos básicos não são garantidos, juízes combatem nas suas decisões situações sociais e políticas que os negam (ARIZA, 2000). A decisão pela importação do ECI pelos juízes da Suprema Corte brasileira não foi totalmente desacertada. Não é novidade que o Estado brasileiro promoveu a institucionalização da barbárie nos presídios nacionais, e que os estabelecimentos penais não oferecem condições mínimas de habitação, situação que é agravada no caso de GBT's. O cárcere brasileiro

13. Apesar do diálogo entre tribunais/juízes pressupor citações (jurisprudenciais) recíprocas, em que julgadores dos mais variados sistemas de justiça conversam simultaneamente, este estudo considerou que a consulta de decisões estrangeiras pode acontecer das mais variadas formas, via práticas formais ou informais, e nem sempre obedece a formalidades. Os juízes podem não citar o local da inspiração de seus julgamentos, pode vir visíveis ou não (ALLARD; GARAPON, 2006; FRYDMAN, 2016).

está em total desacordo com a legislação nacional e internacional que trata sobre os direitos humanos.

Segundo Hassemer (1998, p. 20), "o direito penal conforme o estado de direito e o processo penal" devem, acima de qualquer coisa, assegurar os direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito criminal (inclusive dos suspeitos ou acusados da prática de crimes), não são apenas instrumentos contra o crime.

O Ministro assumiu uma feição não convencional ao juiz antes do constitucionalismo contemporâneo[14], porque, diante de um quadro de violação estrutural de direitos fundamentais, esquivou-se da tradicionalidade expectável das decisões do Poder Judiciário, e propôs formulação e execução de políticas públicas, assim como determinou que os magistrados de base se atinassem ao quadro degradante do sistema penitenciário brasileiro.

Essa decisão é importante para o presente estudo, porque foi o primeiro passo para o STF sair da zona de conforto e cobrar providências urgentes para o enfrentamento de um problema que é rotineiramente denunciado, determinando ao Governo Federal a elaboração de um plano nacional para a superação do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro. O plano deveria conter metas e propostas voltadas à

> [...] (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; [...] (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT [...] (STF, 2015).

A decisão da Suprema Corte brasileira foi no sentido de combater "a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro" (STF, 2015). As penas de prisão "aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre".

14. Para Streck (2011, p. 190), o constitucionalismo contemporâneo "é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional)". O autor comenta que se confere ao direito uma pujança pós-positivista e reforça a normativa dos mandamentos constitucionais. É no limbo decorrente da abstenção na execução de políticas públicas ou em caso de insuficiente regulamentação do legislativo de direitos constitucionais "que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário".

Além disso, "convivem com as barbáries promovidas entre si": homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e massacres. Sofrem também "com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha". Não errou, pois, o Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo ao comparar as prisões brasileiras com as "masmorras medievais", visto tratar-se de um local onde é preferível morrer a ficar aprisionado nelas (STF, 2015).

Considerando a situação inconstitucional do cárcere brasileiro, alegada na petição ajuizada pelo PSOL, e relatada na decisão (ADPF 347), não parece sem razão a sugestão de Christie (2017, p. 30) de trocar o nome da disciplina "Direito Penal" por "Direito da Dor" (lei-de-dor), porque na prisão não existe nada além de sofrimento. Além do mais, o cenário das penitenciárias brasileiras revela total desrespeito e incompatibilidade com princípios e normas internacionais: um bom exemplo disso é o Complexo do Curado no Recife.

4. Complexo do Curado

O objetivo agora é avaliar a recepção pelo Estado de Pernambuco dos instrumentos jurídicos aptos a garantir os direitos humanos de LGBT's privados de liberdade. Feitas essas considerações, passa-se à análise daquilo que foi verificado pela CorteIDH e MPPE no Complexo do Curado.

Apenas para pontuar, o sistema normativo internacional divide-se em dois grupos, quais sejam: Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (sistema ONU – Organização das Nações Unidas) e Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, esse subdivido geograficamente em Europeu, Africano e Interamericano.

Bregaglio (2014, p. 102) explica que o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos "foi criado no âmbito da ONU, da qual são membros quase todos os Estados do mundo", e "consiste num conjunto de mecanismos orientados para proteger os direitos de todas as pessoas". O sentido "global" do termo vem da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), "e indica que esses direitos são próprios de todas as pessoas de forma igual, sem exclusões nem discriminações de qualquer tipo" (BREGAGLIO, 2014, p. 102).

Já em relação ao Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, o estudo ficará limitado, por razões óbvias, ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). A CorteIDH, assim como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), é uma entidade que integra o SIDH. A formação desse sistema interamericano de defesa dos direitos humanos possui "uma rede de instrumentos, órgãos e procedimentos [...] no continente americano",

evidenciando-se o trabalho dessas duas entidades "no processo das petições individuais destinadas a determinar a responsabilidade dos Estados por abusos dos direitos humanos" (OSPINA; VILLARREAL, 2014, p. 273).

Enfim, o sentimento pós-Guerra foi que desencadeou a reunião solidária entre os países para a proteção universal dos direitos humanos, bem como estimulou a elaboração de documentos normativos aptos a essa função, a exemplo da DUDH, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

A Declaração representa um dos documentos básicos das Nações Unidas, e nela são enumerados os direitos que todos os seres humanos possuem. O art. 1º, por exemplo, preceitua que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e são dotadas de razão e consciência, devendo agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade (ROCHA, 2008, p. 17)[15]. O referido artigo subsidiou a abertura tanto do IC 16004-0/8[16], para investigar a garantia de direito da população GBT em cárcere no Complexo do Curado (MPPE, 2016, p. 2-5), como do IC 16003-0/8[17] para investigar a garantia de direito da população LBT em cárcere na Colônia Penal Feminina do Recife – Bom Pastor (MPPE, 2016, p. 2-5).

A ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes desencadeou o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro, sendo utilizada para fundamentar as Portarias dos Inquéritos Civis supramencionados. Confira-se: "[...] ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Assim como, a pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade inerente ao ser humano" (MPPE, 2016, p. 2).

A evolução constitucional em conjunto com o direito internacional "revelam, hoje, uma gradual e praticamente consensual tendência no sentido da proscrição, tanto da tortura, quanto de práticas desumanas e degradantes", seja mediante tratados ou "criação de documentos específicos, ademais do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e das respectivas sanções, ainda que de efeito limitado, na seara internacional" – sob o prisma penal, essas práticas são ilegítimas, moral e juridicamente (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2016, p. 67). Segundo esses autores, não é raro que o operador do direito de

15. Esse artigo relaciona-se com o art. 1º, III, e art. 5º da CRFB/88 (ROCHA, 2008, p. 17).

16. IC 16004-0/8 instaurado por meio da Portaria 6577863, de 17 de março de 2016.

17. IC 16003-0/8 instaurado por meio da Portaria 6621849, de 30 de março de 2016.

determinado Estado "busque socorro no direito estrangeiro e internacional" em virtude "das obrigações assumidas pelo Brasil quando da ratificação de tais instrumentos, que integram a ordem jurídica interna dotados de hierarquia supralegal" (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2016, p. 68).

Até porque, diante de um caso concreto, a resposta adequada à proteção dos direitos fundamentais pode não ser encontrada no plano nacional, mas para além das fronteiras do Estado-membro. E foi também por isso que as Portarias fizeram referência aos Princípios de Yogyakarta, elaborados por uma comissão de profissionais especializados em direitos humanos da população LGBT: os princípios jurídicos internacionais orientam os Estados na interpretação e aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, para que fiquem atentos quanto às obrigações de direitos humanos (CASTRO, 2016; MASIERO, 2014).

Utilizando-se de uma meticulosa análise dos Princípios de Yogyakarta, verifica-se que o objetivo principal do documento é avançar em aspectos interpretativos nas questões de sexualidade e de gênero, transformando ou adotando um novo olhar sobre o campo normativo nacional e internacional. De acordo com essa carta de princípios, a orientação sexual e identidade de gênero são componentes da dignidade da pessoa.

Logo na introdução aos Princípios, afirmou-se que "muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero", porém violações de direitos humanos continuam a atingir "pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida", e por se constituir como "um padrão global e consolidado, [...] causa sérias preocupações" (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

A violência contra LGBT's, que é agravada com a situação de cárcere, vem de todos os lados, tanto dos presos como também dos funcionários do estabelecimento prisional. Neste sentido, o Princípio 9[18] prevê que as pessoas privadas de liberdade devem ser tratadas com humanidade, evitando-se maior marginalização (risco de violência física, mental ou sexual) motivada por questões de gênero e sexualidade, sendo dever do Estado implantar medidas de proteção "e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral" (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

18. Princípio 9: Direito a tratamento humano durante a detenção.

Especificamente, sobre a habitação prisional, o Princípio 9 assinala a importância que "detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero". Além disso, os Estados deverão proporcionar o monitoramento das instalações de detenção por parte do Estado e das organizações não governamentais, inclusive as que trabalham nas áreas de identidade de gênero e orientação sexual (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

Os Estados deverão, ainda,

> Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

Em igual sentido, o Princípio 10[19] dispõe que todos "têm o direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive por razões relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero", e para esse intento o Estado deverá "implantar programas de treinamento e conscientização, para a polícia, o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão em posição de perpetrar ou evitar esses atos" (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

O Princípio 7[20] firma o entendimento de que "qualquer prisão ou detenção baseada na orientação sexual ou identidade de gênero é arbitrária". Desse modo, os Estados deverão agir, ainda, de forma a impedir que a orientação sexual e a identidade de gênero sirvam de justificativa para eventual prisão ou detenção.

Então, cabe ao Estado "manter registros precisos e atualizados de todas as prisões e detenções" e "implementar programas de treinamento e conscientização para educar a polícia e outros funcionários encarregados da aplicação da lei". Esse esforço seria uma forma de "identificar prisões e detenções que possam ter sido motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero de uma pessoa" (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

Foi anexada no IC 16004-0/8 a Resolução da CorteIDH, de 23 de novembro de 2016, que requereu ao Brasil a adoção, urgente e imediatamente, de medidas

19. Princípio 10: Direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

20. Princípio 7: Direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade.

provisórias necessárias para proteger a vida e integridade dos presos, visitantes e agentes penitenciários – e todos que se encontrassem – no Complexo do Curado. Cumpre assinalar que a delegação da Corte realizou visita *in locu* nas dependências do Complexo Penitenciário de Curado e arredores, em 8 de junho de 2016. Algumas informações extraídas da Resolução sobre LGBT's presos nas três unidades prisionais:

No PJALLB, detectou-se que não existia espaço de vivência específico para LGBT's. No PFDB, o espaço onde vivem seis internas transexuais e seus companheiros é bastante reduzido "– nesse espaço reportaram que são ameaçadas de serem queimadas dentro de suas celas pelo 'chaveiro' do pavilhão" (Resolução da CorteIDH, 2016).

O PAMFA possui espaço específico para LGBT's (Pavilhão J). Observe-se:

> A chamada "cela LGBT" está localizada atrás de um pavilhão com mais de 200 internos. Para poder chegar a esta cela, foi necessário retirar a todos os internos desse pavilhão. A cela tinha dimensões muito reduzidas, e cerca de seis pessoas vivem nesse espaço. Toda essa área do PAMFA é muito similar ao verificado no PJALLB, e tanto os internos, como os representantes dos beneficiários e do Estado chamaram de "favelização" dos espaços comuns e de habitação. Pode-se observar que o espaço tinha infiltrações, esgoto e tubulações a céu aberto, ventilação precária e pouca iluminação. Havia apenas um "banheiro" para mais de 200 internos. O cheiro de podridão era muito forte. As internas transexuais informaram que viviam em constante situação de medo e sofriam ameaças por parte de outros internos (Resolução da CorteIDH, 2016).

Quanto à Estrutura, o Estado brasileiro, em resposta, informou que "adequou as áreas existentes nas Unidades Penitenciárias para alojar a população LGBT, "implementou instrumentos específicos para a identificação da população LGBT, com o objetivo de conhecê-la e atendê-la melhor", bem como "realizou ações educativas dirigidas ao público LGBT". Contudo, os Representantes dos Beneficiários informaram à Corte que ainda não foram adotadas medidas de proteção suficientes – os presos LGBT's "continuam expostos 'ao risco de agressão e assassinato'". Alguns exemplos disso, caso do apedrejamento de um interno LGBT e as ameaças à população LGBT escutadas pelos Representantes em uma visita realizada ao PFDB (Resolução da CorteIDH, 2016).

Sobre a falta de segurança e o quadro de violação aos direitos humanos, destacou-se que os presos LGBT's se encontram "em grave situação de vulnerabilidade" e que, para além deles, "as violações aos direitos humanos alcançam também os seus familiares". Não é sem razão que o sentimento da Corte

é de preocupação, pois não existem "medidas concretas destinadas a proteger a população LGBT no sistema penitenciário". O cuidado do Estado deveria ser maior nestes casos, uma vez que os presos LGBT's estão em posições "mais vulneráveis de sofrerem agressões físicas e morais" (Resolução da CorteIDH, 2016).

A determinação da CorteIDH, depois de verificar a vulnerabilidade e as agressões morais e físicas sofridas por prisioneiros LGBT dentro do Complexo do Curado, como "estupro coletivo, discriminação, restrição da liberdade de movimento, entre outras", foi que "o Estado adote as medidas necessárias para garantir a efetiva proteção da população LGBT privada de liberdade nesse centro carcerário e realize as mudanças estruturais necessárias para assegurar sua segurança". Nesse sentido, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT[21] apresentou algumas recomendações "individualizadas ao Governo do Estado de Pernambuco, ao Ministério Público do Estado de Pernambuco, ao CNPCP e ao DEPEN", entre as recomendações está "o oferecimento de espaços de convivência específicos à população LGBT, condicionando sua transferência à expressa manifestação de vontade dos internos referidos". Finalmente, a Resolução instou o Estado a continuar na implementação e no desenvolvimento das atividades para melhorar a condição dos beneficiários da medida provisória, em especial na adoção de medidas para proteger a integridade pessoal e a vida da população LGBT (Resolução da CorteIDH, 2016).

Quanto às recomendações do MNPCT, a pesquisa limitou-se em verificar o cumprimento pelo MPPE. O órgão ministerial elaborou um Relatório de Inspeção do Complexo do Curado, referente ao IC 16004-0/8, que foi disponibilizado a esse pesquisador pelo Promotor de Justiça responsável. O objetivo da inspeção foi conhecer as condições de cárcere às quais a população LGBT reclusa está submetida – o MPPE inspecionou, em 2016, os três presídios que constituem o complexo penitenciário.

21. A Lei Federal 12.847/2013 criou o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). Segundo o art. 8º da Lei retro mencionada, o MNPCT, composto por onze peritos, é considerado órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, sendo "responsável pela prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes", tendo por competência, entre outras coisas, "planejar, realizar e monitorar visitas periódicas e regulares a pessoas privadas de liberdade em todas as unidades da Federação, para verificar as condições de fato e de direito a que se encontram submetidas", assim como elaborar relatórios circunstanciados sobre cada visita realizada (BRASIL, 2013).

No PJALLB, verificou-se a necessidade de providenciar um espaço específico para a população LGBT, a fim de evitar episódios diários de transfobia e homofobia praticados por outros presos. Para isso, "foi designada cela específica onde, conforme dados repassados pelos próprios habitantes, habitavam 9 gays e 4 mulheres trans". Esta cela, antes dividida com lençóis, passou por uma reforma, que resultou na reestruturação das divisões internas – agora são de madeira e estão ligadas à parede. Inadequado seria esquecer que o projeto e modelo executado foi fruto de um diálogo com a população LGBT. "Além disso, foram instalados 2 ventiladores e um ambiente para lavar as roupas, evitando exposição na área comum do presídio".

Segundo o Relatório, "o quadro estrutural apresentado aparentou ser satisfatório, ventilado, limpo e acima de tudo, agradável aos habitantes, conforme relato próprio". Não por outra razão, que o PJALLB foi melhor avaliado quanto à estrutura destinada à habitação da população LGBT.

O MPPE, na ocasião da inspeção, foi informado da realização de uma "pesquisa de orientação sexual e identidade de gênero, sendo ofertado de forma acessível o atendimento por profissionais destinados a fornecer a devida assistência". No entanto, houve relatos de que a assistência à saúde é precária naquele ambiente prisional, pois não oferecem tratamento de hormonoterapia – questão importante relacionada à saúde de mulheres trans. A não disponibilização oficial do tratamento implica na busca de outras vias para aquisição dos hormônios, nesse caso "a alternativa é recorrer à entrada clandestina", ação que é controlada e coibida pela segurança do estabelecimento prisional.

Ainda sobre a habitação da população LGBT no PJALLB, destaca-se que nem todas as pessoas LGBT's compartilham do mesmo espaço, ou seja, dividem a mesma cela, "e não o fazem por motivos diversos, como rixas com pessoas específicas desta localidade, bem como relacionamentos com pessoas de outros pavilhões etc.". Outro dado interessante apontado no relatório é a maior conscientização das transexuais e travestis sobre sua identidade, aspecto relevante para reclamação por serviços não prestados, como é o caso da hormonoterapia.

Em que pese os diversos aspectos que devem ser melhorados, o PJALLB foi considerada a unidade do Complexo do Curado que "apresentou o melhor cenário comparado na visita realizada".

O PAMFA foi o estabelecimento prisional que apresentou a realidade mais assustadora e que atingia não apenas a população LGBT em privação de liberdade, mas toda a população encarcerada. Destaca-se superlotação e a desumanidade das habitações desse presídio, especialmente no Pavilhão J, que abriga

cerca de trezentas pessoas – número que foi considerado exorbitante quando confrontado com a estrutura verificada.

Em virtude da superlotação, para que o Promotor de Justiça circulasse no ambiente, foi inevitável retirar os presos do local. A "primeira impressão causada era a da possibilidade de um incêndio ou catástrofe iminente, frente à desorganização e insalubridade do local": "com baratas e outros animais circulando livremente, odor insuportável, água acumulada pelo chão, fios elétricos expostos e uma quantidade imensa de lençóis, delimitando o espaço individual de cada recluso".

As quatro mulheres trans que habitavam o Pavilhão J do PAMFA ocupavam "um cubículo, no canto do prédio, dispondo de um banheiro próprio, conquistado a partir de acordo com os próprios habitantes do pavilhão". Na oportunidade, falaram sobre a necessidade de reforma daquele espaço, para possibilitar o cumprimento da pena em um ambiente humanizado. Outra discussão levantada foi "a necessidade de integração maior entre as mulheres trans e os outros reclusos", na tentativa de superar os estigmas. Na ocasião, foi sugerido que "mais mulheres trans adquirissem o status de concessionada do presídio"[22], uma vez que existia apenas uma mulher trans trabalhando.

Apesar do assombroso cenário verificado no PAMFA, o relatório ressaltou a disposição do diretor recém-empossado, ele mostrou-se interessado em resolver as questões apontadas pelo órgão ministerial.

O PFDB, quando comparado com os outros estabelecimentos prisionais vistoriados, foi avaliado como intermediário: não se verificou "uma estrutura modelo como no PJALLB, mas não possui "uma estrutura desumana, como no PAMFA". A habitação de dez mulheres trans "era uma espécie de corredor estreito, no qual à esquerda existiam camas e, ao final do corredor, um banheiro próprio". Apesar de não representar a melhor estrutura, as mulheres trans "demonstraram-se satisfeitas e não apresentaram tanto interesse em substituir a estrutura complementada com lençóis por estrutura de madeira, como no PJALLB".

Uma situação observada no PFDB diz respeito ao bom relacionamento das mulheres trans com os agentes penitenciários e a direção do presídio. Os agentes penitenciários respeitam as reclusas, "chamando-as por seu nome social e lhes fornecendo a assistência necessária para a mínima mitigação de seu estado de vulnerabilidade", bem como as auxiliam "nas demandas que apresentam". Contudo,

22. Concessionado é aquele recluso a quem é dado "a possibilidade de trabalhar no próprio funcionamento do presídio" (RELATÓRIO, 2016).

destacou-se "que nenhuma mulher trans é efetivada como concessionada, o que foi apresentado como uma das maiores insatisfações da comunidade".

Finalizando a análise, pode-se dizer que os direitos LGBT não estão consagrados, ao menos explicitamente, no Direito Internacional, mas estão cada vez mais sendo interpretados de modo a não discriminar essas "minorias"[23]. Contudo, é de se verificar que discussões sobre identidade de gênero e orientação sexual já integram a agenda internacional de direitos humanos (O'BRIEN, 2016). Além do mais, os Princípios de Yogyakarta, desde 2006, vêm dinamizando esse processo complexo de internacionalização e elaboração de novos dispositivos legais a respeito de temas e direitos relativos à sexualidade, sendo este documento indispensável em discussões sobre o encarceramento LGBT.

Depois de tudo o que foi dito, percebe-se que o Sistema Penal não coincide com o valor de dignidade humana defendido em um Estado Democrático de Direito, o qual atribui "o reconhecimento em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção". "Aliás, não é outro sentido que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948)", o qual assinala que todos os seres humanos, sem qualquer distinção, nascem livres e iguais tanto em dignidade como em direitos (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2016, p. 21). O cenário jurídico contemporâneo mostra-se favorável ao processo de internacionalização da proteção LGBT, talvez um possível caminho para reduzir a inflição de dor e sofrimento no cárcere.

5. Considerações finais: a ilegitimidade da dor

Por último, observa-se que o real e único significado da pena é a inflição intencional de dor e, assim como Christie (2017, p. 25-26), ainda não "vejo outra posição defensável que não seja lutar por reduzir dor", porque a "tristeza é

23. Segundo Miskolci (2009, p. 168), a expressão "minoria, sob a pretensa neutralidade numérica, desvaloriza grupos subordinados pelos hegemônicos (propositalmente confundidos com maioria)" e, tratando-se de "estudos sobre minorias sexuais na perspectiva queer, ao se denominarem desta forma, eles terminam por reverenciar as "maiorias" que permanecem intocadas pelo impulso desnaturalizante que colocaria em xeque sua hegemonia como padrão social pressuposto. Miskolci (2009, p. 151) assinala que, apesar "de suas boas intenções, os estudos sobre minorias terminavam por manter e naturalizar a norma heterossexual". A teoria queer, ampliando os estudos sociológicos sobre minorias sexuais e de gênero, questiona a heteronormatividade (a naturalização social da norma heterossexual) e dedica-se a desconstruí-la. O efeito pretendido pela teoria queer não é o paliativo, mas o de subverter a ordem heteronormativa.

inevitável, mas não o inferno criado pelo homem" na terra – o cárcere. O sistema penal "custa um grande número de vidas humanas [...] e as vidas humanas são suprimidas sem o sistema operando a este respeito" (ZAFARONNI, 2003, p. 18, tradução nossa).

Esse sistema age baseado em estereótipos, atua desigualmente na seleção de sua clientela e distribui, segundo critérios próprios, a quantidade de dor a ser infligida – "seleciona pessoas e as condiciona, formando grupos humanos de acordo com um processo de 'matricería estereotípica'" (ZAFARONNI, 2003, p. 28, tradução nossa). A população LGBT presa, por causa disso, tem punições adicionais à sentença – sofre mais no ambiente prisional, quando comparada aos outros presos.

Enquanto o sistema penal privilegia os estratos mais altos da sociedade, decidindo quem são os moralmente aceitáveis para imunizá-los do processo de criminalização, direciona o processo (perverso) de criminalização para todos os demais. A lógica do sistema é de uma elite branqueada e masculinizada (MISKOLCI, 2013), isso faz com que comportamentos considerados imorais e/ou provenientes de estratos inferiores se subsumam mais facilmente ao tipo penal criado. Essa é a lógica que conduz as atividades das agências oficiais punitivas, que buscam "atitudes criminosas" nos sujeitos socialmente considerados abjetos e/ou em locais onde seria mais fácil de achar – nos setores marginalizados da sociedade.

Então, o Sistema Penal acaba por criminalizar "modos de ser", e não "atos", e as prisões são máquinas penais para separar os sujeitos indesejados da sociedade – serve para prender e torturar, não para punir ou reduzir a criminalidade (CHOUKR, 2014, p. 30). O cárcere é um terrível instrumento de tortura empregado na perseguição de sujeitos ininteligíveis, que possuem corpos incompreensíveis e impensáveis socialmente.

Para além disso, a estrutura binária da prisão reflete a dominação masculina, isso significa que pessoas com comportamentos "femininos" vão sentir muito mais dificuldades no cumprimento de sua pena e, nesse universo, são incluídas não apenas as mulheres cis, que são aquelas que se identificaram com o gênero atribuído a elas desde o nascimento, mas também as transexuais, travestis e os homens homossexuais – essas pessoas são submetidas a "processos maiores e mais refinados de controle, violência e punição"[24] (IHU, 2017) – recebem punição adicional às que foram sentenciadas.

24. Notícia fornecida pelo assistente social Guilherme Gomes Ferreira por e-mail à Revista do Instituto Humanistas Unisinos – IHU On-Line aborda a que mulheres, travestis, pessoas trans e gays são as maiores vítimas nas prisões.

Mas a verdade é que se demorou muito a pensar sobre um espaço reservado às pessoas dissidentes de gênero e sexualidade nas prisões, e não está sendo uma realidade fácil de ser implementada. A maioria dos funcionários que trabalham na prisão não compreende sequer a distinção entre os termos sexo e gênero, não tem (e se tem é muito pouca) ideia de como lidar com pessoas LGBT's privadas de liberdade – de nada sabem sobre a vida *queer*, e a forma como conduzem à classificação é repleta de estereótipos (BUIST; LENNING, 2016).

As travestis sofrem inúmeras violências nas prisões brasileiras, que se tornam ainda mais acentuadas devido às suas identidades de gênero. Até recentemente, a tradição penitenciária do País era colocar, sob o pretexto da proteção, as travestis em alas reservadas aos homens que perpetraram crimes sexuais (na galeria dos chamados "criminosos sexuais"), pois os homens presos de outras alas poderiam não aceitar as travestis e, por isso, as violentariam (FERREIRA, 2015). Porém, existe outra explicação, "o desejo de aglomeração, em um só espaço, de todos os 'tipos' indesejáveis dentro dos já segregados" (FERREIRA, 2015, p. 2290).

As "instituições penais assumem que os destinatários de sanções devem ser retribuídos com algo que os torne infelizes, algo que faça doer", essa lógica prega que os "punidos devem sofrer" (CHRISTIE, 2017, p. 30). Em nossa sociedade, respostas/soluções "consideradas como a não-reação, perdão e bondade são empurrados para obscuridade". "Pior do que a importância dada ao crime e da culpa individual é a legitimidade dada à dor" (CHRISTIE, 2017, p. 66).

Para Zaffaroni (1991, p. 12-15) "sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso", e a crítica criminológica tem como escopo principal desmistificar a racionalidade das penas, que inflige dor e viola os direitos humanos. Os discursos autoritários que aniquilam os direitos fundamentais de modo algum apagam "a situação crítica que se manifesta em uma progressiva 'perda' das 'penas', isto é, as penas como inflição de dor sem sentido".

O Estado Democrático de Direito é incompatível com o "poder punitivo que sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas", por isso que "deve tratar de limitar e reduzir ou, ao menos, delimitar o fenômeno para que o Estado de direito não desapareça" (ZAFFARONI, 2007, p. 11-12). E nada mais busca o presente estudo senão reduzir as dores (CHRISTIE, 2017) oriundas da adoção irresponsável e desmedida de um sistema penal ilegítimo e discriminatório, fundado em um discurso jurídico-penal falso. Acredita-se que a colocação de LGBT's em espaço inadequado acentua ainda mais a inflição de dor.

Referências bibliográficas

AGUINSKY, B. G.; FERREIRA, G. G.; CIPRIANI, M. *Vidas (hiper)precárias*: Políticas públicas penais e de segurança face às condições e vida de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo. Normas gerais no federalismo brasileiro: explicando e contextualizando o papel da União na repartição de competências legislativas concorrente. In: *Dilemas na Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista; SILVA, Ramon Alves. *Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo*. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 29-37, jan.-jun. 2016.

ARIZA, L. J. *La realidad contra el texto*: uma aproximación al estado de cosas inconstitucional. En Tutela acciones populares y de cumplimiento, 2000.

AVELAR, Rezende Bruno de; BRITO, Walderes; MELLO, Luiz. *A (in)segurança pública que o estado brasileiro oferece à população LGBT*: mapeamento crítico preliminar de políticas públicas. Políticas públicas para população LGBT no Brasil: um mapeamento crítico preliminar. Goiânia, p. 309-355, UFG, Sertão, 2010.

BALL, Matthew. *Criminology and queer theory*: Dangerous bedfellows? (Critical Criminological Perspectives). United Kingdom (UK): Palgrave Macmillan, 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.

BECKER, Howard S. *Segredos e Truques da Pesquisa*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. Contemporânea – *Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 4, n. 1, p. 165-182, jan.-jun. 2014.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kuhner. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. *Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD)*. Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. Disponível em: [www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-conjunta-01-2014-cncd-lgbt-e-cnpcp]. Acesso em: 20.11.2016.

BREGAGLIO, Renata. O sistema global de proteção dos direitos humanos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (Org.). *Proteção Multinível dos Direitos Humanos (Manual)*. dhes – Red de Direitos Humanos e Educação Superior, 2014.

BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. *Queer criminology*: new directions in critical criminology. New York, NY: Routledge, 2016.

BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra*: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARETTI, Paolo. O futuro dos direitos fundamentais: uma visão comparada. In: ROMBOLI, Roberto; ARÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Org.). *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CARVALHO, Salo de. *Criminologia do preconceito*: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Cristina Veloso de. *As garantias constitucionais das pessoas transexuais*. São Paulo: Boreal Editora, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Apontamentos sobre a cultura do sistema penal no momento de sua recodificação. In: *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor*: O papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução de 23 de novembro de 2016*. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf]. Acesso em: 11.04.2017.

EFREM FILHO, Roberto. *Corpos brutalizados*: conflitos e materializações nas mortes de LGBT. Cad. Pagu [online]. 2016, n. 46, p. 311-340. ISSN 0104-8333. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600460311].

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A separação dos poderes e o estado de coisas inconstitucional reconhecido na ADPF nº 347. In: *Dilemas na Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, Revan, 2002.

FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e prisões*: Experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil. Curitiba: Multideia, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Herculine Barbin*: O diário de um hermafrodita. Trad. Irley Franco. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982.

FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. In: *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

FUGIE, Érika Harumi. Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF? *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 813, p. 64-81, jul. 2003.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os Juízes na mundialização*: A nova revolução do Direito. Lisboa: Piaget, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penale de hoy*. Coleccion de estudios nº 10, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

INSTITUTO NACIONAL UNISINOS (IHU). *Violência nas prisões*. Mulheres, travestis, pessoas trans e gays são as maiores vítimas. Entrevista especial com Guilherme Gomes. 2017. Disponível em: [www.ihu.unisinos.br/eventos?id=568746:mulheres-travestis-pessoas-trans-e-gays-encarcerados-enfrentam-mais-violencias-que-os-demais-detentos-entrevista-especial-com-guilherme-gomes]. Acesso em: 05.11.2017.

LAGO, Natália Bouças do. *Mulheres na prisão*: entre famílias, batalhas e a vida normal. 2014. 108f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LEMOS, Diego José Sousa. *Contando as mortes de violência trans-homofóbica*: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-*queer* da violência letal. 2017. 301f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

LOURO, Guacira Lopes. Educação e saúde: aprendizados. In: *I Seminário Queer*: cultura e subversões das identidades. São Paulo: 2015. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=7KLMTn42lzE]. Acesso em: 08.06.2016.

MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. Pesquisa realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de;

LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia*. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 39, p. 403-429, jul./dez. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO (MPPE). *MPPE inspeciona espaços de vivência específicos para a população LGBT nas unidades prisionais*. 2016. Disponível em: [www.mppe.mp.br/mppe/index.php/comunicacao/noticias/ultimas-noticias-noticias/6103-mppe-inspeciona-espacos-de-vivencia-especificos-para-a-populacao-lgbt-nas-unidades-prisionais]. Acesso em: 05.06.2016.

MISKOLCI, Richard. A teoria queer e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, v. 1, n. 29, 2009.

MISKOLCI, Richard. *O desejo da nação*: masculinidade e branquitude no Brasil de fins do XIX. São Paulo: Annablume, 2013.

MOGUL, Joey L.; RITCHIE, Andrea J.; WHITLOCK, Kay. *Queer (in)justice*: the criminalization of LGBT people in the United States. Boston: Beacon Press, 2011.

O'BRIEN, Wendy. International legal norms on the right to sexual orientation and gender identity: Australian reforms contextualised. In: *Queering Criminology*. United Kingdom (UK): Palgrave Macmillan, 2016.

OSPINA, Felipe Arias; VILARREAL, Juliana Galindo. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Proteção Multinível dos Direitos Humanos*. Manual. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014.

PADOVANI, Natália Corazza. *Sobre casos e casamentos*: afetos e "amores" através de penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona". 400 f. Tese (Doutorado em Antropologia social). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2015.

PIRES, Alvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal. *Sociologias*: Revista semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, Porto Alegre, 1, n. 1, Dossiê Conflitualidades, 1999.

YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: [www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf]. 2006.

PRINS, Baukje; MEIJER, Irene Costera. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 155-167, jan. 2002. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11634.pdf]. 20.11.2017.

PSOL. ADPF 347. *Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ*. Disponível em: [http://uerjdireitos.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-prisional-adpf-347/]. Acesso em: 11.03.2017.

RIBEIRO, Juliana Serretti de Castro Colaço. *Fronteiras de guerra*: um estudo etnográfico com as mulheres que fazem a travessia de drogas para presídios masculinos reclusas na penitenciária Júlia Maranhão. 200 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas/Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito d e para todos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero patriarcado violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SALES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flávia, IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos*: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, v. 2, p. 927-944, 2007.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*: de emancipações, libertações e dominações. Trad. Ivone Fernandes Morchillo Lixa; Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme Weingartner. *Constituição e direito penal*: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2016.

SIMÕES, Júlio Assis; FACHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris*: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado*: Ensaios. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo. Marcial Pons, 2013.

VIEIRA, Adriana Dias; CIUFFOLETTI, Sofia. Através do direito: reflexões sobre o encarceramento transgênero. In: *Direitos dos migrantes*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximaxíon desde un margen. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo – *RBCCrim* 126/291-331 (DTR\2016\24555).

Execução provisória da pena no Brasil: as irracionalidades da atual jurisprudência do STF

Provisional implementation of pen in Brazil: the irrationalities of current jurisprudence of STF

Renato Belini

Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil: 2016. Especialista em Direito Processual: Grandes Transformações pela Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil: 2008. Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil: 2005. Promotor de Justiça do Estado do Pará.
renatobelini.rb@gmail.com

Recebido em: 27.03.2018
Aprovado em: 09.05.2018
Última versão do autor: 14.05.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A possibilidade de execução provisória da pena no processo penal brasileiro é um tema bastante tormentoso para o direito, sobretudo em função da incompatibilidade que essa ideia apresenta em relação ao princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Recentemente esse tema voltou a ser discutido, muito em função da alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro ocorrida no ano de 2016 em sede do HC 126.292/SP, das ADC´s 43 e 44 e no ARE 964.246, quando a Corte Constitucional passou a autorizar a execução da pena a partir do trânsito em julgado de decisões proferidas por tribunais de apelação, flexibilizando o princípio da presunção de inocência, tudo com base em uma novíssima técnica de decisão judicial conhecida como ponderação. A novel jurisprudência foi confirmada no ano de 2018, por ocasião do julgamento do HC 152.752. O presente artigo se presta exatamente a analisar o problema da

Abstract: The possibility of provisional execution of the sentence in Brazilian criminal proceedings is a very stormy issue for the law, especially due to the incompatibility that this idea presents with regard to the principle of presumption of innocence, enshrined in art. 5 of the Federal Constitution of 1988. Recently, this issue has been discussed again, due to the alteration of the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court in 2016 in HC 126,292/SP, ADC's 43 and 44 and in the ARE 964,246, when the Constitutional Court began to authorize the execution of the sentence as a result of the final judgment of judgments handed down by appellate courts, making the principle of presumption of innocence more flexible, all based on a brand new technique of judicial decision known as weighting. The novel jurisprudence was confirmed in the year 2018, on the occasion of the judgment of HC 152,752. The present article lends itself to analyzing the problem of

racionalidade formal e material das decisões tomadas nos quatro momentos acima mencionados, tendo como objetivo específico apresentar uma análise crítica dos julgamentos realizados no HC 126.292/SP, das ADC's 43 e 44, no ARE 964.246 e HC 152.752, e como objetivos gerais: exaurir a teoria da ponderação como paradigma de racionalidade jurídica na abordagem do tema da execução provisória da pena; oferecer uma resposta conclusiva para o problema e, portanto, rigorosamente justificada; e subsidiar a formulação de julgamentos por órgãos judiciais e, quem sabe, até contribuir para a formação de uma nova jurisprudência no Supremo Tribunal Federal. A metodologia adotada será teórica e prescritiva, devendo a investigação contemplar uma revisão bibliográfica rigorosa para sustentar a abordagem do objeto apontando-se o modelo teórico ideal para explicar conceitos e servir de solução para o problema, qual seja, a teoria da ponderação concebida pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, considerada como a teoria de decisão mais bem-acabada do direito moderno. Quanto a forma de organização do raciocínio, será adotado o método indutivo pelo qual, a partir da observação de fenômenos particulares (julgados do STF), será estabelecida uma proposição mais geral para, por sua vez, ser aplicada a outros fenômenos.

Palavras-chave: Execução provisória – Presunção de inocência – Racionalidade – Ponderação – Legitimidade.

the formal and material rationality of the decisions taken in the four moments mentioned above, with the specific purpose of presenting a critical analysis of the judgments made in HC 126.292/SP, ADC's 43 and 44, in the ARE 964.246 and HC 152.752, and as general objectives: to exhaust the theory of weighting as a paradigm of legal rationality in approaching the subject of the provisional execution of the sentence; provide a conclusive answer to the problem and therefore rigorously justified; and to subsidize the formulation of judgments by judicial bodies and, perhaps, to contribute to the formation of new jurisprudence in the Federal Supreme Court. The methodology adopted will be theoretical and prescriptive, and the research should contemplate a rigorous bibliographical revision to support the approach of the object, pointing out the ideal theoretical model to explain concepts and serve as a solution to the problem, that is, the theory of weighting conceived by the philosopher German Robert Alexy, regarded as the best-finished decision theory of modern law. As for the organization of the reasoning will be adopted the inductive method by which, from the observation of particular phenomena (judged from the STF) will be established a more general proposition to be applied in turn to other phenomena.

Keywords: Provisional execution – Presumption of innocence – Rationality – Weighting – Legitimacy.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. Premissas da ponderação: a ideia da distinção entre princípios e regras. 3. A estrutura da ponderação. 3.1. A estrutura formal: a lei de colisão. 3.2. A estrutura material: a lei da ponderação, a fórmula peso e a escalação triádica. 3.3. A estrutura discursiva: a argumentação jurídica. 3.3.1. O uso dos precedentes. 3.3.2. O uso de formas de argumentos jurídicos especiais. 3.3.3. A argumentação dogmática. 3.3.4. A argumentação empírica. 4. A racionalidade da ponderação. 5. A legitimidade da ponderação. 6. Conclusões. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Por execução provisória da pena entende-se a possibilidade de um indivíduo condenado pela justiça iniciar o cumprimento da pena que lhe foi aplicada,

mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O tema vem sendo debatido pela doutrina brasileira, emergindo duas grandes correntes de pensamento.

Para uma primeira posição, o problema da execução provisória da pena no processo penal relaciona-se diretamente com o princípio da presunção de inocência, previsto expressamente no art. 5º, LVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, o qual dispõe o seguinte: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Diante de tal previsão constitucional, somente haveria culpa e, portanto, prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que se daria apenas com o fim do processo, após o julgamento de todos os recursos. A clareza do dispositivo não deixaria qualquer margem de dúvida, havendo que se conferir uma interpretação literal e garantista ao enunciado, assumindo a presunção de inocência um caráter absoluto.

Sustenta essa tese, por todos, Luigi Ferrajoli, segundo o qual

> [...] diante de ofensas ou ameaças a outros direitos fundamentais, podem ser limitados os direitos de liberdade, desde a liberdade pessoal até a liberdade de expressão, da liberdade de reunião e de associação aos direitos à reserva da intimidade e à conservação da imagem, do domicílio e da correspondência? A resposta a esta pergunta é dada em boa parte pela ciência penal, e se identifica, como se viu ao longo deste livro, com a individualização dos bens jurídicos que merecem uma tutela penal, bem como os meios sancionatórios e as técnicas processuais a tais fins justificadas: em uma expressão apenas, com os mesmos princípios de direito penal mínimo expressos pelas garantias penais e processuais. Estes mesmos princípios – de justificação externa e, se constitucionalizados, de legitimação interna – assinalam, de resto, *a existência de direitos fundamentais por assim dizer absolutos, porque hierarquicamente supraordenados a todos os outros e não limitados por nenhuma razão*.[1] (Grifo nosso).

Outra corrente doutrinária defende a flexibilização do princípio da presunção de inocência, ao argumento que tal garantia, como quase todos os direitos fundamentais, não é absoluta e admite derrogações em razão de outros princípios estabelecidos pela própria Constituição Federal.

1. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 843.

Com esse pensamento, o escólio de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, em trabalho conjunto, afirmam que

> [...] no ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de inocência não é absoluta, bastando lembrar que um dos requisitos para a provação de liberdade de forma preventiva é o indício suficiente de autoria e a ordem pública (art. 312 do CPP). [...] Interpretar de forma absoluta a garantia da presunção de inocência, para não permitir o início da execução antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, significa aniquilar o escopo das prevenções geral e especial da norma penal incriminadora, particularmente quando se trate dos chamados crimes do colarinho branco e em detrimento da administração pública, cujos acusados têm acesso privilegiado à justiça, como é notório[2].

Na jurisprudência a discussão continua. O Supremo Tribunal Federal brasileiro surpreende pela facilidade com que o entendimento é constantemente revisitado e modificado.

Antes de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidia, a exemplo do que ocorreu no HC 59.757[3], pela incompatibilidade do efeito suspensivo com o recurso extraordinário, sendo que, se o acusado tivesse sido condenado e preso, o recurso excepcional não impediria o início do cumprimento da pena. Mesmo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, no julgamento do HC 67.857[4], o Pretório Excelso não via incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena. Em 1995, em sede do HC 72.366[5], o Supremo julgou a constitucionalidade do art. 594 do Código de Processo Penal brasileiro, estabelecendo que a necessidade de recolher-se à prisão para apelar não feria o princípio da presunção de inocência. Seguiram-se inúmeras decisões nesse sentido.

2. LUIZA, Cristina Fonseca Frischeisen; GARCIA, Mônica Nicida; e GUSMAN, Fábio. *Garantismo Penal Integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Organizadores Bruno Calabrich, Douglas Ficher e Eduardo Pelella. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 516.
3. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1453314]. Acessado em: 26.02.2018.
4. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1493232]. Acessado em: 26.02.2018.
5. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1609252]. Acessado em: 26.02.2018.

Antes que essas decisões se sedimentassem, outras surgiram contrariamente, como no julgamento dos HC´s 85.209[6] e 83.592[7], nos quais a Corte Suprema proibia a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Em 2009, foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal o HC 84.078[8], de relatoria do Ministro Eros Grau, no qual se referendou a ideia da impossibilidade de execução da decisão condenatória quando tramita contra tal decisão recurso aos Tribunais Superiores.

Recentemente, especificamente no dia 17.02.2016, o Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou o *Habeas Corpus* 126.292[9], no qual o paciente, condenado à uma pena de 5 anos e 4 meses de reclusão por um Juiz de Direito do Estado de São Paulo, inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça daquele mesmo Estado que indeferiu seu recurso de apelação e determinou o imediato início do cumprimento da pena imposta, insurgiu-se contra a referida ordem, alegando, em suma, mal ferimento ao princípio da presunção de inocência, na medida em que não havia ainda se configurado o trânsito em julgado da decisão colegiada.

Malgrado a decisão ter causado um alvoroço no País inteiro, emergindo opiniões dos mais diversos setores, de operadores do mundo jurídico, passando pela imprensa, chegando a aguçar a curiosidade até de pessoas leigas, o mais importante é que, tão logo foi publicada, começou a produzir efeitos práticos na vida das pessoas.

Com efeito, alguns dias depois da decisão, o Jornal Nacional já informava com certo júbilo a seguinte notícia:

> A Justiça de São Paulo decretou nesta segunda-feira (22) a prisão do ex-seminarista Gil Grego Rugai. Em 2013, ele foi condenado a 33 anos e 9 meses de prisão pelo assassinato de seu pai, Luiz Carlos Rugai, e sua madrasta Alessandra de Fátima Troitino. Segundo o Tribunal de Justiça (TJ), a decisão do juiz Adilson Paukoski Simoni, da 5ª Vara do Júri da Capital, ocorre

6. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259620]. Acessado em: 26.02.2018.
7. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2172115]. Acessado em: 26.02.2018.
8. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796]. Acessado em: 26.02.2018.
9. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570]. Acessado em: 26.02.2018.

> após o Supremo Tribunal Federal (STF) concluir que um réu condenado na segunda instância da Justiça comece a cumprir pena de prisão, ainda que esteja recorrendo aos tribunais superiores[10].

No mesmo ano de 2016, quando do julgamento de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44[11], o Supremo Tribunal Federal enfrentou pela segunda vez o problema, ocasião em que confirmou-se a possibilidade de execução provisória da pena.

Em novembro do ano de 2016, em uma terceira oportunidade, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 964.246[12]. O julgamento do mencionado Recurso Extraordinário chamou atenção porque dotado de efeito vinculante e repercussão geral, firmando de vez a jurisprudência que autoriza a execução provisória da pena no processo penal brasileiro, flexibilizando o conteúdo da presunção de inocência, até então, uma garantia interpretada literalmente e dotada de valor absoluto, considerada incompatível com a possibilidade de execução provisória da pena.

As três decisões paradigmáticas mencionadas acima logo fizeram sentir seus efeitos, ao ponto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no dia 15 de dezembro de 2016, publicar a Súmula 122 com o seguinte teor: "Encerrada a jurisdição criminal de Segundo Grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário". Note-se que o verbete em questão extrapolou os limites da recém alterada jurisprudência do STF pois, para além de autorizar o início da execução imposta ao réu, estabeleceu mesmo como um dever do órgão judicial a observância do referido procedimento.

O tema voltou ao plenário do STF no mês de abril de 2018, levado por meio um *habeas corpus* preventivo impetrado pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (HC 152.752), que pretendia evitar exatamente a aplicação daquele verbete sumular do TRF da 4ª Região, o qual, aliás, por meio de sua 8ª Turma, no dia 24 de janeiro do mesmo ano, manteve a condenação proferida por um juiz de primeira instância, *ampliou a pena* do ex-presidente de 9 anos e 6 meses para 12 anos e 1 mês e autorizou a sua prisão após esgotados todos os recursos

10. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/condenado-pela-morte-do-pai-gil-rugai-tem-prisao-decretada-em-sp.html]. Acessado em: 07.09.2016.
11. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065]. Acessado em: 26.02.2018.
12. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379]. Acessado em: 26.02.2018.

na Segunda Instância. No dia 5 de abril, o *Supremo Tribunal Federal rejeitou* por 6 votos a 5 o *habeas corpus* preventivo pedido pela defesa, reafirmando a jurisprudência que autoriza a execução provisória da pena. No mesmo dia, o TRF-4 encaminhou à Justiça Federal do Paraná o ofício com a autorização para a execução da pena do ex-presidente. O juiz Sérgio Moro *decretou a prisão* do petista 19 minutos após a emissão do Oficio pelo TRF-4[13].

O presente artigo se propõe a analisar criticamente as decisões tomadas nos quatro julgamentos paradigma ocorridos ao longo do ano de 2016 (HC 126.292, ADC's 43 e ADC 44, e ARE 964.246) e 2018 (HC 152.752), sobretudo porque, de um lado afetaram clássicos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente como liberdade, igualdade, presunção de inocência, celeridade e duração razoável do processo, só para citar alguns, e, por outro lado, foram recebidos com certo açodamento por parte dos demais órgãos jurisdicionais espalhados pelo País, e tudo a partir da utilização de uma moderna técnica de decisão importada do direito alemão denominada *ponderação*, a qual ainda não está suficientemente sedimentada no direito brasileiro.

Em sentido amplo, pode-se dizer que a *ponderação,* assim como a *subsunção,* é uma técnica de aplicação do direito, porém, enquanto essa última está relativamente bem investigada, com relação a ponderação não se pode dizer o mesmo, restando muitas questões abertas, entre as quais, três se notabilizam: a estrutura, a racionalidade e a legitimidade. Pretende-se, então, investigar se a ponderação levada a cabo nos julgamentos do HC 126.292, ADC's 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752, possui uma estrutura racional apta a oferecer legitimidade à decisão.

A pesquisa é teórica e prescritiva, devendo a investigação contemplar uma revisão bibliográfica rigorosa para sustentar a abordagem do objeto apontando-se o modelo teórico ideal para explicar conceitos e servir de solução para o problema. Observe-se que a *bibliografia* aqui tratada compreende variadas fontes materiais como livros, ensaios, compilações, artigos em revistas especializadas, jurisprudências encontradas em meios eletrônicos de repositórios oficiais, qual seja, *internet*.

Quanto à forma de organização do raciocínio, será adotado o método indutivo pelo qual, a partir da observação de fenômenos particulares (julgados do STF) será estabelecida uma proposição mais geral para, por sua vez, ser aplicada a outros fenômenos.

13. Cf. matéria completa no Jornal "Estadão", disponível em: [http://politica.estadao.com.br/ao-vivo/julgamento_lula].

2. Premissas da ponderação: a ideia da distinção entre princípios e regras

Ao tratar sobre o tema da execução provisória da pena no processo penal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, pelo menos pela maioria de seus Ministros, remeteu essa discussão à análise da instável convivência entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da eficiência do processo penal brasileiro, ambos valores de grande significação em qualquer ordenamento jurídico.

Essa controvérsia é a grande pedra de toque de praticamente todos os julgamentos acima mencionados, se fazendo presente do início ao fim dos Acórdãos respectivos, aparecendo em vários votos dos Ministros que atuaram nessas importantes decisões, aliás, foi assim que o Ministro Relator Teori Zavascki abriu seu voto no HC 126.292:

> [...] o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre o (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado (b) à busca de um necessário equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin registra, em seu voto no mesmo HC 126.292, o entendimento de que o princípio da presunção de inocência deve ser considerado em conexão a outros princípios e regras constitucionais, como a duração razoável do processo (art. 5º, LVII, da CF) e o duplo grau de jurisdição (arts. 102 e 105 da CF), deixando entrever que existe uma permanente disputa entre estes e aquele, sendo necessário buscar a harmonia de todos, transcrevo:

> [...] considero que não se pode dar a esta regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração em igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instancias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade [...]. Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.

Não se mostrou diferente o entendimento do Ministro Luíz Roberto Barroso que, na discussão sobre a execução provisória da pena, manifesta expressamente

existir dois grupos de normas constitucionais colidentes, sendo, de um lado o princípio da presunção de inocência e de outro o interesse constitucional na efetividade da lei penal. Ainda no HC 126.292, transcrevo suas próprias palavras:

> [...] na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVIII, da Constituição que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. [...] de outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.

Como última ilustração, pode-se apontar o voto no Ministro Alexandre de Moraes no HC 152.752, o qual assevera que

> [...] ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de Segundo Grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juiz natural de mérito do Poder Judiciário, seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional.[14]

Ao proceder dessa maneira, a Suprema Corte demonstra claramente ter adotado uma doutrina jurídica específica que sustenta a existência de uma dicotomia que divide as normas jurídicas entre regras e princípios.

É o jurista alemão Robert Alexy o expoente mais notório desta teoria a qual baseia-se exatamente na distinção entre regras e princípios, aduzindo que estes – os princípios – são *mandados de otimização* enquanto que as regras têm natureza de *mandados de definição*[15].

Segundo o autor

> [...] princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não

14. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinAM.pdf]. Acessado em: 13.05.2018.

15. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 131.

> contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas[16].

Em outras palavras, como *mandados de otimização,* princípios são caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em graus diferentes e, além disso, a medida ordenada de seu cumprimento depende de possibilidades fáticas e jurídicas.

As regras, por sua vez, ou são satisfeitas ou não são, na medida do tudo ou nada. As regras ordenam algo definitivamente[17]. Nos casos em que determinada demanda judicial puder ser resolvida por uma regra, aplica-se a técnica da subsunção, bastando ao intérprete, com base nos métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) realizar a adequação do fato à norma.

Essa divisão provoca necessariamente uma diferença em relação à solução de colisões entre princípios e a solução de antinomias legais. O eventual conflito entre regras pode ser resolvido de duas maneiras: a) ou se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito; b) ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, caso em que esse problema (antinomia) deverá ser resolvido por meio de regras como *lex postriori derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generali*[18]. Por outro lado, a colisão entre princípios deve ser solucionada por meio da *ponderação* que, por sua complexidade, será analisada detidamente mais adiante.

Pois bem, a partir das ideias citadas, têm-se que os votos dos eminentes Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio Melo, Ricardo Levandowski, Dias Toffoli e Celso de Melo, nas oportunidades que puderam emitir suas decisões no HC 126.292, ADC's 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752, podem até não ser

16. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. p. 104.
17. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 132.
18. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. p. 104 e 93.

imunes a críticas, porém, sob o ponto de vista da racionalidade, não há o que se questionar.

O parâmetro de racionalidade aqui utilizado é aquele extraído da escola de Henrique Cláudio de Lima Vaz, segundo o qual a racionalidade pode ser entendida em sentido formal, aferida pelo cumprimento de regras da lógica do discurso que são argumentativamente desenvolvidas com vistas à correção, ou em sentido material, por meio da análise crítica do *ethos,* adentrando-se no conteúdo das normas direcionadoras do agir social[19].

Nos votos em questão, restou evidente que foi realizada uma operação de subsunção dos fatos – riscos à liberdade de locomoção em razão de acórdãos confirmatórios das sentenças de condenação em Primeiro Grau – à norma de regência da matéria, no caso, o princípio da presunção de inocência, sendo que o resultado dessa operação traduziu-se em decisões que desautorizaram a execução provisória da pena. Essas são decisões inegavelmente racionais do ponto de vista formal. Em alguns votos, quando se vislumbrou a existência de eventual conflito entre a presunção de inocência e outro princípio ou regra, foi respeitado o *ethos* de garantia insuperável da presunção de inocência e, via interpretações literais e teleológicas, qualquer regra constitucional inserida no domínio maior da efetividade do sistema penal levantada contra a presunção de inocência, logo foi declarada como inválida, proibindo-se qualquer pretensão de execução provisória da pena. Não se pode negar a racionalidade material nesse proceder.

O problema se manifesta quando passamos a analisar os votos dos eminentes Ministros Teori Zavascky, Edson Fachin, Carmen Lúcia, Luis Roberto Barroso, Luis Fux, Gilmar Mendes (pelo menos em 2016) e Alexandre de Moraes (em 2018). A questão central nesses votos é a percepção de que o Supremo Tribunal Federal seguiu exatamente o modelo de teoria que considera princípios como normas de mesma categoria que as regras, podendo haver entre eles colisão, e não conflito, aliás, doutrina que possui muitos adeptos no direito brasileiro, entre os quais o importante autor Luiz Roberto Barroso que, em obra doutrinária, agrega uma ideia própria, segundo a qual não apenas os princípios colidem, sendo perfeitamente possível a *colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais* voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo. O autor até aponta exemplos extraídos da própria jurisprudência do STF como no caso de uma demarcação de terras indígenas que, por

19. Cf. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. Ética *e Direito*. São Paulo: Ed. Loyola e Landy, 2002.

sua extensão, possa colocar em risco a perspectiva de desenvolvimento econômico de uma Federação. Outro ambiente bastante típico dessa modalidade de colisão, acrescenta o jurista, é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio da segurança pública[20].

Sem ingressar na análise da diferença ontológica entre as categorias dos "princípios", "direitos fundamentais" e "garantias", na medida em que isso demandaria um estudo aprofundado, pontue-se, por ora que, para os fins do presente artigo, é suficiente compreendê-las em um sentido mais amplo como valores constitucionais e, assumindo-as como tais, é lícito concluir que o Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos do HC 126.292, ADC's 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752, acabou vislumbrando uma colisão desse tipo.

O certo é que, na esteira dos votos mencionados, de um lado foram colocados os valores da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e da necessidade de proteção da vida, segurança e propriedade (CF, art. 5º, "caput"), entendidos como interesse constitucional fundamental de operacionalidade do direito penal, inseridos no domínio maior da segurança pública (CF, art. 144), compondo o princípio da eficiência da função jurisdicional penal. Por outro lado, temos a situação dos prejudicados nas ações e recursos em testilha que, sem nenhuma dúvida, invocaram o princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) como norma de proteção contra a pretensão estatal de execução provisória de suas penas, uma vez que, segundo alegam, suas culpabilidades ainda não restariam assentadas enquanto houvesse possibilidade de recurso.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio (execução provisória da pena) e, de acordo com outro, permitido (eficiência do sistema processual penal), um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, conforme Alexy,

> [...] que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos

20. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. 2010. São Paulo: Ed. Saraiva. p. 332.

> concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.[21]

Seria por meio da técnica da ponderação que se resolveria a colisão entre princípios e valores constitucionais fundamentais. Alexy identifica a ponderação como uma técnica de decisão em casos difíceis e de aplicação exclusiva aos princípios, afirmando que se trata de dois lados do mesmo objeto, sendo um de caráter metodológico e outro de caráter técnico normativo, traduzindo um aspecto do princípio da proporcionalidade[22]. Nesse ponto já se pode colher as primeiras irracionalidades nas decisões que culminaram na jurisprudência que ora se analisa.

É que, em geral, apesar de terem identificado colisões entre princípios, os eminentes Ministros Teori Zavascky, Edson Fachin, Carmen Lúcia, Luis Fux, Gilmar Mendes (pelo menos em 2016) e Alexandre de Moraes (em 2018), não adotaram a técnica correspondente para a solução, no caso, a ponderação, a qual, segundo o modelo que se adota no presente artigo, seria a única adequada para resolver as referidas colisões, acabando por proferir decisões tão atécnicas que chegaram ao ponto de irracionais.

O Ministro Teori Zavaski, em seus votos tanto no HC 126.292 quanto na ARE 964.246, apesar de deixar claro estar-se diante de uma colisão entre os princípios da presunção de inocência e da efetividade, não resolveu essa colisão a partir da teoria da ponderação, mas sim introduziu em um dos princípios (presunção de inocência) uma cláusula de exceção que eliminou o conflito, chegando a formular o enunciado:

> [...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial e extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. (Grifo original).

Ocorre que esse é um recurso vocacionado à solução de conflitos entre regras, conforme lição de Robert Alexy acima reproduzida, sendo irracional a sua utilização para solucionar colisão entre princípios. Trata-se de uma irracionalidade formal.

21. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. p. 93-94.

22. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 155.

No voto do Ministro Alexandre de Moraes, consignado no HC 152.752, verifica-se a mesmíssima irracionalidade formal, na medida em que, apesar de ter confessado a existência de uma colisão entre a presunção de inocência e o princípio da efetividade, resolveu o problema por meio da interpretação sistemática, formulando, da mesma maneira que o Ministro mencionado anteriormente, um enunciado próprio que nada mais fez do que inserir exceções ao princípio da presunção de inocência como forma de eliminar o conflito, nos seus termos:

> [...] as exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da *presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência do juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º Grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva (grifo original).

A mesma característica se extrai dos votos do Ministro Edson Fachin, tanto no HC 126.292 quanto no HC 152.752, posto que, apesar de vislumbrar potencial colisão entre os princípios da presunção de inocência e da efetividade, não resolveu o problema a partir da ponderação, mas sim optou por realizar uma interpretação sistemática, típica da solução de conflitos entre regras, eis a irracionalidade formal. Nesse caso, não chegou a formular um enunciado incluindo uma cláusula de exceção na presunção de inocência, de maneira que, de acordo com a doutrina alexyana, simplesmente invalidou o referido princípio.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto no HC 152.752, também enxergou uma necessidade de harmonização entre o princípio da presunção de inocência e outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente, admitindo a possibilidade de aplicar a ponderação quando duas ou mais normas forem incompatíveis, atribuindo-se pesos relativos às normas em conflito, à luz da principiologia constitucional. O curioso é que, apesar de ter anunciado esse caminho no início de seu voto, no final, acabou por entender que a presunção de inocência possui natureza de regra e não de princípio, mas não enxergou nenhum conflito com eventual outra "regra" que dissesse respeito à efetividade do sistema penal, apenas limitando-se a dar uma interpretação teleológica e sistemática à regra da presunção de inocência,

procurando compatibilizá-la com a execução provisória da pena. Aqui reside uma flagrante irracionalidade material, posto que, data vênia, o Ministro da Suprema Corte brasileira nem conseguiu enxergar o conflito/colisão entre ideias diametralmente opostas, quais sejam, a presunção de inocência e a execução provisória da pena.

Em relação ao voto do Ministro Luis Roberto Barroso, por ser o único que assumidamente aplicou a técnica da ponderação, vejamos de maneira um tanto mais apurada como foram tomadas as decisões no HC 126.292, ADC's 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752, procurando mesmo descortinar as ponderações nelas existentes, para, ao depois, revelar os problemas inerentes ao modo como esta técnica foi utilizada.

3. A estrutura da ponderação

Em que pese alguns doutrinadores afirmarem ter sido a ponderação inventada originalmente no início do século XX por Philipe Heck em sua jurisprudência dos Interesses[23], é consenso que seu sistematizador e mais notório expoente é o alemão Robert Alexy.

O autor desenvolve uma teoria que busca conferir racionalidade às decisões do Tribunal Constitucional alemão, o qual não dispunha de um método científico capaz de orientar a interpretação do texto constitucional que, assim como o texto brasileiro, incorpora enunciados com uma vagueza semântica maior que a das meras regras jurídicas, a exemplo dos direitos fundamentais.

Como já antecipado, nos casos em que determinada demanda judicial puder ser resolvida pela mera previsão de uma regra, os chamados "casos fáceis", aplicar-se-á a técnica da subsunção, pela qual bastará ao intérprete, com base nos métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) realizar a adequação típica do fato à norma. Para os chamados casos difíceis, no entanto, geralmente resolvidos por meio de normas com natureza de princípios entendidos como mandamentos de otimização, diante de eventual colisão, deve o intérprete proceder uma *ponderação*.

A ponderação em Alexy, é uma forma de materializar o princípio da proporcionalidade nas decisões judiciais mais complexas. Para o autor, a proporcionalidade se compõe de três princípios parciais: a) a idoneidade; b) a necessidade;

23. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC?* É o Caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta]. Acessado em: 10.07.2017.

e c) a proporcionalidade em sentido estrito. Os princípios parciais da necessidade e da idoneidade cuidam das possibilidades fáticas. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito se refere às possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão. O campo da ponderação é o do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito[24].

Alexy concebe a ponderação como uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. Trata-se de um processo em três etapas: na primeira etapa cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais colisões entre elas; na segunda, examinam-se os fatos, as circunstâncias do caso e sua interação com os elementos normativos; a terceira etapa é uma fase em que a norma (ou normas) e a repercussão dos fatos no caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, para daí extrair a norma precedente.

Em uma primeira análise, pode-se concluir que estas três partes da ponderação ora tratadas como etapas, traduzem três estruturas fundamentais que não podem ser seccionadas, as quais passaremos a identificar como estrutura formal, material e discursiva e que correspondem, na doutrina alexyana, à *lei de colisão;* à *fórmula peso;* e à *argumentação jurídica.*

3.1. A estrutura formal: a lei de colisão

Para resolver a colisão entre princípios sem que seja necessário declarar um deles inválido, é preciso determinar, em certas condições, qual deles deve ceder e qual deve prevalecer, o que depende do estabelecimento de *relações de precedência.*

A fim de extrair a norma precedente, é preciso analisar as condições entre as relações de preferências e, para tanto, o autor formula a chamada "lei de colisão" nos seguintes termos:

> [...] se o princípio P1 tem precedência sobre o princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R[25].

24. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 110-111.

25. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. p. 99.

Entendemos que a lei de colisão traduz apenas uma parte da ponderação, precisamente seria sua *estrutura formal*.

No julgamento dos casos em comento, o Supremo Tribunal Federal, na linha dos votos do eminente Ministro Luis Roberto Barroso, em uma primeira etapa, identificou as normas colidentes da seguinte maneira: de um lado, a situação dos pacientes dos HC's 126.292 e 152.752 e recorrente do ARE 964.246, os quais invocaram o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) como norma de proteção contra a pretensão estatal de execução provisória da pena. Por outro lado, o princípio da eficiência da função jurisdicional penal, extraído da conjunção dos princípios da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e da necessidade de proteção da vida, segurança e propriedade (CF, art. 5º, "caput") os quais possuem natureza de interesse constitucional fundamental de operacionalidade do direito penal, inserida no domínio maior da segurança pública (CF, art. 144).

O primeiro princípio (presunção de inocência) será simbolizado por *P1*, e o segundo (eficiência) por *P2*. Isoladamente considerados, *P1* levaria à proibição, e *P2* à permissão da execução provisória da pena. Essa colisão não é solucionada por meio da invalidação de uma das duas normas, mas por meio de *sopesamento*, no qual nenhum dos princípios pode pretender uma precedência geral. Ao contrário, é necessário decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais.

Depois da constatação de uma colisão entre princípios cujos valores abstratos estariam no mesmo nível, o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos referenciados, em um segundo passo, sustentou uma precedência geral do princípio da eficiência (*P2*) no caso da execução provisória da pena quando existente um acórdão condenatório proferido por órgão de 2º Grau de jurisdição (*C*), estabelecendo a seguinte equação: (*P2 P P1*) *C*.

Leia-se: o princípio *P2 (eficiência)* precede *P1 (presunção de inocência)*, na condição *C* (acórdão condenatório proferido por órgão de 2º Grau de Jurisdição). O que isso significa é que sob a condição *C* está ordenada definitivamente a consequência jurídica exigida por *P2*. Nas decisões em análise, a precedência do princípio da eficiência *P2* implicou o resultado *R* que permitiu a execução provisória da pena.

É lícito concluir que o Supremo Tribunal Federal, capitaneado pelo voto do Ministro Luis Roberto Barroso, o qual, apesar de não ter relatado nenhum dos casos mencionados (HC 126.292, ADC's 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752), foi o que mais transpareceu estar utilizando a técnica da ponderação, acabou observando (não assumidamente) a doutrina alexyana da ponderação no que concerne a sua estrutura formal.

O grande problema reside na *parte material* da ponderação, relativa às *razões* que levaram os Ministros a estabelecerem a condição *C* (acórdão condenatório proferido por órgão de 2º Grau de Jurisdição) como fator peso determinante para levar a precedência do princípio da eficiência *P2*.

3.2. A estrutura material: a lei da ponderação, a fórmula peso e a escalação triádica

Todo o esforço da doutrina da ponderação é exatamente no sentido de estabelecer um método racional que oriente o julgador no ato de definir os pesos a serem dados aos princípios colidentes. Nesse desiderato, Alexy concebe uma regra que denomina "lei da ponderação", pela qual: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro[26].

Com isso, fica colocada a necessidade de atribuição de graus de intensidade em *P1 (presunção de inocência)* e de importância em *P2* (eficiência), graus esses que são definidos por meio de escalas. Os graus são relacionados uns aos outros por intermédio de uma fórmula par fins de controle e generalização, a "fórmula peso". A partir de Alexy, considerando a colisão ora analisada, a forma mais simples da fórmula peso tem a seguinte estrutura:

$$W\ 1, 2 = \frac{I1}{I2}$$

"I1" representa a intensidade de intervenção no princípio P1, em nosso caso, o princípio da presunção de inocência. "I2" representa a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário P2, aqui, o princípio da eficiência. "W 1, 2" representa o peso concreto de P1 (presunção de inocência).

A questão que se coloca é se existem critérios para a definição do grau de intervenção em um direito fundamental e do grau da importância dos fundamentos da intervenção para o outro direito fundamental. A fim de que decisões racionais sobre intensidade de intervenção e graus de importância sejam possíveis, Alexy propõe a criação de uma escala com os graus *leve, médio e grave* para a intensidade da intervenção em um direito fundamental e com os graus *leve, médio e grave* para a importância dos fundamentos ou das razões para o outro direito fundamental[27].

---

26. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 111.

27. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 137.

O uso das escalas faz nascer a exigência de que a atribuição de graus seja justificada por intermédio de *razões*. Eis a união entre ponderação e argumentação. O decisivo para a ponderação é que ela se justifique em uma argumentação racional.

3.3. A estrutura discursiva: a argumentação jurídica

Não se trata apenas de declinar razões, é preciso qualifica-las por meio de uma espécie de processo de objetificação. O estudo das razões de uma decisão em Alexy recebe profunda preocupação a ponto do autor conceber uma substanciosa teoria com o objetivo explícito de controlar a subjetividade do emissor do argumento: a *Teoria da Argumentação Jurídica*.

A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy com o título "A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica", foi apresentada em 1976, como tese de doutorado, na Faculdade de Direito da Georg-August-Universitat de Gottingen, sob orientação do Professor Ralf Dreier. O autor se apropriou das *teorias do discurso prático* do século XX realizadas pela (1) Ética *Analítica* do naturalismo, do intuicionismo e do emotivismo de Stevenson[28]; (2) *Regras do discurso* formuladas por Wittgenstain, Austin, Hare, Toulmin e Baier[29]; (3) *Teoria Consensual da Verdade* de Habermas[30]; (4) *Teoria da Deliberação Prática* da Escola de Erlangen[31]; e (5) *Teoria da Argumentação* de Perelman[32].

Mediante análise crítica de todas estas escolas do discurso prático, após apontar as deficiências de cada uma, Alexy destaca seus pontos positivos (notadamente a teoria habermasiana) e os reúne para formular a *Teoria do Discurso Prático Racional Geral*. Baseado na teoria do discurso prático racional geral, Alexy desenvolve finalmente a *Teoria da Argumentação Jurídica,* demonstrando a necessária *integração* entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral.

28. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 57.
29. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 70, 80, 99 e 111.
30. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 118.
31. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 150.
32. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 163.

Em resumo, Robert Alexy leciona que, em face da especificidade do discurso jurídico, além das regras práticas gerais, faz-se necessária a formulação de outras que lhe são próprias. São elas as formas e regras de *justificação interna e de justificação externa* do discurso jurídico. As regras de justificação interna verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na fundamentação, valendo-se do *princípio da universalidade* que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral, exigindo que se desenvolva o máximo de etapas possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem expressões cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior *consenso fundado*. Na *justificação externa,* é averiguada a correção das próprias premissas, mediante as seis categorias de regras que o próprio autor concebeu: 1) regras da argumentação prática geral; 2) regras da argumentação empírica; 3) regras da interpretação; 4) regras da argumentação dogmática; 5) regra do uso dos precedentes; 6) regra das formas especiais de argumentos jurídicos[33].

Em cada uma dessas categorias de regras existem sub regras ou formas pré-definidas a serem seguidas por ocasião de uma argumentação jurídica, perfazendo um total de aproximadamente 52 (cinquenta e duas) regras[34]. Como se disse, essa teoria da argumentação jurídica coaduna-se com a necessidade de *justificação* do discurso jurídico, criando uma espécie de conjunto de protocolos a serem seguidos pelo intérprete, principalmente o julgador no ato decisório, tudo na tentativa de controlar a intersubjetividade do mesmo e, assim, conferir racionalidade ao discurso.

As decisões nos julgamentos do HC 126.292, ADC's 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752 pressupuseram que o grau de intensidade da intervenção em *P1 (presunção de inocência)* estaria justificado pelo grau de importância da realização de *P2 (eficiência)*. As razões dadas, em síntese, foram as seguintes: a) existência de precedentes do próprio STF; b) o STF não é instância recursal ordinária, porquanto não se presta ao debate da matéria fático-probatória, de maneira que com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa; c) direito comparado; d) manejo de recursos com caráter protelatório; e) diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo, tornando-o mais republicano e

33. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 217-218.

34. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 283-288. Confira a tabela de regras e formas elaboradas no apêndice da obra.

igualitário; f) quebra do paradigma da impunidade; g) baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários comprovado estatisticamente (inferior a 1,5%, e inferior a 0,1% se considerar-se apenas as decisões absolutórias).

A ideia, então, é passar os argumentos acima mencionados pelo crivo da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a fim de verificar se, do ponto de vista dessa metodologia, revelam a objetividade necessária para serem qualificados como racionais.

3.3.1. O uso dos precedentes

Robert Alexy formula, como regras gerais dos usos dos precedentes, as seguintes; a) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo; b) quem quiser se afastar de um precedente, assume a *carga da argumentação;* c) do ponto de vista da teoria do discurso, a utilização do precedente é racional desde que obedeça aos *princípios da universalidade* e *inércia*[35].

Pelo princípio da universalidade, que é próprio a toda e qualquer concepção de justiça, é preciso tratar de igual maneira ao igual, sendo possível, mesmo diante de um caso igual a outro anteriormente decidido em todas as suas circunstâncias relevantes, que se decida de outra maneira, desde que *a valoração destas circunstâncias tenha mudado*. Nesse caso, pelo princípio da inércia, cabe a quem queira se afastar do precedente *toda a carga da argumentação*, de maneira que uma decisão só pode ser mudada se forem apresentadas razões suficientes para isso. A condição é que a argumentação seja *justificável*.

Pois bem, apesar de terem sido citados nos julgamentos dos HC's 126.292, 152.752 e ARE 964.246, alguns julgados antigos do próprio STF admitindo a execução provisória da pena, é certo que a jurisprudência consolidada até então era exatamente no sentido contrário, a exemplo do julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 05.02.2009, oportunidade em que se assentou não ter o princípio da presunção de inocência compatibilidade com a execução da sentença antes do trânsito em julgado.

Assim, os Ministros que se afastaram do precedente existente, teriam de assumir toda a carga da argumentação e apresentar razões justificáveis como condição para a mudança. Notabilizou-se, nesse desiderato, o Ministro Luis Roberto Barroso, autor do voto mais extenso nos HC's 126.292 e 152.752, devendo-se reconhecer que apresentou vários argumentos para a necessidade

35. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 267.

da mudança, porém, malgrado o grande esforço, é inevitável concluir que as razões apresentadas não são justificáveis, senão vejamos.

O Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto nas ações constitucionais acima mencionadas, classifica como pragmático[36] o argumento da *quebra do paradigma da impunidade*, sustentando que a possibilidade de uma pessoa já condenada aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade no sistema de justiça criminal, sendo que a execução provisória da pena evitaria o *retardamento da punição penal por anos e mesmo décadas*, restaurando-se o sentimento social de eficácia da lei penal.

Acontece que é fato notório ser o tempo da demora da prestação jurisdicional um problema causado pelo próprio sistema de justiça, aliás, que se potencializa quando se trata de processos em curso nas Cortes Superiores, de maneira que esta não seria uma razão justificável para se modificar totalmente uma jurisprudência de extrema importância como a que conferia a interpretação mais ampla ao princípio da presunção de inocência. Se a justiça como um todo e, em especial o Supremo Tribunal Federal, não consegue criar mecanismos para assegurar a eficiência da prestação jurisdicional, essa circunstância não autoriza a modificação da valoração do princípio da presunção de inocência, tratando-se de uma razão *não-suficiente*.

Outro argumento de cunho "pragmático" do citado Ministro foi a necessidade de combater o *manejo de recursos com caráter protelatório*. Em relação a esse argumento sopese-se que nem todos os recursos têm caráter protelatório. Se algumas defesas técnicas, eventualmente, utilizam maliciosamente os instrumentos colocados à disposição no sistema processual, isso é um caso para se discutir punições administrativas junto a seus órgãos de classe, ou mesmo para analisar reformulações legislativas voltadas a impedir este tipo de expediente. Em todo o caso, não parece ser uma razão suficiente para a modificação da jurisprudência que não admitia a execução provisória da pena.

36. Segundo Geraldo Prado, "há profunda diferença entre pragmatismo e a simples *versão* de determinada questão. Toda versão corresponde a uma visão parcial/tendenciosa da questão. Quase sempre são problemáticas as soluções adotadas com base em apenas uma perspectiva. A dogmática processual penal busca corrigir isso. Assim, condenar a teoria ao exílio termina por, valendo-me das palavras de importante sociólogo português, representar grave "desperdício da experiência" (Cf. PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 277, dez. 2015.

3.3.2. O uso de formas de argumentos jurídicos especiais

Outro argumento apresentado a favor da possibilidade da execução provisória da pena foi o *Direito comparado*. O Ministro Relator do ARE 964.246 (Teori Zavaski) e também o Ministro Gilmar Mendes utilizaram bastante o argumento de que na maioria dos países do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação não fica suspensa aguardando referendo de Cortes Supremas. Citou-se vários países, como Inglaterra, Estados Unidos e outros.

Em última análise, esse argumento corresponde a uma *analogia*, devendo seguir as regras do discurso aplicadas ao *uso de formas de argumentos jurídicos especiais*, conforme denominação de Alexy. Por formas de argumentos jurídicos especiais entende-se as formas de argumentos que se usam especialmente na metodologia jurídica, como a analogia, o *argumentum a contrario,* o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Segundo o autor, todas as formas de argumentos jurídicos especiais podem-se expressar como formas de inferência logicamente válidas.

No caso da analogia, como geralmente não é uma norma que se possa inferir de uma lei, pois o caso é justamente da ausência de lei, é necessária a observância da seguinte regra: *os fatos hipotéticos semelhantes do ponto de vista jurídico devem ter as mesmas consequências jurídicas*[37].

Seguindo essa regra do discurso prático, temos como fatos hipotéticos semelhantes entre o Brasil e os outros países a necessidade de observância do princípio da presunção da inocência, o problema é que as consequências dessa observância não são as mesmas quando se verifica as normas que regem a matéria em nosso País e no além-mar.

Aliás, como muito bem lembrado pelo Ministro Celso de Melo, em seu voto nos HC's 126.292 e 152.752, as próprias Constituições daqueles países não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Noutras palavras, não existe, em outros Estados democráticos, uma cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência tal como se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII, prevê: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Se outros países escolheram em suas Constituições antecipar o trânsito em julgado de uma sentença condenatória para o momento das decisões de

37. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 271.

cortes de Apelação, ou até mesmo para decisões de Juízes em 1º Grau de Jurisdição, *essa consequência* não se verifica no Brasil, onde o momento do trânsito em julgado é o de não existir mais qualquer possibilidade de recurso, inclusive os extraordinários.

Com efeito, percebe-se que o texto constitucional brasileiro é mais amplo até do que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92), art. 8º, 2, na medida em que a Constituição Federal de 1988 estende referida presunção *até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* ao passo que o Tratado Internacional mencionado o faz tão somente *até a comprovação da culpa.* Trata-se de uma clara opção do legislador constituinte nacional.

Não se pode fazer uma comparação entre uma norma de direito nacional e normas alienígenas que tratam o mesmo objeto de maneira distinta, não sem que pareça um argumento irracional.

3.3.3. A argumentação dogmática

Segundo Robert Alexy, o papel que os argumentos dogmáticos desempenham no discurso jurídico seguem, basicamente, duas regras:

> 1) todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral; 2) todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática[38].

Essas duas regras estão reunidas em um protocolo formulado da seguinte maneira:

> [...] um enunciado dogmático (S) enquadra-se sem contradição na classe dos enunciados dogmáticos já aceitos e das normas jurídicas válidas (K) se nem S nem um enunciado dedutível de S estiver em contradição com enunciados já aceitos e normas jurídicas válidas, isto é, se não estiver em contradição com o enunciado de K[39].

A comprovação sistemática, então, consiste em verificar se o enunciado em questão se ajusta sem contradições à *série dos enunciados dogmáticos já aceitos,* assim como às *normas jurídicas vigentes*

38. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 257.

39. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 255.

Vejamos como foi apresentado o argumento da *preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa porque o STF não é instância recursal*. Afirmou-se por mais de uma vez nos HC's 126.292 e 152.752 que os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático probatória e, assim, com o julgamento implementado pelo Tribunal de Apelação, ocorreria espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, o que autorizaria a antecipada execução da pena, sendo que, nesse ponto do processo, se verificaria uma verdadeira inversão do princípio da presunção de inocência até então observado. A este respeito, o Ministro Teori Zavaski, no ARE 964.246, sentenciou que o princípio da presunção da inocência é uma garantia de sentido processualmente *dinâmico* .

Trata-se de um argumento dogmático, porque preclusão é um instituto instrumental-conceitual do direito. Uma vez posto em dúvida, o que ocorreu nas discussões em sede dos HC's 126.292 e 152.752 e também na ARE 964.246, deveria ter sido empregado um argumento prático do tipo geral, qual seja, a *assunção da carga da argumentação*, porém, apesar do empenho sobretudo do Ministro Luis Roberto Barroso, o Supremo não se desincumbiu dessa tarefa.

É que existe um protocolo sobre a carga da argumentação chamado de "princípio de generalização" pelo qual *quem afirma que todo X tem a propriedade F, tem a obrigação de mostrar que, em relação a cada A, que A é F*[40].

É dizer: se os recursos de natureza extraordinária (X) têm a propriedade de não configurarem desdobramentos do duplo grau de jurisdição porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático probatória (F), o Ministro deveria demonstrar que em todos os outros casos (A) se manifestaria a mesma propriedade e isso não foi feito, violando a regra de argumentação dogmática pela qual *todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática.*

E isso não foi feito por uma razão muito simples: em outros casos, se verificam propriedades bem distintas, bastando mencionar os recursos que também demandam o STF, mas materializando o duplo grau de jurisdição, fazendo o órgão funcionar sim como uma instância recursal plena. A título de exemplo, o recurso ordinário em *habeas corpus* (CF, art. 102, II, "a") assegura o duplo grau em relação à decisão denegatória de *habeas corpus* de competência originária de outro tribunal. O mesmo ocorre com o recurso ordinário interposto

40. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 197.

contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos, cuja competência para apreciação é do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, "b"), e permite o reexame da matéria de fato e de direito decidida pelo Juiz Federal de Primeira Instância[41].

Nesses casos, então, o princípio da presunção de inocência não teria um sentido *dinâmico*, mas sim *estático,* para usar um antônimo correspondente. A questão é que o princípio não pode ser dinâmico para determinados casos e estático para outros, não sem caracterizar uma *contradição entre normas jurídicas vigentes*.

Com efeito, esse enunciado dogmático (preclusão da matéria fática) *não comporta comprovação sistemática*, uma vez que está em contradição às normas jurídicas vigentes, a exemplo dos arts. 102, II, "a" e "b" da Constituição Federal, hipóteses em que não se verifica a preclusão da matéria fática, porquanto se tratam de recursos com devolutividade ampla, conforme acima assinalado.

Problema semelhante se identifica com o argumento dogmático da *diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo:* o ilustre Ministro Luiz Roberto Barroso advoga a tese de que a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, impedindo-se que pessoas com mais recursos financeiros, valham-se desta vantagem patrimonial para protelar a execução de sua pena. Não é fácil entender esse argumento, ao que parece, o Ministro, a pretexto de igualar a situação dos mais afortunados e dos menos afortunados no processo penal, resolveu retirar de todos a possibilidade de manejar recursos extraordinários em liberdade. Perceba-se que, nivelando por baixo as situações, foi suprimido um princípio fundamental da cidadania, a presunção de inocência, revelando uma profunda distorção do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade figura entre os temas mais frequentes nas mais variadas áreas do saber, sendo ponto de interesse da Filosofia, Ciência Política e Direito, só para citar algumas. A questão recebeu incontáveis interpretações ao longo da história, não sendo este o espaço para esmiuçá-las, o certo é que não se pode inquina-la como imune a incertezas.

Mas se existe uma reflexão consolidada sobre a igualdade, é aquela de base aristotélica que procura conferir uma significação material ao princípio, o que é garantido quando se trata os iguais de modo igual e os desiguais de maneira desigual, eis a igualdade discriminadora. Nesse sentido, Paulo Bonavides:

41. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 1607.

> [...] essa igualdade procura dar a cada um o que se lhe deve, segundo o seu mérito, "suum cuique tribuere", como constava da máxima romana. Canoniza, pois, na aplicação institucional o critério diferenciador, fundado sobre aptidões naturais, capacidade intelectual, talento, caráter e propriedade[42].

Em casos como o da espécie, o princípio da igualdade orienta que se ofereçam os meios necessários para os menos afortunados terem as mesmas possibilidades de acessar a justiça que os mais afortunados, mas nunca orientaria um nivelamento rasteiro e usurpador de garantias. O argumento da *diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo,* então, está em contradição com *o enunciado dogmático já aceito* consistente na igualdade material.

3.3.4. A argumentação empírica

Segundo Robert Alexy,

> [...] algumas formas de argumentação pressupõem enunciados sobre fatos singulares, sobre ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estados de coisas. Em outros se requerem enunciados sobre regularidades das ciências naturais ou das ciências sociais. Também se pode distinguir entre enunciados sobre ações, acontecimentos ou estados de coisas passados, presentes e futuros. Esses enunciados podem corresponder de novo a diversas áreas da ciência, como a Economia, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Linguística etc.[43]

O autor, então, valoriza a importância do conhecimento empírico, desde que observado o seguinte protocolo: "se há acordo sobre os enunciados normativos que se devem aceitar, a decisão depende unicamente de quais fatos se devem tomar como base".[44]

Nesse ponto, passamos a analisar o argumento empírico do *baixíssimo* índice *de provimento de recursos extraordinários comprovado estatisticamente*. Novamente o Ministro Luiz Roberto Barroso, no HC 126.292, sem declinar a fonte,

42. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta.* Temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 118.
43. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 228.
44. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. p. 229.

afirmou que o baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5%, faz com que a demora na repreensão ao delito afronte a ordem pública. Já no HC 152.752, o mesmo Ministro, agora apontando como fonte dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, declina um número diferente de recursos extraordinários providos, no caso, um percentual um pouco maior, de 2,93 %. Se considerarmos que outro Ministro da Suprema Corte (Min. Celso de Melo), em seus votos nos mesmos julgamentos, trabalhou com uma estatística distinta ao anunciar que em determinado ano 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos e 3.3% providos parcialmente, resta a conclusão de que nenhuma das três estatísticas são fontes seguras a subsidiar o argumento invocado.

Pois bem, constata-se que o conhecimento empírico sobre o índice de provimento de recursos extraordinários varia conforme o argumentante e o momento, traduzindo uma distorção dos fatos que se devem tomar como base e, se não há acordo nem sobre a base fática, já se vê que *não haverá acordo sobre os enunciados normativos que se devem aceitar,* no caso a execução provisória da pena.

A utilização de um argumento empírico inseguro compromete a objetividade da respectiva argumentação jurídica.

Na verdade, esse é o problema de praticamente todas as razões apresentadas, principalmente pelos Ministros Luis Edson Fachin, Teori Zavasky, Luis Roberto Barroso e Alexandre de Moraes em seus votos nos julgamentos dos HC's 126.292, 152.752, ARE 964.246 e ADC´s 43 e 44, na medida em que não se revelaram razões objetivas, o que restou demonstrado ao se aplicar a teoria da argumentação jurídica concebida pelo multimencionado autor Robert Alexy.

4. A racionalidade da ponderação

O alcance da racionalidade da ponderação não pode depender apenas da observância de sua estrutura formal e material. A simples atribuição de graus não é suficiente para a racionalidade da ponderação. É imprescindível a apresentação das razões, por meio da argumentação jurídica, o que estamos identificando como estrutura discursiva.

Como já discutido, a necessidade de atribuição de graus para a fórmula da escalação triádica coloca a exigência de que sejam apresentadas as razões que justifiquem a atribuição dos graus *leve, médio e grave.* Com isso, tem-se uma imbricação necessária entre a ponderação e a argumentação jurídica. Apenas será racional a ponderação que respeitar esses três aspectos: o formal, o material e o discursivo.

A crítica que se faz à ponderação realizada nos julgamentos dos HC's 126.292, 152.752, ADC's 43 e 44 e ARE 964.246 é exatamente esta: foi tomada a partir do estabelecimento de relações de precedência com razões insuficientes, pois não superaram o crivo da argumentação jurídica, de maneira que a atribuição dos graus (aliás, nem se deu de maneira expressa) revelou um mecanismo meramente intuitivo, subjetivo, sendo que essa falta de objetividade leva à irracionalidade.

Esse fenômeno já foi denunciado por importantes juristas brasileiros, a exemplo de Lenio Luiz Streck ao afirmar que

> [...] Alexy constrói sua teoria exatamente para racionalizar a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. Dito de outro modo: levada a teoria alexyana às suas últimas consequências, é possível dizer que, ao menos no Brasil, embora todos os esforços empreendidos pela doutrina, não há aplicação da teoria da argumentação jurídica[45].

O jurista Daniel Sarmento, ao criticar o movimento do neoconstitucionalismo no país, também alertou que

> [...] a pretexto de evitar o decisionismo (tomada de decisões altamente discricionárias ao ponto da emotividade), pautado na racionalidade prática no âmbito jurídico, os seus defensores articularam complexas teorias de argumentação, porém, *recepcionando-as apenas parcialmente* de maneira que a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões (grifo nosso).[46]

Pois bem, aplicando os critérios corretos da ponderação (aqueles concebidos por Robert Alexy) ao tema que ora se discute, a admissão da execução provisória da pena no processo penal conduz ao não cumprimento do princípio da presunção de inocência, de maneira que só pode ser *grave* a intensidade da intervenção no respectivo princípio fundamental expressamente consagrado

45. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelini e OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 531.

46. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2014. p. 40.

no art. 5º, LVII, da Constituição Federal brasileira, posto que a sua preterição pode provocar um alto prejuízo consistente na perda da *liberdade* do indivíduo.

Por outro lado, mesmo diante de todas as razões anteriormente mencionadas (existência de precedentes; preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa porque o STF não é instância recursal; direito comparado; manejo de recursos com caráter protelatório; diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo; quebra do paradigma da impunidade; baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários comprovado estatisticamente), temos como *leve* a importância da satisfação do princípio da eficiência, na medida em que o peso abstrato dessas razões, por não restarem endossadas pela argumentação jurídica, é inferior ao peso do *direito* à *liberdade*.

As decisões produzidas nos julgamentos dos HC's 126.292, 152.752, ADC 43 e 44 e ARE 964.246, então, operaram uma ponderação defeituosa ao pressupor que o grau de intensidade da intervenção em *P1 (presunção de inocência)* estaria justificado pelo grau de importância da realização de *P2 (eficiência)*, eis que, seguindo o método sugerido por Robert Alexy, o sopesamento correto seria aquele que estabelecesse exatamente a relação de precedência inversa, pois se quebrou a estrutura discursiva da ponderação.

Por tudo o que foi exposto, não se pode aceitar como racional a equação (*P2 P P1*) *C,* onde o princípio *P2 (eficiência)* precede *P1 (presunção de inocência)*, nas condições *C* (acórdão condenatório proferido por órgão de 2º Grau de Jurisdição), de maneira que não está correto concluir que sob as condições *C* estaria ordenada definitivamente a consequência jurídica exigida por *P2,* o que, nas decisões multimencionadas, equivaleria a permissibilidade para a execução provisória da pena.

Se o resultado correto da relação de precedência é a primazia de *P1 (presunção de inocência)* sobre *P2 (eficiência)*, está ordenada a consequência jurídica do princípio que ganha primazia, no caso, a proibição da execução provisória da pena.

Como visto, cada uma das razões invocadas para justificar a precedência da eficiência comporta contrarrazões sólidas, não passando pelo teste de objetificação da argumentação jurídica, o que por si só (antes mesmo de analisar o prejuízo ao princípio colidente – presunção de inocência), enfraquece o peso do princípio em tela. Dessa maneira, a importância do cumprimento do princípio da eficiência não justifica o prejuízo ou não cumprimento do princípio da presunção de inocência, sendo que a intervenção a esse direito fundamental não é proporcional.

Vale lembrar que existe uma rigorosa advertência levantada pelo próprio Robert Alexy, segundo a qual, na fixação das relações de precedência deve-se

levar em consideração se algum direito fundamental está sendo violado e, em caso positivo, a ação é proibida. Nas suas próprias palavras:

> [...] esse enunciado conduz a um ponto importante para a teoria das relações de precedências condicionadas. Salta aos olhos que nela não se faz menção à precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão, de um direito ou de um objeto semelhante; na verdade, são indicadas *condições* sob as quais se verifica uma *violação a um direito fundamental*. Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida[47].

Em conclusão, tem-se que a condição criada pelas decisões tomadas nos HC's 126.292 e 152.752, ADC 43 e 44 e ARE 964.246 consistente na existência de acórdãos condenatórios proferidos por tribunais de apelação, conforma o suporte fático de um enunciado (execução provisória da pena), o qual acaba violando o princípio fundamental inserto no art. 5º, LVII (presunção de inocência), significando que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, esse enunciado é proibido.

Toda essa reflexão se faz a partir da revelação de processos de decisões que estavam escondidos nos julgamentos que ora se analisam, os quais, apesar de denotarem algum esforço de justificação, ainda assim, trataram-se de decisões marcadas pelo subjetivismo.

5. A legitimidade da ponderação

Até agora se analisou a ponderação de maneira acrítica, apenas procurando-se demonstrar que a teoria concebida por Robert Alexy não foi aplicada corretamente nos julgamentos dos HC's 126.292 e 152.752, ADC 43 e 44 e ARE 964.246.

Nesse passo, sem a pretensão de determinar se a técnica da ponderação em si é boa ou ruim, apontaremos, a par das já mencionadas, uma crítica que diz com a legitimidade da aplicação desse conceito no Brasil.

Observe-se que toda a abordagem da ponderação retratada acima traduz um estudo da ciência do direito como teoria da decisão e não como teoria da norma ou teoria da interpretação, de maneira que, nesse contexto, a ciência jurídica assume um *modelo empírico*. Antes de mais nada, impõe-se esclarecer com Tercio Sampaio Ferraz Júnior, que o sentido desse modelo empírico da ciência

47. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. p. 98.

do direito diz respeito ao pensamento jurídico como um sistema explicativo do comportamento humano[48]. Nesses termos, o modelo empírico aqui tratado deve ser entendido não como *descrição* do direito como realidade social, mas como investigação dos instrumentos jurídicos de e para o controle do comportamento. Não se trata de saber *se* o direito é um sistema de controle, mas, assumindo-se que ele o seja, *como devemos* fazer para exercer esse controle. Nesta toada, a ciência jurídica se revela não como teoria sobre a decisão, mas como teoria *para* a obtenção da decisão.

Conforme Tercio Sampaio, a grande dificuldade de expor a questão nos moldes propostos está em que, ao contrário dos modelos analítico e hermenêutico, característicos das teorias normativa e hermenêutica, respectivamente, uma teoria da decisão jurídica *está ainda para ser feita*. Enquanto encontramos diversas propostas de teorias acabadas abrangendo o sistema normativo e interpretativo, o fenômeno da decisão é quase sempre analisado parcialmente, disperso nos quadros da dogmática jurídica material, da teoria do método e do processo, da administração etc. Desse modo, curiosamente, embora a produção de decisões vinculantes e obrigatórias seja um tema incontornável para o jurista, a sua discussão, em termos de ciência jurídica ou é restrita à discussão filosófica da legitimidade do direito ou se perde em decisões esparsas e não aprofundadas de técnicas decisórias (legislativas, administrativas, judiciárias)[49].

Eis o grande problema da ponderação: trata-se de uma teoria inacabada, incompleta. Mas onde reside a lacuna, o vazio? É que a ponderação depende, sobremaneira, de sua estrutura discursiva, de uma teoria da argumentação jurídica, a qual, por sua vez, pressupõe uma condição extremamente difícil de ser alcançada: a existência de uma *comunidade de pessoas constitucionais*.

A argumentação jurídica assegura a objetivação da ponderação, mas, para afastar o perigo da "superidealização", é preciso alcançar um estágio a mais: o da *representação*. Para evitar que o ideal ponha-se no lugar do fático, ambiente em que o tribunal constitucional teria a liberdade de declarar cada argumento como argumento que o povo representa, o que levaria a um descontrole total no qual tudo poderia ser legitimado, é preciso a existência de *condições de representação argumentativamente autênticas*[50].

48. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 87.
49. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 87.
50. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 164.

Segundo Alexy,

> [...] existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autênticas: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos[51].

O autor deixa claro que um número suficiente de cidadãos, os quais denomina de *pessoas constitucionais*, precisa aceitar os argumentos como corretos.

Esse conceito de "pessoas constitucionais" retrata bem o aspecto procedimentalista da teoria da ponderação, pelo qual um enunciado normativo é correto, apenas se pode ser o resultado de um procedimento, de maneira que pode existir mais de uma resposta correta, desde que os participantes do discurso adotem *o mesmo* método para a obtenção da decisão. Esse método traduz um acordo prévio sobre as regras do discurso e, conforme Manuel Atienza, a

> [...] suposição que esse acordo leva anexa é que ele representa um consenso racional, isto é, um consenso que é resultado não das peculiaridades dos participantes ou de sua situação, mas simplesmente de eles terem submetido ao peso da evidência e da força da argumentação. O acordo é considerado válido não meramente "para nós" (os participantes de fato), e sim objetivamente válido para todos os sujeitos racionais (como participantes potenciais)"[52].

No mesmo sentido, o jusfilósofo Jurgen Habermas afirma que

> [...] em condições favoráveis nós só concluímos uma argumentação quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um *acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida*. A expressão "acordo racionalmente motivado" pretende fazer jus a este resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de "mover", num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posições afirmativas[53].

51. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 165.
52. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2014. p. 191.
53. HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I. p. 282.

É dizer, para que o resultado da ponderação seja aceito como correto, é condição primeira que os participantes do discurso consintam com a utilização dessa técnica e condição segunda que todos partam de um *mesmo* método, portanto, de uma mesma ponderação. E não apenas os participantes de fato do discurso, mas também os participantes potenciais (pessoas constitucionais). O resultado da ponderação traduziria um consenso racional proveniente de um acordo (tácito) sobre as regras para a obtenção de uma decisão judicial.

E é exatamente essa segunda condição que não se constata possível atualmente no Brasil, aliás o país está a uma distância oceânica de alcançar qualquer acordo sobre a aplicação de uma teoria de decisão.

Só para se ter uma ideia, a própria escola procedimentalista brasileira, a exemplo de Luiz Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcelos, cria uma dificuldade intransponível, na medida em que, a par de terem recepcionado apenas parcialmente a teoria da ponderação de Robert Alexy (não aplicam a argumentação jurídica), ainda tentam crias suas próprias ponderações, fazendo surgir "praeter" teorias muitas vezes bem diferentes umas das outras, bastando citar que na teoria de Humberto Ávila é possível fazer ponderação para resolver conflitos entre normas com natureza de regras, indo muito além da ponderação alexyana concebida para solucionar colisões entre princípios constitucionais[54].

A verdade é que esse marco teórico não reforça e sim invalida a teoria da ponderação. Não será possível emergir um consenso racional desse cenário. Metaforicamente falando, como as pessoas constitucionais vão aceitar o resultado de um jogo com vários árbitros distintos aplicando regras diferentes para a partida? É caótico[55]. A demonstração concreta desse estado de caos está

54. Conforme o Autor "a ponderação não é método privativo de aplicação de princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, abwagung*), enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns exemplos. (Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 57).

55. Ainda em Habermas "o conceito de argumento é de natureza pragmática: para saber o que é um bom argumento, é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa (Cf. HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I. p. 283).

nos julgamentos realizados nos HC's 126.292 e 152.752, ADC 43 e 44 e ARE 964.246, nos quais dez dos onze Ministros do STF (participantes de fato do discurso), não adotaram expressamente a ponderação como premissa de suas decisões, e aquele que adotou (Ministro Luiz Roberto Barroso) ainda o fez de maneira singular, desde uma conformação própria (pessoal) da teoria. Em nosso pensar não há a menor racionalidade em tudo isto.

Se é preciso haver um acordo para que se obtenha um consenso racional (Atienza) e se esse acordo deve ser não-coercitivo (Habermas), no mínimo, os participantes do discurso devem todos partir de uma mesma teoria da ponderação. Já se mencionou que a execução provisória da pena é uma criação jurisprudencial baseada em novos paradigmas de aplicação constitucional (ponderação) que possui problemas intrínsecos de legitimidade[56], uma vez que as decisões vazadas nos julgamentos dos HC's 126.292 e 152.752, ADC 43 e 44 e ARE 964.246 não seguiram os critérios para uma boa argumentação jurídica. Nesse passo, pretende-se ressaltar que a execução provisória da pena também denota problemas extrínsecos de legitimidade[57], restando a decisão suprema maculada pelo perigo da ineficácia social, posto que, nem os participantes de fato do discurso (Ministros do STF, recorrentes e pacientes, e Ministério Público) chegaram a um acordo sobre as regras a serem aplicadas para a tomada de decisão, nem os participantes potenciais (pessoas constitucionais) são capazes de suportar os argumentos apresentados como válidos ou corretos. Eis as duas grandes ilegitimidades dos julgamentos que possibilitaram a execução provisória da pena no processo penal brasileiro.

6. Conclusões

I – O problema da execução provisória da pena no processo penal brasileiro é discutido pela doutrina e jurisprudência exsurgindo duas correntes de pensamento: uma admitindo esta possibilidade e outra negando peremptoriamente ao argumento de que haveria violação ao princípio da presunção de inocência.

II – O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em três oportunidades no ano de 2016 (HC 126.292, ADC 43 e 44 e ARE 964.246) e uma no ano de 2018

56. Esclareça-se que a expressão "legitimidade" está aqui sendo utilizada no sentido de racionalidade formal aferida pelo cumprimento de regras da lógica do discurso que são argumentativamente desenvolvidas com vistas à correção.

57. Já nesse ponto, a expressão "legitimidade" está sendo empregada no sentido material, ou seja, confundindo-se com a eficácia social da decisão.

(HC 152.752), proferiu decisões colegiadas admitindo a execução provisória da pena, modificando radicalmente a jurisprudência até então consolidada que não autorizava a referida hipótese.

III – As mencionadas decisões chamam atenção menos porque afetaram direitos fundamentais clássicos como a presunção de inocência e mais porque a guinada se deu a partir da utilização de uma moderna técnica de decisão judicial importada do direito alemão denominada *ponderação*, técnica essa que não está suficientemente sedimentada no direito brasileiro.

IV – Ao tratar da execução provisória da pena no processo penal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal identificou uma colisão entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da eficiência, adotando uma doutrina jurídica específica que sustenta a existência de uma dicotomia que divide as normas jurídicas entre regras e princípios, sendo que os conflitos entre regras são resolvidos por meio da técnica da *subsunção*, enquanto as colisões entre princípios se solucionam com a técnica da *ponderação,* esta última geralmente aplicada em casos difíceis.

V – A ponderação é uma técnica complexa concebida pelo jurista alemão Robert Alexy a qual é aplicada em etapas e exige a observância de várias fórmulas reunidas em três tipos de estrutura: a estrutura formal, material e a discursiva. A estrutura formal corresponde à "lei de colisão"; a estrutura material abrange a "lei da ponderação", a "fórmula peso" e a "escalação triádica"; e a estrutura discursiva revela-se pela "argumentação jurídica".

VI – As ponderações realizadas nos julgamentos dos HC's 126.292 e 152.752, ADC 43 e 44 e ARE 964.246 chegaram a satisfazer apenas a estrutura formal da teoria original, restando desprovidas da parte material e discursiva e, por essa razão, as decisões que alteraram a jurisprudência para permitir a execução provisória da pena no direito brasileiro restaram mais próximas de serem atos de vontade, subjetivos e/ou políticos do que efetivamente racionais. A comprovação dessa conclusão foi demonstrada no presente artigo que, ao submeter a solução da colisão entre os princípios da presunção da inocência e da eficiência à teoria da ponderação alexyana, obteve como resultado uma relação de precedência em que o peso concreto da presunção de inocência é maior do que o da eficiência, não sendo racional a sua preterição.

VII – Para ser racional, a ponderação depende outrossim da existência de condições de representação argumentativamente autênticas consistentes em um número suficiente de pessoas, as quais Robert Alexy denomina de "pessoas constitucionais" capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque são válidos ou corretos, condição essa que não se verifica possível na

atual conjuntura do país, de maneira que essa é uma teoria incompleta, o que, por si só, demonstra a temeridade na sua utilização.

VIII – A teoria da ponderação tem uma natureza procedimentalista, significando que a verdade de determinada solução é menos importante do que o método adotado. Esse caráter procedimentalista induz a conclusão de que, para se abrir mão da verdade, preço muito caro a se pagar, é preciso que se adote o método da ponderação com o máximo rigor, razão pela qual todos os participantes do discurso (de fato e potenciais) devem adotar um único método, uma única ponderação, requisito impossível de se observar no cenário brasileiro onde existem vários juristas criando suas próprias teorias da ponderação, a exemplo de Luiz Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que criou uma teoria da ponderação diferente da original e a aplicou em seus votos, é claro, sob protesto de outros Ministros daquela mesma Corte, o que compromete definitivamente a racionalidade da decisão que admitiu a execução provisória da pena no processo penal brasileiro.

Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelini; e OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. 2010. São Paulo: Ed. Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. ver. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LUIZA, Cristina Fonseca Frischeisen; GARCIA, Mônica Nicida; e GUSMAN, Fábio. *Garantismo Penal Integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Organizadores Bruno Calabrich, Douglas Ficher e Eduardo Pelella. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 277, dez. 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC?* É o Caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta]. Acessado em: 10.07.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, de João Pedro Pereira Brandão – *RBCCrim* 80/150-207 (DTR\2009\742); e
- Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, de Fernando Gabriel Ghiggi e Fausto Santos de Morais – *RBCCrim* 132/169-190 (DTR\2017\1428).

Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988

Criminal execution and jurisdictionality: the failed promises of the Constitution of 1988

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-doutor em Direito pela Università Frederico II. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da Especialização em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.
ricardogloeckner@hotmail.com

Tiago Bunning Mendes

Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.Bolsista CAPES. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de CoimbraProfessor.Advogado.
tiagobunning.adv@hotmail.com

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 09.05.2018
Última versão dos autores: 10.05.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: o artigo pretende discutir a natureza da execução da pena, demonstrando que mesmo com o advento da Lei 7.210/84, os traços administrativos são predominantes hoje no Brasil. Também se pretende demonstrar que esta natureza administrativa da execução penal é incompatível com o atual avanço do direito de execução penal contemporâneo, que coloca o Estado numa posição de garante relativamente ao interno. Por fim, tratou-se de enfatizar os direitos oriundos de um controle jurisdicional permanente, demonstrando que o Brasil, apesar de a Constituição de 1988 introduzir uma série

Abstract: this article intends to present the nature of penal execution law, arguing that even with the advent of Law 7.210/84, it's administrative traces are predominant nowadays in Brazil. It is also intended to demonstrate that this administrative nature of penal execution law is inconsistent to the contemporary advancemement in the law of penal execution, as it put's the State in a guarantee position regarding the inmate. Lastly, it was enphasized the rights emerged from a permanent juditial control, infering that Brazil, although the 1988 Constitution introduces multiple foundamental righs and guarantees, has

de direitos e garantias fundamentais, não tem avançado na jurisdicionalização da execução penal. O método empregado foi a revisão bibliográfica, utilizando-se, em alguns momentos e de forma ilustrativa, julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Execução penal –Tecnicismo jurídico –Natureza administrativa –Jurisdicionalização da execução penal –Devido processo legal.

not advanced in the jurisditionalization of penal execution law. The method employed to do so was bibliographic revision, using, in a few moments and in an illustrative way, some cases from the Interamerican Court of Human Rights.

Keywords: Penal execution law –Legal technicality – Administrative nature – Jurisditionalization of penal execution law –Due process of law.

Sumário: 1. Introdução. 2. O tecnicismo jurídico na formação de uma matriz administrativista de execução penal. 3. Sob o signo da continuidade: a Lei 7.210/84 e o modelo "híbrido de execução penal". 3.1. A Instauração do Procedimento Executório *Ex Officio*: um procedimento naturalmente inquisitório. 3.2. Devido processo penal na execução? Uma leitura crítica. 3.2.1. A presunção de inocência na apuração de falta grave. 3.2.2. Quem é parte de um verdadeiro processo de execução penal (?) e a ampla defesa do condenado. 3.2.3. O Contraditório como meio de potencialização dos direitos do condenado em desfavor do poder punitivo. 4. A violação da coisa julgada penal: revisão criminal pro societate?. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

Colocar-se em discussão a natureza jurídica do procedimento responsável pela aplicação da pena, ao menos no Brasil, significa examinar dois aspectos fundamentais que impedem a plena consolidação de um sistema acusatório, constitucionalmente aderente aos distintos direitos e garantias fundamentais de natureza constitucional e convencional. Há, no Brasil, a convivência de dois modelos que se tocam e se cruzam nos aspectos procedimentais inerentes à execução da pena[1]. Em primeiro lugar, mesmo que os dispositivos da execução

1. Será tomado de empréstimo o conceito de Rivera Beiras na sistematização do objeto do direito de execução penal: "en conseuencia, se partirá aquí de la base de entender que es posible hablar de un Derecho de la ejecución penal (en el marco de una auténtica Sociología del control penal), entendido como la última secuencia del fenómeno punitivo – como prolongación del Derecho penal material y del Derecho procesal penal en la realidad de sus consecuencias jurídicas – al cual le es plenamente aplicable la garantía ejecutiva derivada del principio de legalidad y que tiene por objeto analizar tanto el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad – y las funciones que materialmente cumplen esas respuestas punitivas –, cuanto las posibilidades de superación alternativa de las mismas de acuerdo con las exigencias que plantea el Estado social y democrático de Derecho". RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La Cuestión*

da pena presentes no atual Código de Processo Penal tenham sido substituídos por diversas normas presentes na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) e no Código Penal, a estrutura procedimental de aplicação da pena não foi plenamente modificada com a referida Lei. Nem mesmo via inúmeras mudanças que, de forma sucessiva, se deram ao longo de seus mais de trinta anos de vigência.

Em segundo lugar, as alterações estabelecidas pela Lei 7.210/84, modificada, como já se disse, por uma pletora de reformas parciais, tampouco alterou sensivelmente o quadro procedimental. A passagem da regulação do Código de Processo Penal à Lei de Execuções Penais em nenhum momento foi capaz de instaurar um procedimento vivamente acusatório ou melhor: jurisdicional.

A jurisdicionalidade[2], como marca essencial dos processos de natureza penal, não alcançou aspectos essenciais da execução das penas no Brasil. Portanto, pode-se afirmar, tranquilamente, que a Lei 7.210/84 em nenhum momento ofereceu um universo jurídico que superasse suas raízes administrativistas, subordinadas às razões do positivismo criminológico que dominou o horizonte do penitenciarismo na passagem dos séculos XIX ao XX[3]. Com efeito, se no campo da execução da pena e das diversas espécies de institutos que recaem sobre

---

Carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 105.

2. Nas palavras de Ferrajoli: "o princípio da submissão a jurisdição em sentido estrito, formado, como disse, pelo conjunto das três teses *nullum iudicium sine acussatione, sine probatione e sine defensione*. Enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo. [...] Chamarei, ao contrário, *procedimentais* as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão judicante, tais como: a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade e os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciários e outros. As garantias do primeiro tipo, ao definir o juiz, são geralmente (salvo a da separação de funções) exigidas para todo tipo de juízo, inclusive não penal, e valem, portanto, para integrar a submissão à jurisdição em sentido lado; as do segundo tipo, ao definir especificadamente o modelo cognitivo do juízo, integram, ao contrário, a submissão da jurisdição em sentido estrito".(FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sicaet al. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 433-434).

3. Para uma análise detalhada sobre a constituição do penitenciarismo brasileiro, cf. MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da Razão Punitiva*: nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

a sua quantidade equalidade (incidentes da execução) se constata um campo de inegável predomínio de correntes criminológicas correcionalistas, por outro lado, o campo procedimental esteve (e está) subordinado a uma concepção administrativa de execução da pena, o que, em outras palavras, significa expulsar variados institutos consagrados pelos avanços em matéria processual penal.

Ao lado desses dois aspectos destacados (continuidade da natureza administrativa da execução penal com o advento da Lei 7.210/84 e a existência de diversos institutos conectados, de maneira mais ou menor forte com as teorias criminológicas positivistas), certo é que, com o advento da Constituição de 1988, essa natureza administrativa da execução penal deveria ter sido abandonada. Evidentemente, o rol de garantias trazido pela Constituição não autorizaria a manutenção de uma concepção eminentemente administrativa de processo, já que o novo paradigma estaria a ensejar mudanças profundas na própria estrutura de aplicação da pena. Entretanto, apesar dos diversos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição da República, a execução penal no Brasil se mantém essencialmente fiel ao paradigma administrativista, no qual a execução da pena se rege essencialmente por regras de baixa normatividade, como leis estaduais, circulares, portarias, resoluções, que complementam a Lei de Execuções Penais. Esse é o objeto fundamental de estudo a ser aqui desenvolvido.

2. O tecnicismo jurídico na formação de uma matriz administrativista de execução penal

O Código de Processo Penal brasileiro segue, *mutatis mutandis*, a estrutura do Código de Processo Penal italiano de 1930. Atesta-se, não sem acerto, a semelhança entre os dois Códigos e a clara influência exercida pelo *Codice Rocco* sobre o brasileiro, o que inclusive pode ser vislumbrado na própria exposição de motivos do CPP[4].

4. Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v.1, n. 1, 2015; cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015; Cf. KHALED JR., Salah Hassan. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013; cf. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo

Ao passo que a influência do Código de Processo Penal italiano sobre o brasileiro se revela notória, especialmente pela adoção de, ao menos, onze categorias processuais em comum[5], no campo da epistemologia seria possível

penal brasileiro contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014; cf. CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

5. Entre os Códigos de Processo Penal brasileiro e italiano de 1930, podem ser tomadas como idênticas as seguintes características: a) uma investigação preliminar que trata de configurar um sistema de desigual distribuição de direitos/deveres aos atores, repristinando ideologia que remonta o Código Napoleônico de 1804, ao encarregado da investigação e o sujeito investigado. Nesse ponto, muito embora no modelo italiano fosse possível encontrar duas autoridades encarregadas simultaneamente da investigação (no caso da sumária o Ministério Público, no caso da formal o juiz), diferindo do sistema processual brasileiro que em seu bojo traz a polícia (modelo este atenuado pela Lei Complementar 75/93) como destinatária autônoma da investigação, verifica-se extrema dificuldade de o investigado exercer direitos nessa fase, estando em desigualdade e, ao mais, podendo sofrer irreversivelmente com a forma de condução desse procedimento; b) o modelo italiano de 1930 esteve assentado na premissa de que a custódia preventiva do suspeito deveria ser ampliada (uma das críticas tecidas pelo ministro Alfredo Rocco e o grande estruturador da Reforma, Vincenzo Manzini). A Codificação de 1930, na Itália, expandiu um sistema de prisões cautelares, inclusive admitindo que as prisões fossem autorizadas diretamente pelo Ministério Público ou, ainda, em caso de extrema necessidade, pela própria polícia (o famoso *fermo*). No Brasil, o sistema cautelar esteve diretamente associado à prisão em flagrante, inclusive contemplando hipóteses de prisão administrativa, prisão para averiguação, sendo a liberdade, como ainda aparece na linguagem adotada pelo Código, "provisória" (o que caracterizaria a ordinariedade da prisão e a excepcionalidade da liberdade). Muito embora a estrutura das prisões cautelares no Brasil tenha se alterado, especialmente após o advento da Constituição de 1988, não se pode deixar de notar, de acordo com os dados do Infopen de 2017 (referentes a junho de 2016), que dos 726.712 presos no Brasil, 40,2% são presos provisórios (Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 20.02.2018), mantendo a lógica do modelo; c) o Código de Processo Penal trazia em seu bojo a configuração de um princípio da liberdade da prova, isto é, não dispunha de regras específicas quanto à produção da prova no processo penal, salvo no que se relacionava com o estado das pessoas (limitação à produção documental). O Código de Processo Penal brasileiro trazia, em sua redação originária, a mesma regra (mantendo-se nessa linha, salvo a nova redação dada ao art. 157 do CPP, que, na Reforma de 2008, trouxe a figura da inadmissibilidade da prova ilícita, que, aliás, ingressou no sistema brasileiro por meio da Constituição da República); d) corolário do princípio da liberdade da prova, o sistema italiano reconhecia igualmente, em matéria probatória, o livre convencimento do magistrado. Esse sistema também se encontra no atual modelo brasileiro, muito embora não conste de regra expressa do Código; e) agregado a esses dois princípios, tem-se um sistema voltado para a busca da verdade real. Nesse ponto, o texto do Código de Processo Penal brasileiro é ainda mais incisivo do que seu coirmão italiano, no art. 566, em que textualmente se pode

afirmar-se que na perspectiva dogmática, em ambos Códigos se poderia perceber as diretrizes normativas consolidadas a partir do tecnicismo jurídico-penal[6].

encontrar a menção à "verdade substancial"; f) o modelo italiano de contraditório estava assentado no primado da ratificação dos atos encontrados e produzidos na fase de investigação, na linha de continuidade genética com o modelo napoleônico. O atual Código de Processo Penal brasileiro não apenas admite o ingresso dos elementos do inquérito policial nos autos do processo como permite que o magistrado julgue com base neles, desde que não exclusivamente (o mais significativo é que o dispositivo é produto da Reforma de 2008, mantendo-se alinhado com uma estrutura deformada de contraditório), que autoriza ratificações judiciais e, inclusive, julgamentos com base em elementos informativos; g) o Código de Processo Penal italiano expulsou a presunção de inocência, não podendo ser encontrado um só dispositivo que abrigasse esse princípio. Da mesma forma, o Código de Processo Penal brasileiro não acolheu esse princípio (muito embora a Constituição o tenha feito), abrigando, exclusivamente, o *in dubio pro reo* (uma das expressões da presunção de inocência, ou seja, apenas como norma de juízo, mas que não esgota o princípio, que assume a forma de norma de tratamento e norma probatória); h) da mesma forma que o texto italiano de 1930, o Código de Processo Penal admite várias hipóteses de afastamento da publicidade dos atos, constituindo-se, então, um modelo em que ao magistrado incumbirá dar forma a um preceito básico da acusatoriedade; i) de forma equivalente ao modelo italiano, o atual Código de Processo Penal brasileiro suprimiu as nulidades absolutas. Enquanto o texto italiano, em seu art. 184, determinava que toda nulidade estava sujeita à convalidação, o modelo brasileiro, em seu art. 563, determina que não haverá nulidade sem prejuízo (uma modalidade específica de sanatória), valendo igualmente para as denominadas nulidades absolutas, como tantas vezes reconheceu o STF; j) de forma equivalente ao modelo italiano de 1930, o CPP brasileiro autoriza o juiz a ajustar a classificação jurídica elaborada pela acusação (art. 563), podendo, com isso, condenar o acusado, mesmo diante de uma imputação distinta (naturalmente, a imputação penal corresponde não apenas à matéria fática, mas aos contornos jurídicos impostos pela atribuição da norma penal violada. Aliás, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no famoso caso Drassich, anulou decisão exarada por tribunal italiano, que condenou o acusado em norma jurídica distinta. Sobre esse ponto, cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três Teses Sobre a Inconstitucionalidade Substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n.1,p. 185-212, 2016. Disponível em: [www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/21/43]. Acesso em: 19.02.2018); k) assim como o CPP italiano de 1930, a presunção de inocência, em sua modalidade de norma probatória (atribuindo o ônus da prova à acusação), é afastada, trazendo em seu lugar disposição que afirma que o ônus da prova incumbe a quem a alegar (art. 156, *caput*, do CPP brasileiro). Como se pode notar, a estrutura fundante de ambos os Códigos repousa em uma mesma concepção processual (a tecnicista, como mais adiante se verá).

6. Sobre o tecnicismo jurídico, cf. PIASENZA, Paolo. Tecnicismo Giuridico e Continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica

De regra geral, ao método técnico-jurídico se atribui à famosa prolusão de Arturo Rocco, intitulada *Il Problema e Il Metodo nella Scienza del Diritto Penale*[7]. Fundamentalmente, as interpretações que no Brasil foram conferidas à essa prolusão são muito limitadas, afirmando-se, comum e restritivamente, que, em decorrência do impacto das palavras de Rocco, se produziu uma cultura jurídica que primou pela cisão entre dogmática penal e as demais ciências (denominadas como ciências auxiliares). O fato é que tal conferência não esgota o tecnicismo, seja relativamente aos seus expoentes, seja no que concerne ao objeto de seus questionamentos.

Com efeito, Rocco em nada inova ao tratar de edificar determinados aspectos que convergiriam para uma "blindagem" da disciplina jurídica relativamente às ciências que considera acessórias, e que logicamente se deveriam afastar do campo dogmático. O pensamento de Rocco pode ser compreendido como uma tentativa de adaptação de outra prolusão, dessa vez atribuída a Vittorio Emanuelle Orlando na universidade de Palermo, intitulada *I Criteri Tecnici per la Ricostruzione del Diritto Pubblico*[8]. Ao tratar de buscar os fundamentos para o direito público italiano, Orlando antecipara, em muito, as próprias conclusões de Rocco. Seja como for, a percepção que se tem do tecnicismo, de regra, equivaleria a uma espécie de separação do direito dos demais saberes.

Entretanto, a expressão assumida pelo tecnicismo como uma espécie de radicalização da dogmática foi igualmente responsável por certas conclusões que, em última instância, imunizaram e afastaram, por assim dizer, a responsabilidade dos juristas italianos no processo de codificação. Essa aparente cisão entre a dogmática penal e o pensamento político – de forma inclusive tratada como distante do pensamento de Maggiore[9], considerado um ativista do regime – garantiu ao *Codice Rocco* uma longevidade inacreditável, se levados em consideração os componentes políticos do regime mussoliniano[10]. A crença na

---

sicurezza. In:*Politica del Diritto*, a. X, n. 3, 1979; cf. NEPPI MODONA, Guido. Tecnicismo e Scelte Politiche nella Riforma del Codice Penale. In: *Democrazia e Diritto*, v. XVII, 1977.

7. ROCCO, Arturo. Il Problema e Il Metodo Della Scienza del Diritto Penale. In:*Rivista di Diritto e Procedura Penale*, v. I, 1910.
8. ORLANDO, Emanuele Vittorio. *I Criteri Tecnici per la Ricostruzione Giuridica del Diritto Pubblico*: contributo alla storia del diritto pubblico nell'ultimo quarentennio 1885-1925. Modena: Università degli Studi di Modena, 1925.
9. MAGGIORE, Giuseppe. Diritto Penale Totalitario Nello Stato Totalitario. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Padova, v. XVII, CEDAM, 1939.
10. PADOVANI, Tullio. La Soppravivenza del Codice Rocco Nella "Età della Decodificazione". *La Questione Criminale,* v. VII, n. 1, 1981.

tecnicidade do direito e na sua radicalizada separação da política contribuiu, inexoravelmente, para que os Códigos elaborados sob a tutela do *Guardasigili* Rocco (o Código de Processo Penal e o Penal) sobrevivessem por dezenas de anos em uma Itália republicana, sendo capazes de inclusive, manter-se vivos em pleno regime democrático.

Essa narrativa que atribui ao método técnico-jurídico a capacidade de se imunizar frente ao político e, evidentemente, aos demais saberes, correspondeu, quiçá e quando muito, aos aspectos mais conhecidos dessa corrente de pensamento. Levando-se em consideração o que estava sendo debatido no campo das ciências criminais, o período da década que vai de 1920 e 1930 (quando a partir de então entram em vigor os Códigos de Rocco) se revelava, justamente, como o ápice da denominada escola positiva. Dessa maneira, seria absolutamente equivocado pensar-se que inúmeros preceitos da escola positiva italiana não haveriam de penetrar no processo de codificação[11]. Ou seja, os *Codici Rocco* absorveram vários elementos do positivismo criminológico, tratando de dar vestimentas "técnicas" e metodologicamente orientadas ao espírito do Código[12].

Considerado o "sumo sacerdote do tecnicismo"[13], Vincenzo Manzini faz uma prolusão na Universidade de Turim, intitulada *La Politica Criminale e il Problema della Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita*[14], em 1911, cerca de oito meses após aquela que foi tomada como a mais conhecida prolusão do tecnicismo, a de Arturo Rocco. Nesse estudo, Manzini, um ferrenho defensor da positividade jurídica, que se autointitula um "antifilósofo"[15] e que rejeita

11. Com acerto sobre a penetração da escola positiva na Codificação Processual italiana de 1930,cf. MILETTI, Marco Nicola. Ritorno All'Inquisizione: scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano. *Diritto Penale XXI Secolo,* v. X, n. 2, 2011.

12. Cf. SBRICCOLI, Mario. Le Mani nella Pasta e Gli Occhi al Cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*.Milano: Giuffrè, 1999.t. II. v. 28.

13. Cf. MILETTI, Marco Nicola. La Scienza del Codice: Il Diritto Processuale Penale Nell'Italia Fascista. In: GARLATI, Loredana. *L'Inconscio Inquisitorio*: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

14. Cf. MANZINI, Vincenzo. La Politica Criminale e il Problema della Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita. *Rivista Penale*, n. 73, v. XXXVII, 1911.

15. Manzini foi descrito como um antifilósofo por Ugo Spirito. Cf. CALVI, Alessandro Alberto. Ugo Spirito Criminalista (riflessioni sulla terza edizioni della "Storia del Diritto Penale Italiano". *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, v. 3-4,

inúmeros aspectos do positivismo criminológico, tratará de definir um programa de política criminal que, entre outras questões reforçará: a) as denominadas "medidas de polícia", que sujeitariam classes perigosas a um controle mais intenso da polícia, sem a sujeição às formalidades jurídicas; b) a defesa da pena de morte para determinados tipos de agressores; c) a retórica utilizada por Manzini será muito similar àquela vista nos criminólogos positivistas, o que demonstra certa imbricação entre um e outro discurso. Dessa maneira, a razão se encontra com Sbriccoli, quando afirma que a Codificação Processual Penal de 1930, apesar de se declarar como metodologicamente orientada pelo tecnicismo, na realidade, não rompeu com o positivismo criminológico (o próprio Enrico Ferri estava presente na comissão de elaboração e discussão do Código de Processo Penal italiano de 1930). Aliás, o tecnicismo se aproveitou de diversas construções dos positivistas, como se pode perceber pelos contornos assumidos pelas prisões cautelares (com a distinção entre delinquentes ocasionais ou profissionais) e, ainda, pela apropriação das medidas de segurança como um indispensável instituto, o que, inclusive, serviu como mecanismo punitivo para criminosos políticos, como uma espécie de punição à margem da legalidade.

Sbriccoli acentuará que o tecnicismo que prevaleceu durante o processo de codificação foi aquele de Manzini, e não o de Rocco[16]. Embora Sbriccoli reconheça em Arturo Rocco um conservador, afirma que a sua proposta jamais deixaria de ser daquela expressão de um liberalismo que, por mais retrógrado que parecesse, não perderia de vista as suas conexões com a tradição ilustrada; isto é, que não sepultaria de uma vez por todas o pensamento de Carrara, Filangieri, Romagnosi, Beccaria e outros tantos. O mesmo já não se poderia dizer do pensamento de Manzini, que projetava não apenas uma revisão profunda na legislação italiana, mas um verdadeiro "giro autoritário"[17].

O que se pretendeu com essa breve incursão na cultura jurídica italiana pré-Codificatória foi tão somente demonstrar que o tecnicismo se manteve em

---

t. II, 1974-1975. p. 824. Também se pode apreciar, na prolusão de Manzini na Universidade de Ferrara, o espírito de rechaço à sociologia: "é contra a prepotência absorvente da sociologia que nós defendemos o direito penal". MANZINI, Vincenzo. *La Crisi Presente del Diritto Penale*. Ferrara: Tipografia Taddei, 1900. p. 2.

16. SBRICCOLI, Mario. *Caratteri Originari e Tratti Permanenti del Sistema Penale Italiano* (1860-1990). Disponível em: [www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Biblioteca/letture/Sbriccoli.pdf]. Acesso em: 10.02.2018. p. 528.

17. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986. p. 99.

linha de continuidade com o positivismo, não se justificando um tratamento de ambas as correntes como antitéticas ou concorrentes. Manzini, o notável elaborador do CPP italiano de 1930[18], considerado um artífice do tecnicismo, introduziu diversos institutos caros aos positivistas: a) ampliação desmedida das prisões cautelares; b) ampliação das margens de aplicação das medidas de segurança; c) afastamento da presunção de inocência; d) extinção do júri[19]. Esses são apenas alguns elementos que podem ser observados como características originais do Código Rocco e que foram extraídos do pensamento da criminologia positivista italiana. Dessa maneira, crê-se que foram oferecidos argumentos fortes o suficiente para indicar como a concepção tecnicista de Manzini não deixou de trabalhar em sintonia com o positivismo criminológico. Além disso, ao que parece, valeria apena trazer à colação o pensamento de Manzini em torno da execução penal (que também era objeto do CPP italiano de 1930), no sentido de demonstrar como a processualística brasileira absorveu determinadas categorias e, o que é mais importante, como o regime de execução da pena se mantém em linha de continuidade com tais ideias.

Manzini, ao iniciar o estudo da execução penal, afirma:

> [...] a execução penal, no sentido que aqui a consideramos, é a aplicação autoritária, e em caso de necessidade coativa, das disposições de uma providência jurisdicional; isto é, uma aplicação mediata da vontade da lei feita pelo órgão executivo do Estado[20].

Para Manzini, a execução penal corresponderá a uma relação jurídica de direito público entre o Estado, que faz valer o seu poder soberano, e o sujeito contra o qual se leva adiante essa execução[21]. Para o processualista italiano, as normas que compõem a execução da pena teriam, ao mesmo tempo, três feições distintas: a) naquilo que diz respeito à realização, modificação, extinção ou não reconhecimento da pretensão punitiva do Estado, estaria presente a

18. NEPPI MODONA, Guido. Tecnicismo e Scelte Politiche nella Riforma del Codice Penale. In: *Democrazia e Diritto,* v. 17, 1977. p. 779.

19. E que já podiam ser verificados no projeto Garofalo-Carelli de 1889. Cf. GAROFALO, Rafaelle; CARELLI, Luigi. *Riforma della Procedura Penale in Italia*: progetto di un nuovo codice. Torino: Fratelli Bocca, 1889.

20. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. t. V. p. 311.

21. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. t. V. p. 312.

dimensão de direito material penal[22]; b) por seu turno, as normas que determinam as condições e os pressupostos de exequibilidade oriundos das decisões judiciais e que se destinam aos órgãos a quem incumbe promover a execução, como também aquelas que se destinam ao contencioso executivo (os incidentes durante a execução) pertenceriam ao campo do direito processual penal[23].

Evidentemente, se se levar em consideração a atual legislação brasileira, que dispõe de maneira semelhante sobre as normas relativas ao processo de execução penal, a conclusão forçosa seria a de que, então, em um processo de execução levado a cabo na Itália fascista estaria presente a jurisdicionalidade, já que as questões de maior relevância, no curso dessa espécie de procedimento, deveriam ser decididas por autoridade judiciária.

Essa maneira de se compreender o fenômeno da jurisdicionalidade da execução penal é falha por diversos motivos. O principal deles reside na insuficiência da presença de uma autoridade jurisdicional para resolver as denominadas questões incidentais e, com isso, se garantir a jurisdicionalidade. Com efeito, haveria aqui de se debruçar sobre os próprios contornos da noção de jurisdicionalidade para se poder examinar, com mais acuidade, se de fato se poderia qualificar como jurisdicional um procedimento de execução levado a cabo contra o executado, em que um juiz seria o órgão responsável pela decisão relativa aos incidentes da execução. Como se poderá verificar mais adiante, no máximo, se estaria diante de uma "jurisdicionalidade formal", em que ausentes diversos direitos e garantias fundamentais do executado.

A combinação de normas de caráter material e processual, também, revela uma opção fraca pela processualidade da execução penal. Isso porque a natureza das normas que disciplinam o regime jurídico da execução se constitui como critério insuficiente ou precário para se examinar a natureza das relações jurídicas desencadeadas no campo da execução da pena.

De toda sorte, é possível antecipar que, mesmo com a entrada em vigor da Lei 7.210/84, a natureza jurídica da execução penal não foi alterada. Pode-se vislumbrar nessa Lei um conjunto de normas acentuadas pelo paradigma tecnicista, que encapsulou diversos postulados positivistas. Essa forma de se compreender o fenômeno da execução penal deu origem ao paradigma "misto" da execução, em que se combinam normas e procedimentos de matriz

22. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. t. V. p. 313.

23. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. t. V. p. 314.

penitenciarista ou administrativa, e aquelas de caráter substancialmente jurídicas (tanto aquelas de direito material quanto as de natureza processual ou procedimental).

Aliás, na própria exposição de motivos da Lei 7.210/84 invoca-se a superação do paradigma administrativista[24], sem que, contudo, realmente fosse introduzido um modelo que pudesse, de alguma forma, introduzir um processo de execução da pena de corte acusatório.

O que se está a asseverar aqui é que o sistema dito "misto" de execução da pena não passa de uma metamorfose do modelo administrativo, operação de escamoteamento de sua verdadeira natureza que se deveu, no Brasil, ao menos em parte, pelas correntes tecnicistas.

3. Sob o signo da continuidade: a Lei 7.210/84 e o modelo "híbrido de execução penal"

Pode-se afirmar que três seriam os modelos conhecidos de execução penal conhecidos: os modelos administrativos, os jurisdicionais e os mistos[25]. Importante questão reingressa na discussão sobre a natureza jurídica da execução penal: a diferença entre atos de administração e os atos de jurisdição. Para que se possa seguir, uma análise rápida das teses sobre a natureza da jurisdição precisa ser levantada.

Inicialmente, uma das mais conhecidas características da jurisdição, na linha de compreensão de Chiovenda, reside na substitutividade. Como afirma o processualista italiano, o traço fundamental da jurisdição não pode ser encontrado nas garantias orgânicas da magistratura, na natureza pública ou privada dos interesses em jogo, na noção de que a jurisdição procede por meio da distribuição de sanções ou, ainda, se o elemento vontade é fundamental para a definição dos atos processuais, como a sentença. Para Chiovenda, o traço fundamental da atividade jurisdicional reside na substitutividade, isto é, a substituição de uma atividade pública a uma alheia. E essa substituição, de

24. "10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal". Exposição de Motivos da Lei 7.210/84. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html]. Acesso em: 10.02.2018.

25. MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A Posição Jurídica do Recluso da Execução da Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 38-54.

acordo com Chiovenda, se daria em dois momentos: no processo de conhecimento e no processo de execução[26]. Por seu turno, faltaria à administração o caráter substitutivo, uma vez que imporia direta e imediatamente, por meio da lei, agindo por conta própria. Ainda, de acordo com Chiovenda, "o juiz age atuando a lei; o administrador age em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta"[27]. Por fim, segundo Chiovenda, enquanto a administração é uma atividade primária ou originária, a jurisdição seria uma atividade secundária ou coordenada[28].

Nesta linha de argumentação é possível situar o pensamento de Fernando de Albuquerque Prado, advogando a natureza administrativa da execução penal, já que o Estado agiria de forma soberana. Se fosse jurisdicional, afirma o autor, haveria a subordinação a interesses de outros[29].

Uma segunda teoria – a de Enrico Allorio – afirma que a natureza diferencial entre atos de jurisdição e administração é a produção da coisa julgada[30]. Para Allorio, apenas a jurisdição poderá provocar o nascimento da coisa julgada. No campo da execução penal, pouca importância se poderia creditar à esta teoria, à medida que a execução da pena parte da produção da coisa julgada penal. Dessa maneira, ela somente poderia se prestar a justificar um caráter administrativista da execução. Embora partidário da noção chiovendiana de jurisdição (caracterizada pela noção de substitutividade), Hélio Tornaghi sustentará, em sua mais notável obra, que uma vez que o conflito seja solucionado pela decisão transitada em julgado (por meio de uma sentença proferida por terceiro estranho ao conflito), já não haveria mais que se falar de jurisdição. Ao que seguiria, portanto, o início da fase administrativa[31]. Segundo Eugenio Florian, a concepção administrativista da execução da pena adviria da matriz

26. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2009. p. 520.
27. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2009. p. 521.
28. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2009. p. 521.
29. PRADO, Fernando de Albuquerque. *Estudos e Questões de Processo Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954. p. 88.
30. ALLORIO, Enrico. Saggio Polemico Sulla "Giurisdizione" Volontaria. In: ALLORIO, Enrico. *Sulla Dottrina della Giurisdizione e del Giudicato e Altri Studi*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 32-33.
31. TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 92-96.

francesa, sendo que à italiana corresponderia aquela que concebe a execução da pena como um conjunto de normas híbridas: normas e relações jurídicas e administrativas, simultaneamente[32].

Uma terceira, e última corrente que pode ser citada, é aquela de Carnelutti, segundo a jurisdição consistiria na justa composição da lide, isto é, dependente de uma sentença declaratória, não havendo, portanto, jurisdição no processo de execução[33]. Novamente, apoiando-se nela, chega-se facilmente a uma concepção administrativa da execução penal.

Como se pode perceber, as clássicas teorias da jurisdição são instrumentos inadequados para se poder compreender a necessidade de se jurisdicionalizar o processo de execução penal. Pode-se concluir facilmente que a supremacia dessas teorias, especialmente no período de elaboração e aprovação da Lei 7.210/84, manteve a execução da pena neste cenário, muito embora já se assumisse uma perspectiva "mista" da execução.

A questão fundamental é que a "concepção mista" de execução da penal é justamente aquela que se coadunou com a matriz italiana elaborada pelo Codice Rocco. Evidentemente, a esclerose da concepção formalmente substitutiva da jurisdição (Chiovenda) impossibilitaria seguir-se defendendo uma execução penal de caráter meramente administrativo. Ou seja, com efeito, se o tecnicismo jurídico-penal tomou emprestadas diversas categorias dos positivistas, certo é que a interferência e a subordinação de determinadas questões aos juízes da execução também possibilitaram um controle mais acentuado sobre o que se passava nas prisões. Ou seja, retirando a supremacia do administrador do presídio e vinculando determinados conteúdos à análise judicial, o tecnicismo garantiu à magistratura controle sobre a execução da pena. Tais questões foram chamadas de "incidentes da execução", a reclamar atuação do

32. FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1932. p. 514.

33. "Uma exigência de ordem me aconselha considerar como rigorosamente distintas a função jurisdicional e a função processual. A segunda é o *genus* e a primeira *species*. Nem todo processo implica exercício de jurisdição, e sim tão apenas aquele cuja finalidade será explicitada no primeiro dos capítulos em que este título se divide. Especialmente, é processo, e não jurisdição, a execução forçada". CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v. I. p. 221-222. Essa posição será reavaliada pelo próprio Carnelutti, que voltará atrás e, especialmente no campo do processo penal, falará que se trata de um campo jurisdicional. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Campinas: Bookseller, 2004. t. II. p. 265.

magistrado. Como se pode verificar no corpo da Lei de Execuções Penais no Brasil, inclusive a mesma terminologia tomada dos italianos permanece no corpo do texto legal, em seu Título VII, que inicia com "Os Incidentes da Execução".

Para Scarance Fernandes, a corrente "mista" de execução penal parte da existência de dois elementos centrais: "a expiação da pena feita intramuros, nos estabelecimentos carcerários, e a processualização dos incidentes"[34]. Contudo, como bem observa o processualista, os incidentes de execução são na verdade, "procedimentos incidentais de execução", o que rende a inevitável conclusão: se se tratam de procedimentos incidentais, o processo de execução, em si, seria de natureza administrativa[35]. Mais do que uma natureza híbrida, a corrente "mista" da execução penal reafirma os velhos postulados administrativistas, resguardando alguns poucos conteúdos que acabam sendo subordinados à atuação jurisdicional[36]. No Brasil, pode-se encontrar essa perspectiva no pensamento de Espínola Filho, que assevera que só se sujeitam ao poder judiciário os incidentes da execução, não se admitindo a interferência judiciária no âmbito interno das prisões[37]. O argumento, comumente verificado para limitar a atuação jurisdicional no campo interno das casas prisionais, é justamente a ideia de se garantir a disciplina carcerária. O ponto nevrálgico, de acordo com Salo de Carvalho, reside que, em se admitindo uma concepção meramente administrativista da execução, ou ainda, a sua natureza "mista", os direitos dos apenados aparecem como "benefícios" concedidos pelo Estado[38]. Nesse

34. FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdicionalizado. *Revista Justitia,* São Paulo, v. 56. n. 166, 1984. p. 32-33.

35. FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdicionalizado. *Revista Justitia,* São Paulo, v. 56. n. 166, 1984. p. 36. No mesmo sentido é a conclusão de Marrone: "esses episódios de jurisdicionalidade, que a execução penal acaso possui, manifestam-se nos determinados incidentes de execução, nos quais o juiz é obrigado a intervir não somente para fiscalizar a execução, mas também para decidir conflitos efetivos entre a pretensão do Estado e o direito do cidadão". MARRONE, José Marcos. Há Jurisdição na Execução Penal. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 44, n. 116, 1982. p. 88.

36. Carnelutti falará em uma contaminatio entre jurisdição decisória e executiva no campo dos incidentes da execução. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Campinas: Bookseller, 2004. t. II. p. 266.

37. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. VII. p. 319-320.

38. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 167.

sentido, a qualificação de direitos concedidos pelo Estado se arvora na mesma linha do tecnicismo jurídico, no qual os direitos subjetivos são, em realidade, concessões estatais.

Tome-se como exemplo alguns processualistas vinculados ao tecnicismo que se poderá perceber a extensão do problema em questão. Para Leone, afasta-se qualquer espécie de caráter jurisdicional e, por conseguinte, processual da execução penal, exceção feita aos "episódios jurisdicionais"[39]. A natureza administrativa da execução penal, de acordo com Leone, derivaria dos seguintes critérios: a) ela é de competência exclusiva do Ministério Público, que nesse procedimento agiria como órgão do poder executivo; b) às pessoas contra as quais se dirige a execução penal não se reconheceriam direitos subjetivos e, em decorrência disso, não teriam o direito de fazer valer as suas pretensões. Nestes poucos casos em que se admite poderem os presos formularem seus pleitos, se estaria diante dos incidentes da execução[40]. O fundamento para tanto vai ao encontro de toda a juspublicística que forneceu as bases para o pensamento tecnicista italiano (seguramente um pensamento conservador e em muitas oportunidades, autoritário[41]). Assim, segundo Leone, mesmo que se reconhecesse aos condenados uma esfera de interesses protegidos, era imperioso reconhecer que a execução penal italiana estaria fundada no estado de sujeição do condenado. Dessa forma, não sendo destinatário de obrigações e, com mais propriedade ainda, de direitos[42].

De forma ainda mais clara e intensa se expressará o pensamento de Silvio Ranieri, outro importante jurista que se pode reconhecer como pertencente à corrente tecnicista. Segundo Ranieri, a execução da pena nada mais é do que um complemento da jurisdição. Assim, enquanto esta é uma atividade destinada à cognição, que se exaure a partir da decisão irrevogável, a execução

39. LEONE, Giovanni. *Manuale di Procedura Penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962. p. 518.

40. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1951. p. 378.

41. Cf. COLAO, Floriana. Características Originárias e Traços Permanentes do Processo Penal: do Código "moderadamente liberal" ao "Código fascista" e ao "primeiro Código da República". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3.

42. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1951. p. 378.

consiste em uma atividade prática de atuação da norma penal e, aplicando os meios adequados, inclusive a força física, é uma atividade operativa prática que se desenvolve pela via autoritária, mediante a sujeição do sujeito, invade a sua esfera jurídica modificando-a, independentemente da vontade do seu titular[43]. No Brasil, exemplar nesse sentido é o pensamento de Marrone, que tentará refutar a jurisdicionalidade da execução penal[44], compartilhando da tese administrativista. Segundo o autor, a execução penal seria apenas um prolongamento da fase jurisdicional (assim como para Ranieri), exatamente como o inquérito policial seria uma fase introdutiva àquela processual[45]. Na mesma esteira é o pensamento de Frederico Marques, para quem "a execução penal, portanto, é procedimento administrativo, sobre o qual há controle dos órgãos da jurisdição em incidentes litigiosos entre o Estado e o condenado"[46].

Além dessa matriz "híbrida" da execução penal, especialmente após o advento da Constituição de 1988, derivou-se uma corrente que, apesar de utilizar argumentos formalmente em consonância com a Constituição da República, no fundo, repristinam e levam adiante esse sistema. Como exemplo, pode-se citar aqui o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, para quem a jurisdição na execução penal consistirá em resolver os incidentes processuais. Naturalmente, como já foi referido, se se afirma a existência de um processo incidental, é justamente porque em essência a execução seria de natureza administrativa[47].

---

43. RANIERI, Silvio. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1948. p. 311.

44. "Perfilhamos à tese administrativista. Modestamente, entendemos que a execução penal é uma atividade preponderantemente administrativa, pois o Estado satisfaz interesse próprio dotada, porém, de jurisdicionalidade episódica". MARRONE, José Marcos. Há Jurisdição na Execução Penal. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 44, n. 116, 1982. p. 94.

45. Idem.

46. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I. p. 237.

47. Para a autora, "a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais". Segue ainda a autora: "mas é preciso separar os dois aspectos. A Aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos Códigos Penal e Processual Penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual". Por fim: "o processo

De toda forma, tem-se um pensamento que não se descola do legado tecnicista, muito embora pulverizado por um discurso de ordem constitucional, mais aberto e democrático que seu antecessor italiano.

Deve-se notar que, do ponto de vista exclusivamente do direito processual penal, verifica-se que o procedimento para concretizar diversos aspectos da execução da penal não divergia daqueles estabelecidos no CPP de 1941, revogado pela Lei 7.210/84. Na exposição de motivos da Lei de Execuções Penais, o legislador dedica apenas três pontos para tratar do procedimento judicial, limitando-se a declarar que: a) o juízo da execução é o foro natural para o julgamento de atos praticados por autoridades no curso da execução da pena; b) para afirmar que um maior número de interessados (Ministério Público, defensor, apenado e Conselho Penitenciário) estariam legitimados para invocar a prestação jurisdicional; c) que o procedimento judicial comporta produção de prova pericial ou oral, sendo todas as decisões recorríveis por intermédio do agravo (que não possui efeito suspensivo)[48].

Como se pode constatar, tais declarações de intenção se ajustam cristalinamente ao espaço dedicado pela própria Lei de Execuções Penais ao procedimento judicial, ou seja, não há muitas controvérsias acerca do escasso tratamento dedicado ao campo da jurisdicionalidade na execução da pena no Brasil. A ausência de maiores preocupações com a procedimentalidade dos "incidentes" traz à tona a referida continuidade com as concepções de jurisdicionalidade oriundas do tecnicismo: a jurisdicionalidade estaria garantida pela presença de um juiz que julgaria determinadas questões, sendo tais decisões passíveis de recurso. Admite-se a prova (pericial ou oral), muito embora a lei em nenhum momento estabeleça procedimento, oportunidade, prazos e a própria forma como deveriam ser tais questões resolvidas. Isso indica – e a prática forense é reveladora desse *status* – que a jurisdicionalidade se esgotaria na necessidade de certas decisões serem tomadas pela autoridade judiciária, pouco

---

de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional. Em seus momentos inicial e final, ao menos. E ao longo de todos os incidentes processuais que pontilham a relação jurídico-processual executória". GRINOVER, Ada Pellegrini. A Exigência de Jurisdicionalização da Execução na América Latina. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 259-260.

48. Exposição de Motivos da Lei 7.210/84. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html]. Acesso em: 10.02.2018.

importando se em caráter meramente homologatório ou se via decisões que criam uma nova situação jurídica. Seja como for, trata-se, como já mencionado, de uma jurisdicionalidade débil, incompatível com o novo paradigma trazido a lume pela Constituição de 1988. Como será observado na sequência, serão apresentados inúmeros problemas de jurisdicionalidade que podem ser encontrados na execução das penas no Brasil. Com efeito, tais apontamentos terão apenas como objetivo indicar os problemas mais graves de incompatibilidade entre as práticas inseridas em um modelo "misto" (*rectius*, administrativo) de execução da pena e a Constituição da República.

Uma última conclusão antes de avançar. O tratamento insistentemente "híbrido" da execução penal é, com efeito, um entrave ao processo de jurisdicionalização. A Lei de Execuções Penais, ao disciplinar unicamente os "incidentes da execução", mantém-se na continuidade de um extenso campo administrativista que corresponde, portanto, à sua verdadeira natureza. Como se referiu no exame do pensamento tecnicista, a concepção de que os incidentes são episódicas manifestações da jurisdicionalidade se mantém intacta. Quiçá travestida de alguma nova roupagem. Seja como for, se tentará identificar alguns elementos fundamentais para que se avance no desenvolvimento de um procedimento executório de natureza efetivamente jurisdicional e não mais um procedimento em que de forma espasmódica, a jurisdição tem lugar.

Como se tentou demonstrar nesse tópico, no Brasil tem-se ainda a prevalência de uma concepção novecentista de execução penal, de origem essencialmente administrativa, que impõe aos apenados uma espécie de "relação especial de sujeição" ao Estado. Neste sentido é que essa noção de "relação especial de sujeição" tem norteado a série de limitações impostas ao princípio da legalidade em sede de execução da pena[49]. O que já foi enfatizado anteriormente, e que constitui o grande óbice para a plena jurisdicionalização da execução, é justamente que, diante dessa perspectiva, na execução, o apenado possui apenas deveres e obrigações, reconhecendo-se, por meio de concessão estatal, certos "benefícios"[50]. Evidentemente, tal concepção é atualmente inaceitável, como, inclusive, já decidiu a Corte Interamericana de Direitos

49. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La Cuestión Carcelaria*: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

50. No mesmo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1996. p. 114. No mesmo sentido, KENDALL CRAIG, Stephen. *Tutela Judicial Efectiva en la Relación Jurídica Penitenciaria*. Santiago: Librotecnia, 2010.

Humanos no caso Vélez Loor *vs* Panamá[51], determinando obrigações do Estado diante da situação jurídica do apenado. Tal obrigação seria de natureza tríplice: a) uma obrigação de tipo negativo, ou seja, de não realizar ações que impliquem em cerceamento de direitos não afetados pela condenação; b) obrigações de tipo positivo, ou seja, de realiar ações que visem à garantia dos direitos dos condenados; c) e, ainda, obrigações de promoção: ações do Estado destinadas à promoção de determinados direitos, como campanhas de prevenção. A posição de garante do Estado aparece em uma multiplicidade de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como nos casos Neira Alegría y Otros *vs* Perú[52], reconhecendo-se o dever de o Estado não limitar mais direitos do que aqueles reconhecidos na condenação, como no caso Instituto de Reeducación del Menor *vs* Paraguay[53], não podendo invocar a ausência de recursos econômicos para satisfazer o direitos dos condenados, como no caso Vélez Loor *vs* Panamá[54], assinalando a necessidade de se garantir a dignidade dos apenados, como no caso Penal Miguel Castro Castro *vs* Perú[55].

Em termos de direito comparado, a legislação argentina, para ficar com apenas esse exemplo, por meio da Lei 24.660, em seu art. 3º, impõe o que se chama de "controle jurisdicional permanente", determinando a competência do juiz da execução para conhecer de questões relativas à eventual violação de direito do condenado (art. 4º). De acordo com Arocena, a plena vigência dos direitos dos apenados exige mais do que a mera proclamação de direitos em nível normativo. As garantias dos apenados serão postas sob proteção mais intensa a partir da judicialização integral da execução penal, que permita assegurar a aplicação prática destes direitos, sem deixar que se tornem letras mortas[56]. De

51. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf]. Acesso em: 14.02.2018.
52. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.
53. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf]. Acesso em: 11.02.2018.
54. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf]. Acesso em: 14.02.2018.
55. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf]. Acesso em: 09.01.2018.
56. AROCENA, Gustavo A. Las Directrices Fundamentales de la Ejecución de la Pena Privaitva de la Libertad em el Derecho Argentino. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. XLI, n. 122, México D.C, Unam, 2008. p. 576.

acordo com Bovino, a necessidade de fiscalização judicial pode ser compreendida como uma manifestação do dever estatal de dar acesso ao controle judicial sobre qualquer ato da administração que afete ou possa afetar direitos fundamentais das pessoas[57]. Dessa forma, o controle jurisdicional e a judicialização da execução penal corresponde à tutela do princípio de legalidade executiva, pressupondo que a intervenção do judiciário seja realizada por meio de uma magistratura especializada (juízes de execução) e a ampliação das funções judiciais durante essa etapa, retirando-se da administração tais faculdades[58].

Segundo Arocena, são quatro as funções atribuídas aos juízes de execução para que se possa contemplar uma jurisdicionalização da execução. Em primeiro lugar, as funções de tutela, em que o juiz da execução deverá decidir, em tempo razoável, todas as petições e queixas dos internos; em segundo lugar, as funções decisórias em questões relativas às modalidades de execução "em sentido estrito", compreendendo aqui as saídas temporárias, a progressão de regime, a revogação de direitos, a conversão das sanções etc. De regra, aqui, estariam os "incidentes na execução". Em terceiro lugar, as funções de controle, que dão competência ao juiz da execução para determinar o transporte do preso (como centros hospitalares, psiquiátricos etc.). Também, nesse aspecto, caberá ao juiz conhecer e examinar todos os recursos interpostos pelo apenado contra as sanções disciplinares impostas pela administração da casa prisional. Por fim, e em quarto lugar, as funções de mero conhecimento, segundo as quais deverá o juiz da execução periodicamente inspecionar a casa prisional, verificando a legalidade e constitucionalidade das instalações e condições[59].

No que diz respeito à discussão sobre as garantias processuais no âmbito da execução da pena, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem avançado timidamente no reconhecimento da necessidade de observância dos direitos processuais. Assim, exemplificativamente, no caso Chocrón Chocrón *vs* Venezuela[60], reconheceu-se o controle jurisdicional sobre os atos da adminis-

57. BOVINO, Alberto. *Control Judicial de la Privación de la Libertad y Derechos Humanos*. Disponível em: [www.bu.ufsc.br/ControlJudicial.pdf]. Acesso em: 23.02.2018.

58. AROCENA, Gustavo A. Las Directrices Fundamentales de la Ejecución de la Pena Privaitva de la Libertad em el Derecho Argentino. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. XLI, n. 122, México D.C, Unam, 2008. p. 577-578.

59. AROCENA, Gustavo A. Las Directrices Fundamentales de la Ejecución de la Pena Privaitva de la Libertad em el Derecho Argentino. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. XLI, n. 122, México D.C, Unam, 2008. p. 578-580.

60. Disponível em: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf]. Acesso em: 11.02.2017.

tração (vinculado ao art. 8.2 da CADH). Fundamentalmente, o objeto de análise da Corte foi o dever de motivação das decisões administrativas e também o direito de se recorrer a um juízo, de todas as decisões administrativas[61]. Outro caso importante, do ponto de vista da jurisdicionalização da execução é Claude de Reyes y Otros *vs* Chile[62], em que se reconhece que as garantias previstas na Convenção se aplicam não apenas a juízes ou tribunais pertencentes ao quadro judiciário, mas a todas as autoridades. Nessa decisão também se reconhece o direito ao recurso, inclusive contra decisões ou sanções de natureza administrativa[63]. No caso Escher y Otros *vs* Brasil, também se reconheceu o dever de os órgãos administrativos motivarem as decisões[64].

61. No parágrafo 18 da sentença lê-se: "el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueran los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas em el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso". O direito ao recurso também se verifica no julgamento do caso Herrera Ulloa *vs* Costa Rica, onde, no parágrafo 165, a Corte decidiu que "independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice um examen integral de la decisón recurrida". Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf]. Acesso em: 19.01.2017.
62. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf]. Acesso em: 09.01.2018.
63. No parágrafo 124 da decisão verifica-se: "El art. 25.1 de la Convención señala que: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier outro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la [...] Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen em ejercicio de sus funciones oficiales". Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf]. Acesso em: 09.01.2018.
64. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf]. Acesso em: 12.01.2018.

Muito embora tais decisões representem, de fato, um avanço relativamente à superação de uma concepção administrativista da execução penal, não se deve perder de vista que muitos outros direitos devem ser reconhecidos. O importante, nesse momento, é apenas indicar e nominar problemas concretos da legislação brasileira de execução penal.

3.1. *A Instauração do Procedimento* Executório Ex Officio*: um procedimento naturalmente inquisitório*

Os sistemas processuais são categorias que permitem uma análise política acerca do funcionamento concreto das esferas da justiça criminal de certo Estado[65]. São ferramentas heurísticas capazes de identificar, desde uma metodologia contrafática, o nível de adequação ou afastamento de um determinado procedimento concreto, relativamente aos *standards* mínimos que um processo penal exige. Mesmo que se possa controverter sobre a característica que define um sistema como acusatório ou inquisitório[66], parece inegável que um procedimento no qual as funções de iniciar o processo e decidi-lo não podem ser delegadas a um mesmo órgão.

No Brasil, compete ao juiz da execução a expedição da guia de recolhimento após o trânsito em julgado da sentença condenatória (arts. 105 e 106 da Lei 7.210/84). Basta uma análise de direito comparado para se ter notícia de que o Brasil se encontra atrasado no quesito acusatoriedade: o CPP português define com clareza a legitimidade para instauração do processo de execução penal:

> [...] compete ao Ministério Público promover a execução das penas e das medidas de segurança e, bem assim, a execução por custas, indemnização e mais quantias devidas ao Estado ou a pessoas que lhe incumba representar judicialmente[67].

No mesmo sentido é o CPP italiano, quando dispõe, em seu art. 655.1, que o Ministério Público, salvo disposição em contrário, deve propor de ofício a

65. Cf. LANGER, Maximo. The Long Shadow of Adversarial and Inquisitorial Categories on Comparative Criminal Procedure. In: DUBBER, Markus D; HOERNLE, Tatjana. *Handbook on Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

66. Nesse sentido, por todos, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

67. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=]. Acesso em: 20.03.2018.

execução. Além disso, no art. 655.2, afirma que o Ministério Público direciona os seus requerimentos ao juiz competente e deve intervir em todos os atos da execução. A mesma orientação de um processo de execução de partes pode ser encontrada no art. 656.1, que estabelece os poderes do Ministério Público para requerer a execução da pena. Sobre a situação brasileira, nesse ponto, afirma Geraldo Prado que

> [...] 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[68].

Mas a iniciativa do juiz, no campo da execução penal, não se encontra presente unicamente neste dispositivo. Ao tratar do procedimento judicial, o art. 195 da Lei de Execuções Penais afirma que

> [...] o procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou ainda, da autoridade administrativa.

Evidentemente, a acusatoriedade de qualquer procedimento de natureza jurisdicional não pode confundir o papel do juiz com o dos sujeitos processuais. A título de introdução, às mazelas do procedimento judicial de execução da pena no Brasil, traveste-se o processo de execução da pena, de nítidos contornos inquisitórios, mantendo linha de afinidade com o próprio Código de Processo Penal. Contudo, os problemas não se esgotam por aí.

3.2. Devido processo penal na execução? Uma leitura crítica

Assim como a imposição de pena reivindica obrigatoriamente um processo, em face ao princípio da necessidade[69], a execução dessa pena, obviamente, também necessita de um processo penal, em sentido estrito, jurisdicionalizado, como forma de limitação e controle do poder punitivo[70] que não mais se

68. PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Modelo Acusatório. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 408.

69. ORBANEJA, Gómez. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona: Bosch, 1951. t. I. p. 27.

70. Nesse sentido: "A adoção de um procedimento judicial e definitivo para o julgamento das faltas disciplinares constituiria significante instrumento formal de contenção

afigura possível no plano consequencial abstrato, mas que agora se encontra concreto e em pleno exercício de sua força em desfavor do condenado. Por isso, quando Aury Lopes Jr. ensina que, para que a pena seja "aplicada", é necessário um devido processo legal[71], é preciso compreender que a pena depende de um processo para ser imposta (fixada), mas também para ser cumprida (executada).

Logo, a necessidade de um verdadeiro processo e não mero procedimento de execução penal. Nesse processo, identifica-se uma verdadeira situação jurídica, como descreveria Goldschimdt, pois, as *expectativas*, *perspectivas*, *possibilidades* são de possível verificação no processo de execução penal, assim como a atribuição de *carga processual* recaindo tão somente para o Ministério Público[72], pois, o condenado durante o cumprimento de pena não possui qualquer carga processual[73], apenas o risco de que o cometimento de alguma falta no curso da execução lhe prejudique no aproveitamento de determinados direitos como a progressão de pena, o livramento condicional, a saída temporária e outros.

Em sendo processo judicial de natureza penal, ainda que não mais um processo de conhecimento e sim processo de execução, é preciso que qualquer ato que afete direitos do condenado não desconsidere as garantias fundamentais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duplo grau, publicidade, igualdade[74], começando pela presunção de inocência.

---

do poder punitivo estatal, em sede de execução de pena". ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 210.

71. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução Crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 63.

72. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1961. v. II. p. 76, 79 e 84.

73. Um exemplo acerca da carga processual na execução de pena é demonstrado por Rodrigo Duque Estrada, ao afirmar que: "Assim é que, competindo ao Ministério Público a apresentação de fatos obstativos, modificativos ou extintivos dos direitos das pessoas condenadas, se o *Parquet* não impugna a homologação do cálculo de pena favorável ao condenado, ou ainda, deixa de requerer alguma diligência no primeiro momento cabível, operada está a preclusão, não podendo haver qualquer modificação posterior em prejuízo ao indivíduo" (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 571).

74. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 208.

3.2.1. A presunção de inocência na apuração de falta grave

Não restam muitas dúvidas de que a apuração de falta grave interfere diretamente na qualidade da pena a ser cumprida. Preliminarmente, a prática de falta grave produz efeitos sobre o cumprimento da pena, tendo em vista que: a) gera a regressão de regime, reiniciando a contagem do prazo para nova progressão, a partir da quantidade de pena a cumprir (art. 118, I, da Lei 7.210/84); b) produz a revogação da saída temporária (art. 125 da Lei 7.210/84); c) gera a perda dos dias remidos, na proporção de 1/3 (art. 127 da Lei 7.210/84) da pena; poderá acarretar a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Portanto, a imputação de falta grave implica, inarredavelmente, na redução de direitos ou, ainda, no maior rigor do cumprimento da pena. O seu caráter, portanto, é de natureza penal e não exclusivamente disciplinar.

A questão inicial que se deve trazer à colação diz respeito à forma usual como se apura a prática de falta grave e a limitadíssima jurisdicionalidade contida no atual procedimento. Quando o apenado é suspeito de ter cometido falta grave, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante no Brasil, o diretor da casa prisional deverá determinar a instauração de procedimento administrativo (art. 59 da Lei 7.210/84). Em tal procedimento, se deveria resguardar o direito de defesa, via atuação de advogado constituído ou defensor público nomeado. Esse é o teor da Súmula 533 do STJ.

Contudo, se por um lado se reconhece a legitimidade do diretor da casa prisional para a apuração de falta grave, há que se ter em mente o disposto no art. 48 da Lei de Execução Penal, que estabelece que, uma vez instaurado o procedimento, deverá a autoridade administrativa representar ao juízo das execuções, com o propósito de aplicação da regressão de regime, revogação das saídas temporárias, conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. O único dispositivo que trata de uma circunstância minimamente procedimental, no texto da Lei 7.210/84, é o art. 118, § 2º, que afirma que o apenado deverá ser previamente ouvido em audiência, perante a autoridade judicial. A menção previamente, portanto, somente pode se referir à aplicação da regressão de regime que é o objeto do art. 118 da LEP. Todavia, inexiste procedimento judicial para a apuração de falta grave, o que claramente viola a estrita jurisdicionalidade. A atual prática de simplesmente o juiz ouvir o preso e homologar o procedimento administrativo para a apuração de falta grave não é admissível à luz da Constituição, isto a duas razões: a) em se admitindo que o procedimento administrativo possa ser homologado e, então, dele se extrair as consequências que interferem diretamente no rol de direitos do apenado, se está, em última instância, autorizando que um procedimento administrativo seja

instrumento suficiente para a limitação de direitos fundamentais; b) tal modo de agir, além de admitir que procedimento administrativo dite efeitos de ordem jurisdicional, ofende a ideia de acusatoriedade, uma vez que não há uma imputação clara contra o apenado, o que deveria ser garantido sob o prisma de um modelo no qual o exercício do contraditório seja amplo, e a imputação de falta grave limitada por uma acusação.

A admissibilidade para que elementos integrantes de um procedimento administrativo produzam efeitos jurídicos corresponderia à possibilidade de se autorizar uma condenação tendo unicamente por elemento valorativo o inquérito policial, que também possui natureza administrativa. De acordo com o art. 155 do CPP, o inquérito policial não pode ser utilizado como fonte única de condenação. Justamente pela sua natureza administrativa e pela ausência de contraditório e ampla defesa.

Se não se admite uma condenação sustentada exclusivamente em inquérito policial, a mesma lógica deveria ser aplicada à fase de execução penal. Para que direitos pertencentes ao apenado sejam reduzidos ou revogados, inevitável que haja procedimento judicializado. A mera homologação do procedimento administrativo disciplinar é insuficiente para se garantir um mínimo de jurisdicionalidade. Em outras palavras, a jurisdicionalidade não vem garantida apenas em razão de um juiz decidir sobre determinadas consequências extraídas da prática de uma falta grave. Admitir-se que o conteúdo substancial, a partir do qual decide o magistrado sobre o conjunto de direitos do apenado, no curso da execução, está alicerçado exclusivamente em matéria administrativa, traz, como consequência inafastável, a conclusão de que o procedimento de execução penal não se encontra devidamente judicializado. Há aí marcas indeléveis da sobrevivência de uma concepção administrativa da execução da pena, superada pela Constituição da República. O direito de defesa (que deve ser judicial), a existência de um órgão que impute claramente ao apenado a falta grave (necessidade de o Ministério Público formular uma acusação pleiteando a perda ou restrição de direitos), a indicação das provas a serem produzidas para a comprovação da imputação, enfim, corresponde ao mínimo exigível para que a esfera de direitos subjetivos do apenado possa ser atingida.

Ademais, a necessidade de um procedimento judicial para a imposição das sanções decorrentes da prática de falta grave também tem relação direta com a presunção de inocência.

Presunção de inocência corresponde a uma norma que possui tríplice caráter: como norma de tratamento, como norma probatória e norma de juízo. Em seu primeiro aspecto, a presunção de inocência corresponde ao denominado "estado de inocência", segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado

se não após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, exemplificativamente, processos ou inquéritos policiais em curso não podem ser valorados como maus antecedentes (como já decidiu o STJ na Súmula 444). Já em seu segundo aspecto, como norma probatória, a presunção de inocência estabelece o dever de a acusação provar o alegado. Por fim, como norma de juízo, deverá o juiz, em caso de dúvida, decidir favoravelmente ao réu. Sucintamente, essas as expressões que podem ser encontradas na presunção de inocência[75].

Em se admitindo que os elementos que integram o procedimento administrativo disciplinar sirvam como o conteúdo nuclear da decisão que reconhece a prática de falta grave, aplicando as sanções recomendadas pela Lei de Execuções Penais, tem-se duas situações ofensivas à presunção de inocência: em primeiro lugar, há inobservância da norma probatória, já que: não existe tecnicamente prova da falta grave, pois não houve judicialização dos elementos de convicção, exclusivamente administrativos, extraídos do PAD; não há sequer um órgão acusador que deve comprovar o alegado. O diretor da casa prisional representa ao juiz que, de ofício, decide. Desejando, pode o apenado indicar provas ou requerer diligências. Entretanto, há inegável inversão da carga probatória, já que se atribui ao acusado a faculdade de derrubar os elementos contidos no procedimento administrativo. Sem um órgão para formular a imputação de prática de falta grave (nesse caso o Ministério Público) nem indicar as provas que pretende produzir, não há, com efeito, como se falar em presunção de inocência, já que a falta é reconhecida apenas no âmbito administrativo, sendo o judiciário chamado a chancelar tais atos. O apenado é que deveria trazer provas cabais para "desfazer" a presunção gerada pelo PAD. Dada fragilidade de sua situação jurídica, como reconhecido em diversos casos anteriormente referidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, essa prova dificilmente seria produzida, acarretando o esvaziamento do próprio controle jurisdicional. Contudo, nunca é demais lembrar que o apenado deve ser presumidamente inocente diante dos fatos supervenientes que se sucedam após o trânsito em julgado da sentença condenatória, incluindo-se entre eles as faltas graves[76]. Esse problema também alcança a norma de juízo (*in dubio pro reo*), pois efetivamente não existe imputação formulada por um órgão acusador. Na

75. Cf. ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D'Innocenza Dell'Imputato*. Bologna: Zanicheli, 1979. No Brasil, cf. MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

76. LOPES JÚNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 383.

realidade, opera-se uma inversão inconstitucional: encerrado o procedimento administrativo para apuração de falta grave, caberá ao acusado tentar indicar provas e requerer diligências para "provar não ter cometido falta grave", de modo que aí se encontra estampada uma excepcionalização indevida à presunção de inocência. Em um procedimento em obediência à estrita jurisdicionalidade, a presunção de inocência deve viger em todas as fases do procedimento penal, inclusive o de execução da pena no que se relaciona com os fatos supervenientes.

3.2.2. Quem é parte de um verdadeiro processo de execução penal (?) e a ampla defesa do condenado

Em um ambiente ainda distante da jurisdicionalidade, que insiste na ideia de que "a execução da pena é, essencialmente, atividade da administração, e não atividade judicial"[77], o condenado em cumprimento de pena sequer é considerado como parte daquilo que somente pode ser chamado de procedimento e não processo de execução. Segundo Beling, participam da execução, apenas: a) as autoridades responsáveis pela realização da execução de pena, em regra, o Ministério Público e Juízes ou Tribunais; b) os órgãos executivos da pena (responsáveis diretos pela execução)[78].

Primeiramente, observa-se que, num cenário em que sequer é dada a condição de parte ao condenado, certamente o apenado não poderá ser sujeito de direitos, convertido em mero objeto do processo – como em todo processo inquisitório[79] – sobre o qual recai a execução da pena. Nesse ambiente, falar em atuação da defesa soa como verdadeiro obstáculo, o que revela ares similares de substanciosa inquisitorialidade do modelo[80], guiado pela crença de que a

77. BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943. p. 367. No mesmo sentido, já foi colacionado neste trabalho o entendimento de Vincenzo Manzini para quem a execução penal também representa "uma aplicação mediata da vontade, da lei feita pelo órgão executivo do Estado" (MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954. t. V. p. 311).

78. BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943. p. 368.

79. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução Crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 151.

80. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993. p. 139.

pena é um mal merecido pelo condenado[81], naturalizando a forma-prisão[82]. Em um processo desta natureza, resulta fácil chegar às mesmas conclusões de Baratta quando afirma o autor que a função da prisão é "constituir e manter uma determinada forma de marginalização"[83]. Tanto é assim que, em pesquisa empírica sobre a execução penal no Estado de São Paulo – diga-se de passagem onde se encontra o maior número de presos no Brasil[84] –, Rafael Godoi verificou que:

> [...] na execução penal o Ministério Público tende a atuar no sentido de intensificar a punição imposta. Os juízes de execução também tendem a referendar um uso mais intensivo da prisão. Esse punitivismo exacerbado não encontra freio, em grande medida, pelo modo como estão estruturados os serviços de defesa pública.[85]

Além disso, nas palavras de Salo de Carvalho, verifica-se atualmente que

> [...] os procedimentos administrativos disciplinares (PAD's) não são harmônicos com a estrutura acusatória do rito garantista, a começar pelo fato de que sequer há regulamentação prévia das "regras do jogo" procedimental, ficando os Estados com a competência de suprir as lacunas normativas da LEP[86].

Nessa ânsia de suprir as lacunas da Lei de Execução Penal e, mais do que isso, para sedimentar o afastamento da defesa do procedimento de apuração

81. BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943. p. 367.
82. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 225.
83. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 187.
84. Tomamos como parâmetro, em amostragem, o Estado de São Paulo que de acordo com o último INFOPEN (junho de 2016) possui 33,1% de toda a população prisional do Brasil, com 240.061 pessoas presas. Como parâmetro, se o Estado de São Paulo fosse um país, no ranking mundial de presos estaria na 7ª (sétima) posição. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All]. Acesso em: 23.08.2018.
85. GODOI, Rafael. *Fluxos em Cadeia*. As prisões em São Paulo na virada dos tempos. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 57.
86. CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 198.

de falta disciplinar no curso da execução penal, surgiram alguns enunciados sumulares, que repristinam velhas formas do inquisitorialismo administrativo da LEP. Dessa maneira, tem-se a Súmula Vinculante 5[87], aduzindo que a falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Registra-se que, posteriormente houve edição da Súmula 343 do STJ[88], que, em sentido contrário, passou a determinar a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar[89]. Dirimindo esse conflito, o Supremo Tribunal Federal manifestou que a Súmula Vinculante 5 tem sua aplicação restrita aos procedimentos de natureza cível[90]. No âmbito específico da execução penal, houve ainda a edição da Súmula 533 do STJ,[91] garantindo a imprescindibilidade do procedimento disciplinar e do direito de defesa para o reconhecimento da falta disciplinar.

Ocorre que, na prática, novamente os dados verificados por Rafael Godoi mostram que a ausência de jurisdicionalidade estrita no processo de execução penal guarda relação com o (não) exercício do direito defesa que, acaba, na maioria dos casos, sendo realizado por defesa pública (Defensores Públicos ou advogados inseridos em programas de assistência judiciária gratuita), que sofrem com a escassez de recursos, agravada pela ausência de contato com o preso, tudo isso acarretando a ausência de produção probatória em favor da defesa, o que condiz com a atuação de uma defesa meramente protocolar, sobretudo, no procedimento para apuração de faltas disciplinares[92].

87. Súmula Vinculante 5:"A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199]. Acesso em: 21.08.2018.

88. Súmula 343 do STJ: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar". Disponível em: [ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf]. Acesso em: 21.08.2018.

89. Súmula 343 do STJ. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf]. Acesso em: 21.08.2018.

90. STF, RE 398.269, 2ª T., j. 15.12.2009. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2153527]. Acesso em: 21.03.2018.

91. Súmula 533 do STJ: "Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado". Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0]. Acesso em: 21.03.2018.

92. GODOI, Rafael. *Fluxos em Cadeia.* As prisões em São Paulo na virada dos tempos. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 57-59. E, ainda, relatando

O que existe, de fato, é uma "ampla defesa ficta", cuja eficácia, ao final de contas, acaba sendo a de servir como filtro ratificatório de decisões substancialmente administrativas e não jurisdicionais. O que se percebe é que essa tentativa de isolamento de atos coloca o juiz na posição de mero avalista[93] ou homologador[94] do ato administrativo, tornando a execução penal um espaço de negação do direito e fazendo florescer o arbítrio punitivo[95]. O resultado, na execução penal, é um sistema de "gargalos", em que, além do fenômeno do encarceramento em massa[96], se poderia atribuir responsabilidade pelo engessamento e imobilidade do sistema de reclusão, ficando os condenados à mercê do Estado-administração.

Por vezes a prática demonstra algo ainda mais tenebroso que é a completa ausência de ampla defesa representada pela indisponibilidade da própria autodefesa, e isso se conclui da observância de dados oficiais provenientes do último mutirão carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A título de exemplo, constata-se que, no estado de São Paulo,

> [...] a Vara de Execuções Criminais da comarca de Guarulhos não apura judicialmente as faltas graves. O procedimento administrativo é encaminhado e autuado como incidente da execução. Segue com vistas sucessivas à

casos concretos: "Não é raro ouvir dos presos: 'nunca fui atendido por um advogado da casa1', ou 'só vi o advogado uma vez e já faz muito tempo' ou ainda 'mando pipa direto com a minha situação, mas não tenho nenhum retorno do advogado'" (GODOI, Rafael. *Fluxos em Cadeia*. As prisões em São Paulo na virada dos tempos. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 94).

93. GODOI, Rafael. *Fluxos em Cadeia*. As prisões em São Paulo na virada dos tempos. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 108.

94. Essa é a conclusão do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Relatório Geral – mutirão carcerário 2012 (SP), p. 18: "No Judiciário, ou aquela comunicação da autoridade administrativa não é formalmente apreciada (mas vale como se fosse uma falta reconhecida judicialmente), ou recebe uma simples decisão homologatória do juiz do processo, sem que haja a formal ouvida do preso e o cumprimento do contraditório". Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio_final_sao_paulo_versao_2.pdf]. Acesso em: 21.03.2018.

95. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal*. Uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 284.

96. Rafael Godoi, após pesquisa no sistema prisional de São Paulo, concluiu que o procedimento disciplinar é: "um sistema punitivo particular que funciona no interior do sistema penitenciário e interfere, em grande medida, nas condições e no tempo de cumprimento da pena" (GODOI, Rafael. *Fluxos em Cadeia*. As prisões em São Paulo na virada dos tempos. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 105).

> acusação e defesa e, após, à apreciação judicial. Não é realizada a audiência de justificação e o sentenciado não é ouvido[97].

Sem dúvida é preciso, urgentemente, evoluir para reconhecer que "todos os incidentes que possam ensejar a aplicação de sanção por falta disciplinar (sobretudo, de natureza grave) deveriam ser julgados pelo Juízo da Execução"[98]. Aliás, há quem defenda que a interpretação da Lei 7.210/84, sopesando seus artigos 47, 48 e 195, já conduziria à compreensão de que compete à autoridade administrativa apenas a instauração do procedimento para apuração de falta disciplinar, requerendo o correspondente início do procedimento judicial, sendo esse último o responsável pelo julgamento das faltas disciplinares[99]. Resumidamente, a única leitura constitucional possível "é aquela que dispensa à autoridade administrativa apenas o poder de apuração das faltas disciplinares, reservando ao Poder Judiciário a competência para julgado das mesmas"[100]. Senão isso, será preciso reconhecer, então, o acerto de Salo de Carvalho ao defender que "em nenhuma hipótese a falta disciplinar poderia ultrapassar a esfera administrativa para produzir efeitos no campo penal"[101], pois sem o respeito à jurisdicionalidade e ao devido processo penal, não se pode levar adiante um sistema progressivo de pena.

A deficiência, para não dizer ausência de ampla defesa, obviamente, provoca também efeitos sobre aparidade de armas na execução. Aliás, Renato Stanziola Vieira condiciona qualquer tratamento paritário no âmbito da execução penal à necessidade de jurisdicionalidade dos atos de execução e

97. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatório Geral* – mutirão carcerário 2014 (SP), p. 11. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/Relatório_Guarulhos_01042014.pdf]. Acesso em: 21.03.2017.

98. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 207.

99. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 208. No mesmo sentido: René Dotti, logo após a entrada em vigor da LEP, manifestou-se na crença de que o art. 194, por si só, afastaria a natureza administrativa dos gravames no curso da execução penal (DOTTI, René Ariel. A crise da execução penal e o papel do Ministério Público. *Revista Justitia,* São Paulo, n. 129, abr./jun., 1985. p. 47).

100. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 288.

101. CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 198.

a posição jurídica que se atribuirá ao Ministério Público[102], para, posteriormente, afirmar que

> [...] a paridade de armas, como decorrência da igualdade processual no plano do direito positivo, está presente na execução penal [...], ela deve ter sua incidência garantida em todos os casos concretos em que se coloquem antagonicamente as situações do condenado[103].

Essa ausência de ampla defesa e paridade de armas, que, por si só, já representa graves defeitos de acusatoriedade e jurisdicionalidade do modelo, também acaba por repercutir no plano da validade dos atos. Isto é, acaba por criar um profundo déficit de controle de legalidade dos atos administrativos. Dessa maneira, a existência de vícios e irregularidades nessa fase preliminar de apuração da prática de falta disciplinar não acarretaria nulidade, crendo-se em seu possível "saneamento" já na fase judicial[104]. Retomando uma vez mais o paralelo com o inquérito policial, a natureza administrativa e a cisão entre duas fases de naturezas distintas (administrativa e judicial) criaria uma espécie de "blindagem" relativamente a eventuais vícios ocorridos na primeira delas[105].

Isoladamente existe algum posicionamento dos Tribunais Superiores, que representa um breve instante de sensatez, no sentido de garantir a ampla defesa

---

102. VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de Armas no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo; CALMON Petronio. *Coleção Ada Pellegrini Grinover*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. v. 2. p. 342.

103. VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de Armas no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo; CALMON Petronio. *Coleção Ada Pellegrini Grinover*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. v. 2. p. 344.

104. Vide o julgamento do STJ, no AgRg no REsp 1.223.559/RS, 5ª T., j. 26.02.2013. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27040966&num_registro=201002184090&data=20130304&tipo=5&formato=PDF]. Acesso em: 21.03.2018.

105. Em sentido crítico: "a natureza administrativa do inquérito policial não o blinda contra as garantias processuais próprias do sistema processual penal constitucional brasileiro. [...] A não transmissibilidade de um vício do plano administrativo ao judicial [...] significaria que haveria um nível de proteção de direitos fundamentais diferentes conforme se trate de um e outro plano jurídicos [...]. A alusão de que o inquérito policial não se subsume ao controle de legalidade equivale a uma declaração de presunção absoluta de sua regularidade. [...] Imunizar esse ato contra qualquer declaração de invalidade é blindá-lo contra o exame de legalidade". LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 337-342.

e o contraditório não somente na audiência de justificação, mas desde a apuração da falta disciplinar em procedimento administrativo disciplinar, veja-se:

> A prática da falta disciplinar pelo apenado clama pela instauração do procedimento administrativo disciplinar [...]. Incabível a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas ao argumento de que se atinge a finalidade do ato somente com a audiência de justificação, realizada com a presença da defesa técnica, assegurados o contraditório e a ampla defesa[106].

Por fim, comprovando-se a completa supressão da ampla defesa que se instaura no curso da execução penal, mormente, na fase do procedimento disciplinar, verifica-se ainda o anseio jurisprudencial de limitação ao uso do *habeas* no combate a ilegalidades, sob o fundamento de que a estreiteza da via não possibilitaria a desconstituição da decisão do juízo de execução, sobretudo, na análise do preenchimento de requisitos subjetivos necessários para concessão de direitos[107]. É válida e cabível não apenas para os casos de execução a lembrança sobre a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, de modo que "o não conhecimento do *habeas corpus* para análise do requisito subjetivo para progressão não exclui, contudo, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício"[108].

> Sem dúvida a constante utilização do *habeas corpus* cresce ao mesmo passo das desmedidas violações de preceitos democráticos e aos obstáculos que se colocam aos recursos[109]. Mas, tendo por corolário a ampla defesa, sempre vale lembrar aquilo que ensina Jacinto Coutinho, ao analisar o uso do *habeas corpus* como substitutivo recursal: [...] em face da CR o habeas corpus pode ter função substitutiva e é conveniente à cidadania, hoje, que, diante dos casos concretos, tenha, de modo que a volta ao seu lugar de origem,

106. STJ, AgRg no REsp 1.221.238/RS, 6ª T., j. 06.11.2012. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22898632/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1221238-rs-2010-0204137-9-stj/relatorio-e-voto-22898634]. Acesso em: 22.03.2018.

107. STJ, HC 87.666/SP, 5ª T., j. 21.02.2008. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3684209&num_registro=200701732740&data=20080317&tipo=5&formato=PDF]. Acesso em: 22.03.2018.

108. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 378.

109. COUTINHO, Jacindo Nelson de Miranda. O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje. O problema da substituição recursal. In: *Revista Eletrônica* – Curso de Direito PUC-Minas, Belo Horizonte, n. 7, 2013.p. 14.

> como se tenta fazer e se tenda a conseguir, é um retrocesso imenso que se não deve sustentar, pelo menos enquanto não se tem uma reforma global do CPP, com sua adesão ao sistema acusatório[110].

3.2.3. O Contraditório como meio de potencialização dos direitos do condenado em desfavor do poder punitivo

Acredita-se que

> [...] o exercício do contraditório tem como função contrair a unilateralidade de determinados atos processuais, igualmente investido da tarefa de modelação da imputação. Eis por que é desejável um procedimento em contraditório prévio ao recebimento da acusação, como ocorre no processo penal italiano[111].

É forçoso reconhecer que o denominado "contraditório diferido", esse eufemismo criado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, não corresponde, de fato, a um instrumento capaz de proporcionar o efeito de contração acima referido. Contraditório é um método de colheita probatória, e, portanto, num modelo acusatório que também deve reger o processo de execução da pena, toda prova válida precisa ser produzida em ambiente em que o contraditório esteja presente em sua plenitude. Assim, juntamente com a ampla defesa, o contraditório é outro elemento que observado na execução penal, também auxiliará na paridade de armas, garantindo uma simetria das posições subjetivas[112].

Nas palavras de Rodrigo Duque Estrada, "o contraditório no âmbito da execução penal é na prática realizado entre a defesa e o Ministério Público"[113], com isso ratificam-se dois posicionamentos já manifestados neste trabalho: o primeiro no sentido de que é o Ministério Público o órgão legítimo para requerer

110. COUTINHO, Jacindo Nelson de Miranda. O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje. O problema da substituição recursal. In: *Revista Eletrônica* – Curso de Direito PUC-Minas, Belo Horizonte, n. 7, 2013. p. 18.

111. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n. 1, 2016. p. 207.

112. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 354 (livro digital).

113. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 572.

o cumprimento da sentença condenatória transitada em julgado dando início à execução da pena, e o segundo no sentido de que o condenado precisa ser reconhecido como parte legítima e de necessária participação em todos os atos que possam lhe causar diminuição de direitos no curso da execução penal.

De fato, valendo-se das palavras de Aury Lopes Jr., "é imprescindível aproximar a execução penal à estrutura dialética do processo"[114] e para isso a implementação de um sistema que privilegie a oralidade no âmbito da execução penal a partir de audiências que não se resumam à audiência de justificação (art. 118, § 2º, da LEP), é imprescindível. Aliás, sustenta-se aqui paradigma inclusive oposto àquele encontrado na jurisprudência dominante brasileira, pois a audiência de justificação já foi considerada dispensável pelo STJ[115]. A reestruturação do modelo de apuração de faltas graves deve ser uma consequência imediata de todo o conjunto de direitos e garantias constitucionais. Dessa maneira, tomando-se como exemplo a proposta de Rodrigo Duque Estrada, seria possível apresentar um procedimento assim estruturado: a) inquérito disciplinar, para colheita de elementos a serem remetidos ao juízo de execução; b) possibilitando a resposta preliminar do condenado; c) submetido à decisão judicial de instauração ou não do processo disciplinar; d) aplicando-se, em analogia, a possibilidade de absolvição sumária (art. 397, CPP); e) viabilizando a designação de audiência de instrução e julgamento, nos moldes do art. 400 do CPP; e f) finalizando-se com sentença disciplinar[116]. Somente assim será contemplada a oralidade que, de fato, é um dos instrumentos mais contundentes para abrir as brechas da tradição inquisitiva[117], sobretudo aquela que resiste indissolúvel no processo disciplinar, transformando o julgamento num julgamento republicano, tal como sustenta Binder[118].

---

114. LOPES JR., Aury. Instrumentalidade Garantista do Processo de Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 449.

115. STJ, HC 333.233/SP, j. 27.10.2015. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54180345&num_registro=201502010102&data=20151106&tipo=5&formato=PDF]. Acesso em: 22.03.2018.

116. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 209-210.

117. POSTIGO, Leonel González. *La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno*. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Disponível em: [www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/laoralidadenlaetaparecursiva_lgonzale.pdf]. Acesso em: 23.03.2018. p. 27.

118. BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. p. 64.

Juntamente a oralidade se faz indispensável a observância do princípio da imediação. Assim, Geraldo Prado afirma que

> [...] é imperativo que se assegure a dinâmica do contato pessoal entre juiz e condenado, propiciada verdadeiramente pela predominância da forma oral de procedimento, que pode oferecer ao juiz algo das sensações e das dificultadas experimentadas pelos condenados [...] e dar ao magistrado [...] o sentido dos limites e possibilidades reais dos seres humanos em condições desfavoráveis[119].

Além disso, a oralidade é peça ineliminável para se garantir uma compreensão cênica processual, como já identificou Hassemer, no sentido de que se deve, no âmbito do processo, estabelecer o fornecimento de condições de comunicações e apreensão dos fatos e da prova o mais próximo possível daquilo que seria o ideal[120].

Além de potencializar o contraditório permitindo a plenitude dialética entre as partes (Ministério Público e condenado), a oralidade ainda possibilita o amplo exercício da defesa pelo condenado, chegando o mais próximo de uma igualdade processual substancial, evitando a tradição escrita, secreta e em ausência de controle que caracteriza o atual sistema brasileiro. Ademais, a oralidade e a imediação por ela gerada é que permitem que a prova seja produzida e juntada ao processo o mais breve possível[121], o que tornam tais características ainda mais compatíveis com a execução penal, repercutindo, claramente, na razoável duração do processo (outra garantia cotidianamente inobservada no Brasil).

Para isso, é indispensável uma reforma para além do procedimento previsto no art. 196 da Lei 7.210/84[122], que preconiza um modelo inteiramente escrito, para se estabelecer um procedimento integralmente oral. Nesse sentido,

119. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 357 (livro digital).

120. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

121. BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. p. 66.

122. Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida. § 1º Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo. § 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

existe o Projeto de Lei 2.687/96, tramitando longamente no Congresso Nacional, com o fim de modificar os artigos 195 a 196 da Lei de Execução Penal, visando contemplar um procedimento guiado pela oralidade a partir da realização de audiência, diante de magistrado, com a presença do condenado acompanhado de defesa técnica e o Ministério Público, com pedidos e decisões proferidas oralmente[123].

Concluindo com o óbvio, não se pode permitir que a execução penal continue contribuindo para o encarceramento em massa. Notadamente, não se fala de um ou outro caso, são milhares de *descasos*[124]que ocorrem em todo sistema prisional brasileiro, no curso da execução penal e que, sem dúvida, poderiam ser evitados ou ao menos minorados a partir da ampla atuação da defesa num verdadeiro processo de execução em contraditório. Também por essa razão, recentemente, entre as 16 (dezesseis) medidas propostas pelo IBCCRIM juntamente com a Pastoral Carcerária e outros diversos institutos, visando à racionalização do sistema penal como um todo, a Proposta 15 identifica condições de melhoria no cumprimento de pena justificando que a ausência de medidas garantidoras, por exemplo, da ampla defesa e do contraditório no curso do processo de execução penal "representa causa importante de extensão desnecessária e inoportuna da pena"[125].

4. A violação da coisa julgada penal: revisão criminal pro societate?

Não seria muito reconhecer, tal como Geraldo Prado, que "do condenado não se pode exigir mais do que a sentença impõe"[126]. No entanto, não é isso que se percebe, não somente nas vicissitudes práticas do processo de execução de pena, mas também na permissão legislativa e jurisprudencial sedimentada

123. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21FEV1997.pdf#page=66]. Acesso em: 22.03.2018.

124. Para usar o termo de Alexandra Szafir ao relatar diversos descasos ocorridos no sistema penal, em regra, saneados a partir da atuação da defesa (SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Descasos*. Uma advogada às voltas com o direito dos excluídos. 1. ed. 8. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014).

125. Caderno de Propostas Legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa (p. 47). Disponível em: [www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/]. Acesso em: 20.03.2018.

126. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 354 (livro digital).

no ordenamento jurídico brasileiro. A regressão de regime que possibilita a condução do apenado para regime de cumprimento de pena mais gravoso do que aquele previsto na sentença desafia a Constituição da República. Na Lei de Execuções Penais, essa possibilidade se apresenta no art. 118 e também no art. 33, *caput*, do Código Penal.

Como afirma Zaffaroni, a tentativa de normatizar a execução de pena com critérios modificáveis e sujeitos a alterações tem se demonstrado com certa disparidade, a partir de atos com os quais dificilmente se limita o sofrimento. Pelo contrário, tornam-o mais efetivo, resultando num duplo autoritarismo[127]. De fato, o que se verifica é que toda a construção em torno dessa ideia que possibilita a regressão de regime está fundada em dois pilares: a) primeiramente na mal chamada individualização penitenciária que acaba por não conter o poder punitivo, por meio da muito menos explicável pretensão de que a pena tenha função retributiva[128] e no conclamado fim ressocializador da pena[129]; e, b) em segundo, na existência de uma implícita cláusula *rebus sic stantibus,* que se trata, em realidade, de concepção contratualista destinada ao direito privado, de impossível aplicação ao direito e processo penais[130], pois, como afirmam Massimo Pavarini e André Giamberardino "a pena aplicada não é um contrato entre as partes a ser ajustado ou reajustado", assim como "a relação entre o condenado e o Estado não guarda qualquer paralelo com o que se define como relação contratual"[131].

Salo de Carvalho oferece importante crítica de cunho político-criminal e criminológico:

> [...] a alteração da coisa julgada na esfera executiva é intrínseca ao projeto correcionalista. Quando se legitima a possibilidade de alteração do título executivo em face da existência de "fatos novos" – a sentença só se mantém enquanto as coisas estiverem no mesmo pé (*rebus sic stantibus*), em

127. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro* –I.2.ed. 2.reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015. p. 296.

128. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro* – I.2. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015. p. 142 e 299.

129. CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 193.

130. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 393.

131. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal.* Uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 283.

> realidade se está condicionando a estabilidade da sanção não apenas a circunstâncias não existentes no momento da condenação (*v.g.* comportamento carcerário), mas, sobretudo, a fatos futuros imprevisíveis (*v.g.* prognose de reincidência), justificando um sistema processual penal inquisitivo, de corte antropológico, na melhor tradição etiológica.[132]

Quanto ao argumento processual a sustentar a modificabilidade da coisa julgada, ao melhor estilo tecnicista, reproduz-se que a sentença penal condenatória consiste em uma decisão de natureza determinativa: "sentença essa que, contendo implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, autoriza o juiz a agir por equidade, operando a modificação objetiva do julgado sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas"[133]. Segundo a autora, "é assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da condenação penal passada em julgado, no curso do processo de execução"[134].

O argumento é absurdo. Inicialmente, como já referido, não há uma relação obrigacional entre Estado e apenado (por isso inapropriada e forçada a importação de uma "cláusula rebus sic stantibus", que pode ser justificada por distintas teorias de direito contratual: imprevisão, pressuposição típica, condição implícita ou base negocial). O regime de cumprimento da pena constitui parte significativa da pena, tanto assim é que se pode recorrer do regime de pena imposto. Afirmar que a conduta do preso pode fazê-lo regredir a regime mais gravoso significa afirmar que situações de natureza administrativa (por exemplo, uma falta grave) têm o condão de revisitar a pena imposta. E, nesse ponto, equivale a dizer: não há trânsito em julgado relativamente ao regime de cumprimento da pena. A natureza jurídica dessa modificabilidade "intrínseca" da regressão a regime mais gravoso do que a sentença condenatória é similar ao de uma revisão criminal *pro societate*, operada de ofício por infração de norma disciplinar.

Não fosse isso suficiente para violar a coisa julgada prevista no título executivo judicial consistente na sentença condenatória transitada em julgado, existe ainda outra evidente violação aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade quando se observa a orientação jurisprudencial que permite a chamada regressão *per saltum,* que permite que o condenado a um regime de

132. CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 195-196.

133. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1978. p. 7.

134. Idem.

cumprimento de pena mais ameno (regime aberto) seja conduzido imediatamente ao mais gravoso (regime fechado)[135]. Contudo, apesar de no direito brasileiro se chancelar a regressão nessas condições, a Súmula 491 do STJ[136] proíbe o contrário, a chamada progressão *per saltum,* sob o argumento de que devem ser respeitados e cumpridos os períodos e fases em cada regime prisional (art. 112 da LEP). Ou seja, autoriza-se o deslocamento do sistema mais brando diretamente para o mais rígido e se nega o processo inverso.

Nesse ambiente, além de se cindir a coisa julgada, ainda acaba se atingindo a vedação da *reformatio in pejus* que, em respeito ao sistema acusatório, proíbe, após o trânsito em julgado para acusação, qualquer alteração que conduza a um prejuízo ao imputado[137]; e o *ne bis in idem*, que, atuando como garante da racionalidade e limitação do poder punitivo, proíbe que o sujeito sofra prejuízos penais,[138] impedindo a cumulação de sanção disciplinar e regressão de regime[139].

5. Conclusões

Com efeito, o Brasil não conseguiu se livrar de uma concepção de execução penal que, remontando a tradição tecnicista, concebe o procedimento de execução da pena como uma tarefa administrativa, na qual o apenado se encontra reduzido a uma condição de subordinação à soberania e ao poder do Estado. A própria linguagem, muitas vezes empregada pelos tribunais,[140] próprios de-

135. STJ, AgRg no REsp 1.575.529/MS, j. 07.06.2016. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=regressao+per+saltum&b=ACOR&p=true&l=10&i=1]. Acesso em: 25.03.2018.

136. Súmula 491 do STJ: "É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prissional". Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27491%27]. Acesso em: 25.03.2018.

137. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal.* I. Fundamentos.2. ed. 3. reimpressão. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004. p. 592.

138. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem.* Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Lisboa: A.A.F.D.L. Editora, 2016. v. I. p. 406-407.

139. Nesse sentido: PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal*. Uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 234, e também ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 397.

140. Como exemplo desse emprego em estreita conexão às correntes administrativistas da execução, veja-se o teor da Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal, assim redigida:

nuncia essa concepção, independentemente de a Constituição Federal trazer como indefectível corolário, a necessidade de se ampliar as esferas de jurisdicionalidade.

Mesmo algumas concepções mais avançadas sobre a execução da pena se mantêm na linha de continuidade administrativa. A noção de que a execução da pena possui natureza híbrida e que a jurisdicionalidade se expressa via incidentes na execução é uma clara manifestação desse sintoma. Com efeito, uma concepção híbrida de execução é, na realidade, o reconhecimento da natureza administrativa da execução penal, garantindo-se o exame judicial de algumas poucas decisões, nem sempre pautadas pelos direitos e garantias fundamentais (como o caso da mera homologação de procedimento administrativo disciplinar para a revogação de direitos ou ainda, a regressão de regime).

Partindo-se do pressuposto de que se mostra hoje indefensável a postura de que a execução da pena compreende uma relação de sujeição especial do apenado ao Estado, há que se inverter metodologicamente a referência – seja ela de natureza constitucional ou convencional – para se identificar, à luz de várias decisões exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a posição de garante do Estado, obrigando-se a reconhecer os direitos positivos, negativos e promocionais que essa posição lhe confere.

Ademais, no campo mais propriamente processual, uma perspectiva de controle jurisdicional permanente implica que o processo de execução da pena esteja revestido, substancialmente, pelo reconhecimento de um devido processo (acesso à ampla defesa, ao contraditório, à fundamentação das decisões e direito ao recurso), assim como pela presunção de inocência no que diz respeito aos procedimentos administrativos disciplinares, sua "homologação", devendo o procedimento administrativo se transformar em judicial. Além disso, uma opção pela acusatoriedade desse modelo processual é *conditio sine qua non* para que se avance rumo a um procedimento minimamente democrático no campo da execução penal.

Por fim, a possibilidade de alteração qualitativa de título executivo, com a regressão de regime para outro mais grave do que aquele constante da sentença condenatória produz clara fragilização do instituto da coisa julgada, como referido anteriormente.

"A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros *benefícios*" (grifo nosso), como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Todas estas situações compreendem um complexo de redução garantística que é, infelizmente, incompatível com o cenário trazido pela Constituição de 1988. O Brasil, nesse ponto, apesar de admitir um juiz competente para lidar com a execução da pena, pouco mais fez do que introduzir um agente formalmente competente para controlar apenas alguns espaços da execução da penal, que se mantém ainda, não obstante o seu rechaço pelo direito da execução penal, essencialmente administrativa.

6. Referências

ALLORIO, Enrico. Saggio Polemico Sulla "Giurisdizione" Volontaria. In: ALLORIO, Enrico. *Sulla Dottrina della Giurisdizione e del Giudicato e Altri Studi*. Milano: Giuffrè, 1957.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014.

AROCENA, Gustavo A. Las Directrices Fundamentales de la Ejecución de la Pena Privaitva de la Libertad em el Derecho Argentino. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.C, a. XLI, n. 122, Unam, 2008.

BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

BOVINO, Alberto. *Control Judicial de la Privación de la Libertad y Derechos Humanos*. Disponível em: [www.bu.ufsc.br/ControlJudicial.pdf]. Acesso em: 23.02.2018.

CALVI, Alessandro Alberto. Ugo Spirito Criminalista (riflessioni sulla terza edizioni della "Storia del Diritto Penale Italiano". In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, v. 3-4, t. II, 1974-1975.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Campinas: Bookseller, 2004. t. II.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v. I.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Penas e Garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas, Bookseller, 2009.

COLAO, Floriana. Características Originárias e Traços Permanentes do Processo Penal: do código "moderadamente liberal" ao "Código fascista" e ao "primeiro Código da República". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 3.

CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje. O problema da substituição recursal. In: *Revista Eletrônica* – Curso de Direito PUC-Minas, Belo Horizonte, n. 7, p. 12-18, 2013.

DOTTI, René Ariel. A crise da execução penal e o papel do Ministério Público. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 129, abr./jun., 1985.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. VII.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Roda dos Tempos, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdicionalizado. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 166, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sicaet al. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GAROFALO, Rafaelle; CARELLI, Luigi. *Riforma della Procedura Penale in Italia*: progetto di un nuovo codice. Torino: Fratelli Bocca, 1889.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v.1, n. 1, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três Teses Sobre a Inconstitucionalidade Substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n.1,p. 185-212, 2016. Disponível em: [www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/21/43].

GODOI, Rafael. *Fluxos em Cadeia*. As prisões em São Paulo na virada dos tempos. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires: E. J.E.A., 1961. v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Exigência de Jurisdicionalização da Execução na América Latina. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D'Innocenza Dell'Imputato*. Bologna: Zanicheli, 1979.

KENDALL CRAIG, Stephen. *Tutela Judicial Efectiva en la Relación Jurídica Penitenciaria*. Santiago: Librotecnia, 2010.

KHALED JR., Salah Hassan. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

LANGER, Maximo. The Long Shadow of Adversarial and Inquisitorial Categories on Comparative Criminal Procedure. In: DUBBER, Markus D; HOERNLE, Tatjana. *Handbook on Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) Volume I. Lisboa: A.A.F.D.L. Editora, 2016.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1951.

LEONE, Giovanni. *Manuale di Procedura Penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução Crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. Instrumentalidade Garantista do Processo de Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MAGGIORE, Giuseppe. Diritto Penale Totalitario Nello Stato Totalitario. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, v. XVII, Padova: CEDAM, 1939.

MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*. I. Fundamentos.2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004.

MANZINI, Vincenzo. *La Crisi Presente del Diritto Penale*. Ferrara: Tipografia Taddei, 1900.

MANZINI, Vincenzo. La Politica Criminale e il Problema della Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita. *Rivista Penale*, n. 73, v. XXXVII, 1911.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: E.J.E.A, 1954. t. V.

MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I.

MARRONE, José Marcos. Há Jurisdição na Execução Penal. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 44, n. 116,1982.

MILETTI, Marco Nicola. La Scienza del Codice: Il Diritto Processuale Penale Nell'Italia Fascista. In: GARLATI, Loredana. *L'Inconscio Inquisitorio*: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

MILETTI, Marco Nicola. Ritorno All'Inquisizione: scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano. *Diritto Penale XXI Secolo*, v. X, n. 02, 2011.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A Posição Jurídica do Recluso da Execução da Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da Razão Punitiva*: nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NEPPI MODONA, Guido. Tecnicismo e Scelte Politiche nella Riforma del Codice Penale. *Democrazia e Diritto*, v. XVII, 1977.

ORBANEJA, Gómez. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona: Bosch, 1951. t. I.

ORLANDO, Emanuele Vittorio. *I Criteri Tecnici per la Ricostruzione Giuridica del Diritto Pubblico*: contributo alla storia del diritto pubblico nell'ultimo quarentennio 1885-1925. Modena: Università degli Studi di Modena, 1925.

PADOVANI, Tullio. La Soppravivenza del Codice Rocco Nella "Età della Decodificazione". In: *La Questione Criminale*, v. VII, n. 1, 1981.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal*. Uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIASENZA, Paolo. Tecnicismo Giuridico e Continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza. *Politica del Diritto*, a. X, n. 3, 1979.

PRADO, Fernando de Albuquerque. *Estudos e Questões de Processo Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Modelo Acusatório. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

POSTIGO, Leonel González. *La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno*. Las audiencias ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Disponível em: [www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/laoralidadenlaetaparecursiva_lgonzale.pdf]. Acesso em: 23.03.2018.

RANIERI, Silvio. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1948.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La Cuestión Carcelaria*: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

ROCCO, Arturo. Il Problema e Il Metodo Della Scienza del Diritto Penale. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, v. I, 1910.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria Crítica. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SBRICCOLI, Mario. Le Mani nella Pasta e Gli Occhi al Cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano: Giuffrè, 1999. t. II. v. 28.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Descasos*. Uma advogada às voltas com o direito dos excluídos. 1. ed. 8. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de Armas no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo; CALMON Petronio. *Coleção Ada Pellegrini Grinover*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. v. 2.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro* – I.2. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Competência originária para a execução penal, de Roberto Luis Luchi Demo – *RT* 850/462-476 (DTR\2006\548);
- Em busca do devido processo na execução penal, de Cláudio do Prado Amaral – *RBCCrim* 81/161-194 (DTR\2009\638);
- Processo de execução penal, de Sérgio de Oliveira Médici – *RBCCrim* 2/98-106 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1191-1203 (DTR\1993\152);
- Revisão criminal, de Cunha Barreto – *RT* 749/795-805 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/787-801 (DTR\1998\633); e
- Temas fundamentais de execução penal, de Anabela Miranda Rodrigues – *RBCCrim* 24/11-37 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/165-201 (DTR\1998\617).

La pena y su ejecución: la integración del derecho penitenciario en el sistema penal

The punishment and it's execution. the integration of prison law in the criminal system

Ricardo M. Mata y Martin
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid (España).
ricardomanuel.mata@uva.es

Autor convidado

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumen: La pena privativa de libertad y su ejecución debe ser estudiada y comprendida en su integración en el marco más amplio del sistema penal. No está tan lejano el olvido de la sociedad y de los juristas por lo que sucedía intramuros a una prisión. Sin embargo, es también una evidencia la progresiva afirmación de la juricidad de las circunstancias en que se desarrolla la ejecución de una pena privativa de libertad, hasta llegar a la afirmación de su relevancia constitucional. Pero también otras dimensiones cada vez más relevantes permiten mostrar esa importancia como la conexión del sistema y derecho penitenciario con la teoría de la pena o su vinculación con la medición efectiva de la pena.

Palabras clave: Derecho penitenciario – Sistema penal – Teoría de la pena – Pena privativa de libertad – Ejecución.

Abstract: The penalty of deprivation of liberty and its execution must be studied and understood in its integration in the broader framework of the penal system. Society and jurists are not so very far away from feeling oblivious towards events within the four walls of a prison. However, progressive affirmations of the legality of the circumstances in which the enforcement of a prison sentence takes place is also evident, even going so far as to affirm its constitutional relevance. But other increasingly relevant dimensions mean that importance may be shown as the connection of both the system and penitentiary law with the theory of punishment and its link with the effective measurement of the sentence.

Keywords: Prison law – Criminal system – Penalty theory – Deprivation of liberty – Execution.

Sumário: Introducción. La legalización o juridificación del espacio penitenciario. La constitucionalización del espacio penitenciario: los derechos fundentales en prisión. Teoría de la pena y sistema penitenciario. El sentido completo de la determinación de la pena. medicion y ejecución de la pena. Reforma penal y sistema penitenciario. Bibliografía.

Martin, Ricardo M. Mata y. La pena y su ejecución: la integración del derecho penitenciario en el sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 145. ano 26. p. 367-394. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

Introducción

Las consecuencias del delito, a imponer al autor del mismo, son parte inescindible del sistema penal cuyo estudio no puede descuidarse. Entre estas consecuencias se señala la pena como la de más larga tradición y las de privación de libertad como las más incisivas en la vida de las personas e incluso de su entorno. El conocimiento jurídico de este tipo de penas con el transcurso de la experiencia del sistema penitenciario ha dado lugar a la formación desde el punto de vista doctrinal y legislativo al Derecho Penitenciario como un sector del Ordenamiento Jurídico con características propias. Respecto al papel y dimensiones de esta disciplina jurídica cabe hacer algunas consideraciones de interés para su mejor apreciación. Empezando por su encaje en el conjunto del sistema penal y su significado en este orden jurídico.

El funcionamiento del sistema penitenciario está presidido por la aplicación de la privación de libertad a las personas sometidas a su competencia. Bien jurídico precioso en la vida social y de las personas. No haría falta acudir a Cervantes para destacar su posición preferente y destacada entre lo más valioso que cada ciudadano atesora. Podemos rememorar el momento en el que Don Quijote se refiere a "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres".

No está tan lejano ni excluido del momento actual el olvido y hasta el desprecio de la sociedad, de los juristas por lo que sucedía intramuros a una prisión. Sin embargo, es también una evidencia la progresiva afirmación de la juricidad de la vida en prisión y de las circunstancias en que se desarrolla la ejecución de una pena privativa de libertad, hasta llegar a la afirmación de la relevancia constitucional de esa ejecución penal. Relevancia constitucional que recogida en algún modo o no en los textos fundamentales, hace que los órganos encargados de velar por el cumplimiento de las constituciones nacionales se pronuncien en no pocas ocasiones sobre la conformidad de decisiones o de hechos concernientes a el funcionamiento del sistema penitenciario a las previsiones y principios constitucionales.

Pero no es exclusivamente en esta dimensión constitucional de la pena privativa de libertad en lo que se puede cifrar la mayor afirmación de la juricidad de la pena de prisión, sino que otras dimensiones cobran progresivamente gran trascendencia. Desde este punto de vista podemos y debemos destacar, para luego exponer con alguna mayor extensión, la conexión del sistema y derecho

penitenciario con la teoría de la pena, esto es con el Derecho penal sustantivo del que procede originariamente la clase de pena privativa de libertad que se va a ejecutar en el sistema penitenciario. También es necesario poner de relieve la trascendencia de la fase de ejecución para lo que tiene que ver con la medición de la pena, de forma que sin considerar este momento de la vida de la pena no es posible un conocimiento cabal del contenido y duración real de la misma.

Estos distintos aspectos en los que va cobrando cada vez mayor confirmación el carácter jurídico y su trascendencia práctica la ejecución de una pena privativa de libertad, nos permite, a su vez, poner de manifiesto las bases jurídicas en las que se asienta el Derecho y el sistema penitenciario. Estructura básica de la ejecución penal y por tanto del sistema penitenciario que es transversal a los diferentes ordenamientos normativos particulares, al menos del mundo occidental, pues en realidad pertenecen a la cultura jurídico-penitenciaria del Estado de Derecho en el sentido más amplio. Contenidos estos que son una de las vertientes sustanciales de nuestra obra *Fundamentos del Sistema Penitenciario*[1].

En el sistema jurídico español el Código penal vigente de 1995, pese a ser posterior en el tiempo a las otras normas que vamos a señalar, es el que mantiene la fórmula tradicional española referida en concreto a la legalidad de la fase de ejecución. Así el art. 3.2 establece que "Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes". Se trata de la disposición legal más afinada en cuanto expresión del principio de legalidad en la ejecución penal. Eso sí, en el texto de 1995 su ubicación sistemática ha pasado del ámbito tradicional de la aplicación de las penas al nuevo Título Preliminar denominado "De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal". De una forma más amplia lo recoge el art. 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 al establecer que "La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales". Pero en este momento de finales del siglo XX el principio de legalidad alcanza también a la norma fundamental en España. La Constitución de 1978. El texto constitucional se refiere de forma más directa al principio de legalidad penal general en el art. 25.1 al establecer que "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según

1. Editorial Tecnos, 2016.

la legislación vigente en aquél momento". Pese a la laxitud con la que se pronuncia el constituyente sobre el principio de legalidad y las dudas interpretativas que surgen, no cabe duda de la presencia del mismo con el máximo rango normativo.

El texto constitucional del art. 25.2 a lo que también hace referencia es a los fines de las consecuencias penales y a los distintos factores desde los que se producen limitaciones a los derechos fundamentales de los condenados. "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

De esta manera en España por línea constitucional y el propio Código penal, de forma más clara en éstos, han expresado la vigencia del principio de legalidad general. La legalidad de la ejecución se ha visto reconocida prontamente en la codificación penal española, pero no tanto con la creación de una ley penitenciaria específica. Los primeros intentos del siglo XIX constituían fundamentalmente intentos de autoorganización del sistema penitenciario y menos de creación de un régimen penitenciario con rango legal. Esto sólo acaece propiamente con la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

La legalización o juridificación del espacio penitenciario

De la necesidad de establecer en la legislación los contenidos del modelo de ejecución de una pena privativa de libertad proviene el presupuesto de su inclusión entre las garantías del principio de legalidad, la consolidación de un conjunto de derechos y de deberes de los internos en un sistema penitenciario y, en definitiva, la aparición del mismo Derecho penitenciario como disciplina jurídica identificable. Así las garantías derivadas del principio de legalidad afectan a las distintas fases de la pena, de cada una de las penas aplicadas, la pena en su previsión legal, la aplicación de las penas por los Tribunales de Justicia y la pena en su ejecución.

El fundamento subyacente al principio de legalidad tiene que ver con las ideas penales ilustradas y el derecho penal liberal, que se manifiestan en la codificación penal del siglo XIX. Pese a la existencia de antecedentes[2], es en este

2. Sobre estos antecedentes puede verse QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*. Ediciones cultura hispánica 1953, p. 178 y ss.

contexto del Estado liberal y de la codificación penal en donde el principio de legalidad muestra el sentido propio de la cultura jurídica actual. Por ello vamos a presentar el recorrido básico del proceso codificador penal-penitenciario en España y de esa manera poder apreciar la forma en la que se ha abordado la instauración de las garantías del principio de legalidad en la fase de ejecución penal.

A comienzos del s. XIX no existe propiamente un sistema penitenciario en España, tanto por el estado en el que se encuentran los establecimientos penales como porque en lo fundamental no se trata de la privación de libertad como auténtica pena –"la cárcel como castigo"- sino de privaciones provisionales –"encausados cuya suerte pende aún de los tribunales"-[3]. En estos comienzos de siglo los establecimientos penales juegan el papel de lugares de custodia pero no propiamente de realización de una pena, es decir, se trata realmente de una medida cautelar, salvo excepciones. Lardizabal[4] señala en este sentido la finalidad fundamental de la cárcel y el ámbito particular de la pena de prisión: "Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos, como se ha dicho, sin embargo suele imponerse por pena en algunos delitos que no son de mucha gravedad". De hecho la pena de prisión no se considera propiamente una clase de pena sino que se incluye entre las corporales. Se distinguen fundamentalmente dos clases de penas las corporales y las no corporales. Entre las corporales se incluyen la de prisión y reclusión por tiempo superior a seis meses pese a las dificultad para entender que la duración de la pena la convierta en otra distinta e incluso la duda sobre si existe alguna ley con tales penas[5]. Lardizabal[6] señala que la cárcel debe considerarse entre las penas corporales aflictivas debido a la propia privación de la libertad del sujeto y al conjunto de restricciones e incomodidades necesariamente asociadas a ella.

3. PACHECO, J.F. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid 1887, p. 356. Las lecciones de derecho penal que forman la publicación fueron pronunciadas por su autor en el Ateneo de Madrid en los últimos meses de 1839 y los primeros de 1840.
4. *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Imprenta de Repullés. Madrid 1828, p. 211. En igual sentido sobre la finalidad de la cárcel GARCIA GOYENA, F. *Código Criminal de España,* Tomo I, Madrid 1843, p. 220, manteniendo todavía ambos autores el sentido histórico de la retención sin que se haya dado paso a la prisión como pena en sentido estricto.
5. Véase GARCIA COYENA, F. *Código Criminal de España,* Tomo I, Madrid 1843, p. 31 y ss.
6. *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Imprenta de Repullés. Madrid 1828, p. 211.

En este comienzo de siglo en España, respecto al sometimiento de la privación de libertad a normas prefijadas, se señala la obligación de los alcaides de las cárceles de observar las leyes (Ley II, tit. 23, lib. 4, Recopilación) y de prestar juramente para ello, así como de velar por el cuidado de los presos[7]. Pero al mismo tiempo se destaca la situación caótica y de falta de cumplimiento de las normas más elementales. "Hay pocas materias en nuestra legislación criminal sobre las que se hayan establecido mas sabias, loables y humanas leyes que sobre las prisiones, y sin embargo no hay lugares más espantosos, ni en que la humanidad sea más degradada, ni esté más expuesta al contagio del mal aire y de las enfermedades: porque ¿de qué aprovechan las leyes más juiciosas y bien dictadas, si jueces indolentes o descuidados no desempeñan el estrecho encargo anexo a su ministerio de hacer por todos medios que se obedezcan y estén en observancia? ¿de qué sirven si los más obligados á su cumplimiento son los primeros que dan el contagioso ejemplo de la contravención de ellas? ¿qué nos importa si con una continua y larga desobediencia llegan á echar los abusos tan hondas raíces que aun los jueces más íntegros y vigilantes encuentran poderosos obstáculos para extirparlos?"[8].

Se admite como problema el arbitrio judicial que resulta excesivo en toda la administración de justicia criminal pero que puede achacarse a las propias leyes y no tanto a los Tribunales[9]. Como se está mencionando la arbitrariedad respecto a las penas resulta de las propias leyes (que admitían la misma incluso para la imposición de la pena capital), pero que en ocasiones cabía considerar un recurso necesario ante la extrema dureza de las penas previstas que llevaba para evitarlas e imponer otras distintas con el beneplácito general, pero con la contrapartida de que el apartamiento de la ley adquiría fuerza de costumbre en la práctica de todos los Tribunales. La arbitrariedad se puede producir no sólo en la calidad o clase de pena a aplicar sino en su cantidad o duración. En este periodo se ponen de manifiesto los problemas que producen las condenas a trabajos interminables o reclusiones por tiempo indeterminado con desesperación de los penados, falta de colaboración e intentos de fuga constantes. También se extiende la alarma sobre la falta de sometimiento a reglas en el ámbito de la detención preventiva.

7. GUTIERREZ, Josef Marcos. *Práctica Criminal de España*. Tomo I, Madrid 1819, p. 218 y ss.
8. GUTIERREZ, Josef Marcos. *Práctica Criminal de España*. Tomo I, Madrid 1819, p.225.
9. GARCIA COYENA, F. *Código Criminal de España,* Tomo I, Madrid 1843, pp. 9-10, 34, 65 y ss.

Con la Constitución política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812 se cambian radicalmente los parámetros de gobierno político del país aun recogiendo muchos aspectos de la tradición jurídica. Con ella se introducen los principios del liberalismo jurídico como el principio de legalidad, aunque exclusivamente desde la óptica procesal. Así el art. 247 del texto dispone:"Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley". Se acompañan preceptos dirigidos al campo del encierro de personas, señaladamente los fines de la privación de libertad y el respeto a las condiciones fundamentales de la detención. En el art. art. 297 se retoma el fin tradicional asignado a la cárcel: "Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcaide tendrá a éstos en buena custodia y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos". Igualmente se incorporan al texto constitucional las históricas visitas a las cárceles y las posibles consecuencias para los principales responsables de las cárceles en caso de incumplimiento de las condiciones fundamentales marcadas por la propia Constitución[10].

Años más tarde, pero en un mismo contexto de inicio del régimen liberal, con el primero de los Códigos penales españoles, el de 1822, se atiende sobre todo a la llamada garantía penal con una marcada preocupación por evitar el arbitrio judicial en la imposición de las penas. Así el art. 3 disponía que "A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración". Como se ve al problema de la contención del arbitrio judicial en la determinación y aplicación de las penas se añade la exclusión de la retroactividad de las penas. También en el sentido de la sujeción del Juez a las penas establecidas en la ley, el art. 28 del mismo cuerpo legal establece que "A ningún delito, ni por ninguna circunstancia, excepto en los casos reservados en los fueros eclesiásticos y militar, se aplicará otras penas que las siguientes:..", añadiendo el listado de las penas admitidas en el Código (Capítulo III "De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas").

10. Al respecto véase mi trabajo "La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma fundamental de Cádiz". *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces 2016, p. 313 y ss. También el Art. 298:" La ley determinará la frecuencia con que ha de hacerse la visita de cárceles, y no habrá preso alguno que deje de presentarse a ella bajo ningún pretexto". Art. 299. "El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal".

En realidad la demanda de seguridad en la imposición de penas es constante y general en Europa en esta época como muestra la propuesta que Filangieri hace para la reforma del proceso criminal que resume en la consecución de "la mayor seguridad de los inocentes; el mayor terror de los malvados, y la menor arbitrariedad de los jueces"[11].

El Estatuto Real de 1834 invoca en su primer artículo al Ordenamiento Jurídico histórico español y desconoce las garantías jurídico-penales en su articulado. Planteada la Constitución de 1837 como revisión de la gaditana de 1812, coloca a la ley como garantía de los ciudadanos en el ámbito de la justicia penal: "No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriba" (art. 7). En el art. 9 del texto fundamental se reconoce la garantía de ley previa pero únicamente desde la perspectiva de los Tribunales competentes: "Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban". Como mera modificación de la anterior, la Constitución de 1845 reproduce los mismos preceptos acabados de reseñar.

El texto punitivo de 1848 establece claramente el principio de legalidad en su garantía penal, la que obliga a formular previamente la conducta sancionada. Su art. 2 señala que "No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas". Para Pacheco[12] se consagra el principio de que lo que no está prohibido debe entenderse permitido, protegiéndose así la libertad del ciudadano, "La penalidad no puede aplicarse sin la previa conminación, y sin el desprecio o el quebrantamiento de esa previa conminación". Pero aprecia también una regla lógica entre el antecedente legal necesario para la consecuencia aplicable: "Establécese en él la necesidad de la misma ley, como precepto, para arreglar á sus disposiciones, anteriormente conocidas, su imposición como pena". Este mismo autor no deja de señalar la relación entre ley y libertad, es aquella la garantía de esta: "acaba de consagrar la garantía del derecho que tiene todo ciudadano a la justa libertad de sus acciones. Súbditos de la ley, nada tienen éstos que temer de caprichos posteriores, de intentos extraños á la misma. Ella les asegura que es lícito cuanto no está vedado; y que las prohibiciones no pueden nunca aplicarse

11. *Ciencia de la legislación*, Tomo III. Traducción D. Juan Ribera. Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid 1821, p. 302.

12. *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 92.

á lo que ya pasó"[13]. Completando el precepto se establece en la ley el deber de abstención de los Tribunales ante hechos merecedores de castigo pero no previstos como delito en la ley. "En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal". Se entiende que responde al mismo principio establecido en el párrafo primero de "no hay delito sin ley anterior que lo declare y lo pene como tal"[14].

En lo que concierne a la determinación de la pena, el Código de 1848 formuló una de las regulaciones más legalistas entre las legislaciones del siglo XIX, lo que se vio reflejado en la abundancia y minuciosidad de todo un complejo de reglas de aplicación de penas, que encauzó muy estrechamente la actividad del Juez en el proceso de determinación de la penalidad asignada al caso concreto[15]. Su desarrollo supuso la configuración de una auténtica aritmética penal por los cálculos que obligaba a realizar el complejo y detallado sistema, que llevó también a hablar para este sector de la parte artística del código penal.

En el mismo Código penal de 1848, ya en el terreno de la ejecución de las penas previstas, el art. 86 disponía que "No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de pena ejecutoriada" y el 87, "Tampoco puede ser ejecutada penal alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto", contenidos dentro del Capítulo V "De la ejecución de las penas y de su cumplimiento" (Titulo III De las penas). En el primero de ellos se estima presente un principio procesal que obliga a entender no definida la culpabilidad del procesado sin finalización del proceso mismo ("Hay todavía tinieblas, y falta la luz. Cuando ésta llegue, cuando la sentencia recaiga y quede firme, cuando exista la ejecutoria, entonces podrá y deberá aplicarse la pena. Mientras no, es un acto de barbarie, que la ley proscribe, y que condena la conciencia pública"[16]). En el texto del art. 87 se viene a identificar la pena por sus características, de manera que si la forma de ponerla

13. PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 94.
14. PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 94-5.
15. Así lo indica GALLEGO DIAZ, M. *El sistema español de determinación legal de la pena*. ICAI 1985, p. 219-220.
16. PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 459.

en práctica es distinta a la prevista en la ley, en realidad, se trata también de otra pena diversa. También Gómez de la Serna/Montalban[17] indican que no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma a la prescrita pues los contrario sería desnaturalizarla, agravándola o aminorándola. Parece que las variaciones prohibidas en la ejecución son las inmotivadas y las que introducen un mayor o menor rigor. Como el precepto en un segundo párrafo admite la colaboración de los reglamentos específicos en la forma de ejecución de las penas, se afirma que ante la imposibilidad de que la ley señale todo lo concerniente a la ejecución de las penas lo propio de las mismas consiste en establecer principios sobre los cuales se organizará el sistema penitenciario con el complemento de los reglamentos del poder ejecutivo[18].

Después del Código penal tiene lugar la aprobación de la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849[19]. En ella se consagra la separación de los Establecimientos penales en dos ámbito ministeriales: las prisiones civiles dependientes del Ministerio de la Gobernación y las militares del de Guerra[20]. Contiene sobretodo disposiciones orgánicas sobre la clasificación de los establecimientos civiles y su organización, aunque no deja de mencionar la obligación de los alcaides (Título IV) de controlar la entrada y permanencia de los presos, así como la prohibición de aumentar las condiciones de internamiento o causar vejaciones. Escaso es el contenido sobre régimen interno de los Centros que queda, tácitamente, para los reglamentos y disposiciones de desarrollo. Si que se menciona la visita semanal de las Autoridades Administrativas de las que dependa el establecimiento para todo lo que concierne a su régimen y administración (art. 6) y las de Tribunales, Jueces y Ministerio Fiscal para "El sólo efecto de enterarse si se cumplen las condenas en el modo y forma con que hubieren sido impuestas" (art. 34).

El Código penal Bávaro atribuido a Feuerbach, autor precisamente que realiza la formulación latina del principio de legalidad, *el nulllum crimen, nulla poena sine lege*, como base de la construcción penal fundamental sustentada por él mismo y conocida como teoría de la coacción psicológica, impone penas de forma determinada sin posible alteración posterior.

17. *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Tomo Tercero. Madrid 1861, p. 165.
18. PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 460-1.
19. Una referencia en SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid 2003, p. 259 y ss.
20. GARCÍA VALDES, C. *Del presidio a la prisión modular*. Madrid 1998, p. 19.

Esto es, en cuanto a la determinación de las penas que en la concepción de Feuerbach, autor del Código Bávaro, como se acaba de indicar, solamente la pena exactamente determinada con anterioridad a la comisión del delito puede servir para dar coherencia la concepción de fondo de este autor, denominada de la coacción psicológica[21].

En la Constitución de la Monarquía Española de 1 de junio de 1869 se amplían el catalogo de derechos individuales sometidos a garantía judicial. Junto a ello se vuelve a mencionar en el art. 11 la necesidad de Ley previa a la comisión del delito para el procesamiento de toda persona ("Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento y en la forma que éstas prescriban").

También, por otra parte, en 1869 se aprueba una bien efímera ley de bases para la reforma penitenciaria, en un momento de grandes cambios políticos y legislativos, con un planteamiento orgánico del sistema penitenciario pues introduce fundamentalmente una clasificación de los establecimientos penales[22]. En las posteriores turbulencias políticas se deroga rápidamente. De todas formas se señala que no se pone en práctica lo señalado por el Código para la ejecución de las penas privativas de libertad y que "nada se consigue con establecer los principios en la ley, si por deficiencia de la administración no han de ser cumplidos"[23]. El Código penal de 1870 recoge las mismas fórmulas que el anterior para lo relativo a la ejecución de las penas en los arts. 99 y 100 con la misma organización sistemática de la materia y la única diferencia de sustituir "sentencia ejecutoriada" por "sentencia firme". Para lo que se refiere a la garantía penal de este Código el art. 22 dispone "No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración", en donde ya no se percibe de manera tan acusada como en el anterior Código el temor al arbitrio judicial en la imposición de las penas. Groizard[24]

21. En este sentido DUVE, T. "*¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista" La recepción del Código penal Bávaro de 1813 de Paul J:A. Von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921*". Revista de Historia del Derecho nº 27 (1999), p. 140.
22. SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer 2003, p. 262 y ss.
23. MODESTINO. *Breve resumen para contestar al programa de la asignatura de Derecho penal de la Universidad de Valladolid*. Valladolid 1899, p. 358 y 360.
24. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo II, Establecimiento tipográfico de los Hijos de J.A. García, Madrid 1903, p. 121-2.

-comentarista del texto penal de 1870- mantiene que el mencionado precepto se refiere a los casos de agravación de la pena prevista con posterioridad al momento de comisión del hecho, ya que la sanción debe conocerse con anterioridad, pues "Otra cosa sería dejar abierto ancho campo a la arbitrariedad y a la tiranía de los poderes encargados de la dirección de la sociedad".

Vigente el Código penal de 1870, el de más dilatada aplicación, se aprueba la Constitución de 1876. En ella se recoge la conocida redacción del requisito de ley previa al delito para ser procesado ("Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban"). En los finales traumáticos del régimen Monárquico de 1876 se aprueba un nuevo Código penal. El art. 165 del CP de 1928 mantiene la fórmula tradicional relativa a la ejecución de las penas y añade "Los Tribunales velarán por la estricta observancia de las reglas establecidas en este Código para el cumplimiento de las penas".

Con la Constitución Republicana de 1931 además de la referencia a la legalidad procesal, se amplía la declaración de garantías a la necesidad de previsión legal anterior de los hechos punibles: "Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por Juez competente y conforme a los trámites legales" (art. 28). Se repiten las mismas expresiones respecto a la fase de ejecución de las penas de los primeros Códigos en los arts. 84 y 85 del Código penal de 1932, pues éste no es sino una versión del código penal de 1870. El posterior Código de 1944 continúa en sus arts. 80 y 81 con los mismos principios relativos a la ejecución de las penas. También en los mismos preceptos se mantiene idéntico textos siempre dentro del capítulo dedicado a la ejecución de las penas en el Código penal texto revisado de 1963 y texto refundido de 1973.

Por tanto la primera y evidente consecuencia del principio de legalidad debería ser la creación de una norma con rango de ley formal, cosa que en materia penitenciaria –propiamente- no acontece hasta tiempos recientes. De forma generalizada será el último de los ámbitos a los que se extienda la necesidad de regulación por ley formal, después de conseguida la garantía criminal –no existe delito sin ley previa que lo establezca-, la garantía penal –no es posible imponer pena si no se encuentra expresamente recogida por una ley para el caso concreto y la garantía jurisdiccional, de acuerdo a la cual no es posible determinar la existencia de delito e imponer una pena si no es a través de un proceso en Derecho mediante sentencia.

En la doctrinan penal del siglo XIX resuenan voces autorizadas que claman ante la ausencia de las condiciones propias de la ejecución penal conforme a

las previsiones de una ley. Gomez de la Serna y Montalban[25] hacen notar la necesidad de una ley que establezca los principios fundamentales del sistema penitenciario: "De desear fuera en nuestro concepto, que en el Código penal se hubieran establecido los principios cardinales del sistema que debiera seguirse en lo interior de las prisiones de penados... Nosotros que no creemos que esto pueda ser objeto de una disposición del gobierno, echamos ya de menos la necesidad de otra ley, que supliendo el silencio del Código no deje vaga la penalidad en materia tan interesante". No por ello, conforme a la tradición española, dejan de admitir que pueden existir pormenores contingentes que podrían señalarse en los reglamentos del poder ejecutivo. Algo más avanzado el siglo XIX respecto a la ejecución penal, Concepción Arenal[26] señalaba sobrecogida la facilidad con que en la práctica un reglamento o incluso una circular podía, de hecho, modificar la ley, en medio de la más absoluta indiferencia. La falta de una auténtica ley penitenciaria, el desorden reinante sobre la vigencia y coherencia de las normas existentes y esa perversa práctica de dirigir ordenes a los establecimientos penales en clara contradicción con otras normas y el propio Código penal, hacía que existiera un excesivo y descontrolado arbitrio en la concreta ejecución penal, con diferencias sustanciales en la forma de llevarla a cabo de un lugar a otro. De forma que esta autora concluye de forma lapidaria: "Donde la inmutable fijeza de la ley era más necesaria, se deja más ancho campo a los caprichos de la arbitrariedad"[27].

La constitucionalización del espacio penitenciario: los derechos fundentales en prisión

Como se ha indicado anteriormente el curso de la cultura jurídica en el terreno penitenciario ha llevado a la afirmación de la vigencia de los Derechos Fundamentales durante la ejecución de las penas privativas de libertad[28]. La función propia del sistema de ejecución penal y sus consecuencias que obligan a una vida reglada durante toda la jornada, día y noche, abarcando por tanto la totalidad de la vida de una persona no puede sino afectar a los contenidos

25. *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Tomo Tercero. Madrid 1861, p. 166-7.
26. *Obras completas, T. 10. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*. Madrid 1895, p. 201 y ss.
27. *Obras completas, T. 10. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*. Madrid 1895, p. 202.
28. Al respecto MATA y MARTÍN, Ricardo. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016, p. 175 y ss.

elementales de la libertad del individuo, no ya en sus movimientos, sino en amplias esferas de su persona. De esa forma los Derechos Fundamentales necesariamente se encuentran comprometidos en la vida en prisión, pues afectan a los aspectos más básicos de la libertad del ciudadano. Indudablemente el libre desplazamiento por el espacio, pero también la libertad de comunicación, la vida privada de la persona, y otro conjunto variado de Derechos y Libertades poseen una singular perspectiva en prisión. Por ello el estudio de los Derechos Fundamentales y su aplicación al ámbito penitenciario posee tanta relevancia. En mayor medida en cuanto desde la segunda mitad del siglo xx los ordenamientos constitucionales se extienden estableciendo un número importante de derechos de los ciudadanos en su vida social.

Precisamente los textos constitucionales tienen la función de fijar la posición del ciudadano como tal, en particular su relación con los poderes públicos y, en definitiva, el ámbito de libertad individual de que se dotan los miembros de una sociedad. Esto resulta particularmente significativo para la relación entre el condenado privado de libertad y el poder público encarnado en la Administración penitenciaria que le somete a la aplicación de una pena privativa de libertad.

La configuración jurídica de esta vinculación entre penado y Administración penitenciaria se efectuará a través de las declaraciones constitucionales vinculadas a la ejecución de penas que pudiera tener un texto fundamental y de la concreta aplicación de los Derechos Fundamentales allí también establecidos para el sistema de privación de libertad. Se hace así palpable la especial incidencia de los textos constitucionales y las doctrinas de los Tribunales constitucionales para la función penitenciaria. En otros términos, se evidencia la significación constitucional del régimen penitenciario. Esto es, la relevancia constitucional del régimen penitenciario significa situar al máximo nivel jurídico-político la posición del encarcelado respecto a la Administración Penitenciaria. Supone, más allá de los derechos «ordinarios» o «genéricos», afirmar la necesidad de aplicar en el ámbito penitenciario los Derechos Fundamentales.

Por eso mismo obliga a establecer unas reglas o un sistema que permita por una parte la privación o restricción de los Derechos Fundamentales afectados por la condena e inherentes a la situación de internamiento y, por otra, el respeto y el mantenimiento de los Derechos Fundamentales no suspendidos legalmente ni restringidos con base en el Ordenamiento Jurídico. En definitiva hace necesario evaluar cada uno de los derechos fundamentales en su concreta realización y la fundamentación de las posibles restricciones en los muy diversos momentos de la vida en prisión durante la ejecución de la pena.

Todo lo anterior puede apreciarse en el proceso en el que la jurisprudencia constitucional de Alemania termina fundamentando y dando ocasión a la

ley penitenciaria de 1976. Esta relación entre el sistema constitucional y el penitenciario puede observarse en el nacimiento de la normativa legal penitenciaria alemana en la década de los años setenta del siglo anterior[29]. En el año 1967 la Administración penitenciaria retuvo la correspondencia que un preso enviaba por contener expresiones altamente críticas e incluso injuriosas sobre la dirección de la cárcel. El funcionario con cometidos de controlar la correspondencia, dado su contenido, interceptó la carta. El preso comenzó una sucesiva reclamación por violación del secreto de las comunicaciones. Después de varias revisiones desestimadas en instancias anteriores, el Tribunal Constitucional anuló las decisiones previas (administrativas y judiciales) que habían respaldado la actuación de la Administración penitenciaria. Por ello la Sentencia de 14 de marzo de 1972 determinó que el preso era sujeto de derechos y que la restricción de los mismos únicamente se podía realizar por ley o con base en una ley. Por ello rechaza la existencia de una relación de sujeción especial o relación de poder especial (*besonderes Gewaltverhältnis*) que justificaba una posible limitación de derechos sin necesidad de legislación primaria.

No es suficiente este tipo de relación jurídica para la restricción de derechos, sino que se hace necesaria la cobertura de una ley formal. Por ello el Tribunal, intérprete autorizado de la Ley Fundamental de Bonn, estableció un mandato para el legislador, el cual debía aprobar una norma legal en materia penitenciaria. Aunque una comisión especializada venía trabajando en la preparación de la legislación penitenciaria desde 1967, fue el impacto directo del caso suscitado ante el Tribunal Constitucional el que desencadenó la aprobación –algo más tardía de lo señalado por el Tribunal– de la Ley Penitenciaria Alemana de 16 de marzo de 1976 (*StrafvolzugGestz*), en vigor desde el 1 de enero de 1977.

También en el sistema español el máximo intérprete de la Constitución de 1978 se ha pronunciado en abundantes ocasiones sobre aspectos básicos de la vida en prisión en los que puede verse involucrado un Derecho o Libertad Fundamental[30]. El propio texto constitucional de 1978 hace mención a la subsistencia de los derechos fundamentales para el recluido salvo los que se vean

29. Sobre este proceso FEEST, Johannes, «Elaboración y contenido de la Ley Penitenciaria y su impacto en el sistema penitenciario alemán», *Revista de Estudios Criminológicos y penitenciarios* (2005), suplemento especial, p. 19.

30. Sobre esta constitucionalización de los derechos de los recluidos, puede verse también RODRIGUEZ YAGÜE, Cristina. "Los derechos y deberes de los internos". En *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje* (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, Directora). Tirant lo Blanch 2015, p. 57 y ss.

necesariamente afectados por la función penitenciaria. "El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria" (art. 25.2[31]).

Un espacio propio de intervención del Tribunal Constitucional es el del régimen disciplinario penitenciario[32]. El mismo Tribunal establece respecto a un caso de sanción disciplinaria a un interno la imposibilidad de sancionar comportamientos no previstos en la norma aunque resulten similares a los que si contempla, pues "este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla" (STC 138/2004 de 13 de septiembre 99). De manera que admite como una de las posibles infracciones del principio de legalidad la aplicación vía analogía de una infracción: "Puede suceder de hecho que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al art. 25.1 CE en cuanto constitutivo de una extensión *in malam partem* o analógica de la misma". Por ello también "existirá una vulneración del principio de legalidad, no sólo cuando el órgano judicial en su resolución debidamente motivada extiende la aplicación del tipo sancionador a un supuesto de hecho manifiestamente ajeno al sentido de los elementos que integran aquél, sino también cuando, prescindiendo de toda motivación y por una decisión meramente voluntarista, se priva a la sanción del sustento que le exige el principio de legalidad. En ambos casos se produce una vulneración de este derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 de la Constitución". También se pronunciará el Tribunal Constitucional español en distintos momentos sobre el alcance de la previsión constitucional según la cual "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y resinserción social" (art. 25.2). E igualmente en un número muy amplio de supuestos controvertidos en los que se reclamaba la posible conculcación de Derechos Fundamentales en el modo de actuar de la Administración Penitenciaria.

31. MATA y MARTÍN, Ricardo. "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario". *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010), p. 10 y ss.

32. MATA y MARTÍN, Ricardo. "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario". *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010), p. 36.

En otras ocasiones posteriores a la ya señalada anteriormente el Tribunal Constitucional Federal Alemán intervino en materia penitenciaria determinando que la resocialización de los penados poseía rango constitucional, derivando tal finalidad de la protección de la dignidad del ser humano que garantizaba la Constitución y apoyándose igualmente en el principio del Estado de Derecho. De manera que, puesto que la Constitución exigía la finalidad de resocialización, la legislación debía reflejar este objetivo como finalidad primordial. Estas declaraciones previas, a su vez, tuvieron repercusión en la consideración del Tribunal Constitucional sobre la prisión perpetua, cuya posibilidad de que cumplida una serie de años fuera liberado el penado no podía ser decidida de forma discrecional sino respetando el principio de resocialización. En base a este principio entendido de rango constitucional, el cumplimiento total de la prisión perpetua debía ser excepcional y por tanto establecerse los mecanismos de liberación previa. También lo hizo en materia de protección de datos con carácter general, no refiriéndose al caso penitenciario, dando lugar en 1983 el Derecho de Autodeterminación informativa como nuevo Derecho Fundamental. Como consecuencia, aunque con retraso, se modificó la legislación penitenciaria dando cabida a la protección de datos para evitar que los antecedentes de los reclusos pudieran verse utilizados con finalidades distintas a las propias de la ejecución penal. De manera que puede decirse que: «En gran medida, el Derecho penitenciario moderno en Alemania es producto de un amplio abanico de decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán»[33].

Teoría de la pena y sistema penitenciario

El Derecho penal se define por sus dos elementos básicos: el delito cometido por el sujeto activo y la pena con la que se le castiga, esto es, la infracción penal y las consecuencias jurídicas del delito para su autor. En la segunda parte relativa a las consecuencias para el infractor, la de más larga trayectoria es la pena, a la que se unirá en la evolución de los sistemas penales las medidas de corrección y seguridad como segunda forma de respuesta penal. Por el momento no están suficientemente determinadas las consecuencias y naturaleza de otras formas posibles de respuesta penal[34].

33. DÜNKEL, F./ZYLSMIT, D., «Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania», *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, 2008, p. 207.

34. En relación a la mediación penal, puede verse LAMAS LEITE, André. "alguns claros e escuros no tema da mediaçao penal de adultos". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* nº 4 (2014), p. 592 y ss.

Como se ha indicado las normas jurídicas que forman el Derecho penal, en su versión más completa, atienden tanto al delito como a la sanción que le corresponde, esto es, al presupuesto necesario para la intervención penal (el delito) como a la consecuencia jurídica a imponer al autor de la infracción criminal (la pena). De forma que desde el punto de vista jurídico del segundo componente mencionado se formula la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, en el sentido más exacto o, también conocida como teoría de la pena, en el sentido más amplio de esta última expresión, referente entonces ya al conjunto de recursos jurídicamente disponibles para la respuesta ante la realización del hecho criminal.

Téngase en cuenta que la relevancia de las consecuencias impuestas al autor de un hecho delictivo es tal que se considera que son propiamente las definitorias del Derecho penal, en mayor medida que el propio delito o infracción, nos dirá Roxin: «Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad»[35].

Precisamente desde este punto de vista de la teoría la pena es desde donde podemos establecer la conexión del sistema penal con el Derecho penitenciario, con el funcionamiento del sistema de ejecución penal. Pese a que naturalmente no son lo mismo, sin embargo, es preciso indicar la intensa y peculiar vinculación entre el Derecho penal y Derecho penitenciario. Relación que por una parte es obvia pero por otra reclama mayor atención de lo que pudiera parecer y tiene consecuencias más amplias de lo que puede entenderse en ocasiones. Formalmente y también materialmente las normas penitenciarias completan las normas penales en la parte de las consecuencias, pues sin ellas carecería de sentido la previsión de penas y medidas de seguridad privativas de libertad que no podrían en ningún caso realizarse. Las normas penales completas son las que contiene tanto el presupuesto, el delito, como la consecuencia, la pena (en el sentido más amplio ya visto). Y lo son precisamente por contener ambos elementos. En realidad normas penales completas únicamente lo son las de parte especial que incluyen los elementos del presupuesto y su

35. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas 2001, & 1, nm. 2.

consecuencia. Por ello todas las normas de parte general, incluidas las relativas a las penas y otras consecuencias no hacen sino complementar a las normas penales que necesitan verse colmadas para aplicarse en fase de ejecución.

Desde este punto de vista de la integración necesaria entre los dos ámbitos las normas penitenciarias —el Derecho penitenciario— complementan las normas penales —al Derecho penal—[36]. Esta función se realiza por su evidente entronque con la teoría de la pena, perteneciente o parte sustancial del Derecho penal y a la que se vincula el Derecho penitenciario, cuya misión fundamental no es tanto lograr una ordenada vida en prisión (que forma parte de su contenido como medio para logra los fines), sino en mayor medida realizar las penas privativas de libertad conforme a los fines que tienen asignados. De esta forma los autores optan por una relación de integración y necesaria cooperación entre Derecho penal y Derecho penitenciario, aun con sus respectivos ámbitos de competencia, también en el contexto más general de las funciones propias del sistema de justicia criminal[37].

El sentido completo de la determinación de la pena. medicion y ejecución de la pena

La integración de las normas penales y penitenciarias de los ámbitos estrictos penal y penitenciario se muestra nuevamente en el proceso de determinación de la pena, conforme al cual la sanción privativa de libertad va adquiriendo los contornos efectivos que el penado va a recibir[38]. También en lo que afecta a su determinación será preciso tomar en consideración los distintos momentos en los que a lo largo de toda su trayectoria aparece ésta. Los tres ámbitos sucesivos en los que se presenta serán en primer término en la ley misma como pena conminada para un determinado delito, después en su imposición al autor de un hecho punible por los Tribunales penales y, definitivamente, a lo largo de todo el período de su ejecución por el condenado. Como se ve, estas tres instancias a las que se vincula la pena durante su completa observancia, se corresponde con los tres poderes constitucionales de la Nación, el legislativo,

36. MATA y MARTÍN, Ricardo. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016, p. 114 y ss.

37. En este sentido MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, 2011, p. 162. También CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 79.

38. Esta temática también expuesta en MATA y MARTÍN, Ricardo. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016, p. 75 y ss.

el judicial y el ejecutivo. En cada uno de ellos la pena no se encuentra definida de modo absoluto en sus contenidos formales y materiales, por lo que será preciso aplicar algún tipo de operación o criterio que permita avanzar en su determinación. Aunque se puede entender –así sucede en muchos estudios– que la determinación de la pena propiamente se produce con la decisión judicial respecto a la atribución de responsabilidad penal a una o varias personas, las fases anterior y posterior no están exentas de realizar operaciones cuantitativas y cualitativas relevantes sobre la pena. Cuando se plantea cómo poder ir introduciendo criterios y decisiones que nos señalen una mayor concreción de la pena estamos ante las fases de medición de la misma.

La idea y necesidad de determinación de la pena tiene que ver necesariamente con el concepto fundamental de Derecho penal y de pena como puso de manifiesto Saleilles[39] en su clásico estudio sobre la individualización de la pena. De manera que la consideración del Derecho penal como una construcción enteramente abstracta que convierte al delito en pura entidad jurídica y el autor del delito hace que queden al margen de las ocupaciones del jurista la de realizar una auténtica determinación penal. Es por tanto es esta concepción abstracta, dirá este autor, sobre la que se aplican las normas penales, convirtiendo a la pena y su aplicación en pura operación geométrica o algebraica con adiciones y restas. Pero siempre sobre la base de la falta de consideración del criminal, por lo que la pena no necesita tampoco orientarse hacia él tomando en perspectiva sus condiciones, sino que atiende al delito en sentido puramente objetivo según su gravedad. La orientación cambia cuando se entiende que la pena es un medio para determinados fines bien individuales del delincuente o de la sociedad. Este tránsito de la pena que exclusivamente se entiende como una abstracta realización de la justicia en sentido retributivo (*Vergeltungstrafe*, pena de represalia o compensación por el mal causado) hacia otra con fines ulteriores (*Zwecksstrafe*, pena de fin en la terminología de Liszt), es el que permite el paso hacia la individualización de la pena.

Por tanto la pena para el cumplimiento de sus fines no puede establecerse de manera rígida e invariable en la ley, sino que necesita adaptarse al fin previsto. Los fines están dispuestos hacia el futuro y hacia el condenado al que se aplica la sanción. De esta manera es obligado atender en su determinación a las circunstancias de aquel sobre quien recae la sanción. «Esa adaptación de la pena al individuo es lo que hoy se llama la individualización de la pena». En

39. *La individualización de la pena*, traducción de Juan de Hinojosa, Madrid, 1914, edición facsímil, Editorial Analecta, 2002, pp. 42 ss.

sentido semejante se pronuncia Jiménez de Asúa[40] al constatar la aparición de los fines correccionales pretendiendo que el delincuente quede en situación de no delinquir más, se hace necesario el conocimiento de los factores exógenos y endógenos que le hacen proclive al delito. Como en lo expuesto con anterioridad también para este autor el fin de la pena conduce a la necesidad de su individualización: «Hemos visto ya que el fin de la pena es prevenir corrigiendo; por tanto, la pena que debe aplicarse será la más apta, la más adecuada para procurar tal corrección. Pero como un ser no es nunca idéntico a otro, ni en su aspecto físico, ni en su aspecto moral, no será posible medir a todos los que hayan cometido un mismo crimen con una misma pena».

La importancia de todo lo relativo a la determinación de la pena no puede ser mayor, pues la atribución de responsabilidad penal consiste en la imposición de una pena, pero ésta a su vez depende de su concreción. Pese a esta evidente trascendencia, las dificultades para concretar las reglas de determinación y el tradicional abandono que ha sufrido este campo permiten afirmar que «La determinación de la pena es desde hace tiempo un muro de las lamentaciones de los penalistas, tanto del campo de la ciencia como del foro», nos dirá Hassemer[41]. Sin embargo, existe cada vez un mayor interés por lo concerniente a la determinación de la pena y sus reglas, que necesita un buen sistema más preciso y desarrollado, haciendo bueno el pronóstico de este mismo autor hiciera hace tiempo de que «a largo plazo hemos de ir haciéndonos a la idea de que el caso de determinación de la pena se va a situar en el centro de los problemas prácticos y teóricos del Derecho penal»[42]. Roxin[43] ha destacado también la importancia de la medición o determinación de la pena que ha llegado a adquirir un grado de autonomía dentro del Derecho penal material y que afecta a todas las reglas que permiten decidir en cuanto a la clase y cuantía de la pena. Este derecho de medición de la pena se convierte así, dada su trascendencia para la precisión de las consecuencias de la realización de la conducta punible en una de las cuatro disciplinas que integrarían el Derecho penal material.

40. *La sentencia indeterminada*, Buenos Aires, 1948, pp. 40 y ss.
41. *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, p. 137.
42. HASSEMER, Winfrid. *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, p. 137.
43. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas LUZÓN PEÑA, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DEVICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 45

El punto de partida necesario en el proceso de determinación de la consecuencia a imponer al autor del delito será la consideración de los fines de la pena para su aplicación al caso sometido a enjuiciamiento. Sin embargo, es habitual encontrarnos con posturas no coincidentes sobre los fines atribuidos a las penas y la ley no proporciona tampoco referencias decisivas sobre este aspecto. Diferencias fundamentales pueden encontrarse en quienes valoran la culpabilidad del sujeto en este terreno no sólo como fundamento y límite de la pena a imponer sino como reconocimiento del sentido retributivo de la pena y quienes únicamente admiten el mencionado principio en tales funciones de garantía[44]. O quienes admiten como parte de los fines de la pena la necesidad de reafirmación del Ordenamiento Jurídico en el sentido retributivo aun cuando admitan fines preventivos en sentido limitativo[45]. Otros excluyen lo propiamente retributivo, como hace ZIPF[46] cuando indica que todo el proceso de medición de la pena se halla en el llamado triángulo mágico de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial. Puede decirse que la culpabilidad, en el sentido de la culpabilidad por el hecho realizado (pero no en cuanto retribución o expiación), es la idea dominante, como límite y garantía del infractor frente al ejercicio del *ius puniendi*. La prevención general actúa, por su parte, en el sentido positivo de defensa del Ordenamiento Jurídico y de refuerzo de la conciencia general de responsabilidad. La prevención especial tiene un papel como punto concreto de orientación de la tarea de medición de la pena, particularmente desde el ángulo de la capacitación de condenado para la participación en la vida social con conciencia de la responsabilidad.

Evidentemente con los tres criterios superiores ya indicados se forma un marco amplio y flexible en el que se debe establecer un equilibrio de los mismos, lo que puede no resultar fácil pues en ocasiones los principios de cada orientación se contraponen. Este es el sistema propio de la teoría del ámbito de juego (*Spielraumtheorie*) en el que se combinan los factores preventivos (y retributivos, en su caso) en el marco global que proporciona la culpabilidad del autor del hecho cometido. Las críticas fundamentales a este modelo se

44. JESCHECK mantiene la vigencia del fin de retribución precisamente conectado al principio de culpabilidad, junto a las mencionadas funciones garantistas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. II, Bosch, 1981, p. 1200.

45. ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho penal. Parte General.Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Comares, 2013, p. 22.

46. *Introducción a la política criminal*, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, EDERSA, 1979, pp. 141 ss.

producen tanto porque el mismo se sitúe en el terreno de las teorías penales como en su naturaleza excesivamente indeterminada.

Por tanto si precisión de la pena en las previsiones de la ley así como en el ejercicio de las jurisdicción por los Tribunales penales, pero necesariamente también en el periodo de ejecución de la pena. Tanto formal como materialmente las normas penitenciarias también complementan el contenido de la pena y su determinación. Deciden finalmente la medida y determinación de la pena, tanto en sentido cuantitativo (duración efectiva) como cualitativo (intensidad o modo de realización). Desde el punto de vista cuantitativo no es lo mismo si al penado se le concede una situación penitenciaria con un régimen de semilibertad, o la libertad condicional cumplida en libertad de hecho, que si termina su condena hasta el último día en el Centro penitenciario. Pero desde el punto de vista cualitativo tampoco es lo mismo estando en prisión que el régimen que corresponda a su clasificación penitenciaria sea el régimen más severo, con constantes controles y permanencia de la mayor parte del día en la celda, que encontrarse en régimen ordinario y así poder tener no sólo mucho menos control y horas de patio, sino muchas más posibilidades de formación y actividades de tratamiento, así como de comunicación con el exterior e incluso permisos.

Reforma penal y sistema penitenciario

La relación que se ha ido mostrando en páginas anteriores entre Derecho penal y Sistema penitenciario, en el marco más amplio del Sistema de justicia penal puede mostrarse en la consideración de la reforma penal y su incidencia en la ejecución penal. Efectivamente la reforma penal puede, como es el caso, representar un trasfondo de gran magnitud para el modo y contenido de la ejecución de las penas de libertad. Y ello se basa en la necesaria relación entre la norma penal y la norma penitenciaria, en su modo de relación coherente[47]. La norma penal contiene la previsión originaria tanto del conjunto de las posibles penas frente a los autores de hechos delictivos como de las penas asignadas a cada uno de los delitos de la parte especial del Código. Pero esas penas establecidas de forma inicial en la ley penal y después impuestas por los Tribunales penales a los sujetos responsables de un delito (si son privativas de libertad), son las que se van a llevar a cabo en el sistema penitenciario. En esta visión

47. Sobre ello MATA y MARTÍN, R. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016, p. 115 y ss.

integral de las normas del sistema penal, la pena debe ser considerada en sus tres periodos de vida que se han indicado, de forma que su aplicación debe resultar coherente en los tres momentos en los que tiene presencia.

La norma penitenciaria (encargada de la ejecución) complementa y desarrolla la previsión de la norma penal en su parte de consecuencias para el delito cuando se trata de sanciones criminales privativas de libertad. Por eso las alteraciones relativas a las penas privativas de libertad (y medidas de seguridad de la misma naturaleza) en su sede primera del Código penal repercuten inmediatamente en el desarrollo de las actividades de ejecución de tales penas. Sin embargo, pese a que conocemos esta relación, no siempre, más bien no en demasiadas ocasiones, se toma en cuenta este efecto sobre las normas de ejecución y su debida coordinación así como sobre la práctica del sistema penitenciario con sus propias necesidades.

Estas repercusiones originadas desde de ley penal hacia la ejecución pueden producirse de diferentes maneras. Quizá en el modo más claro mediante la incorporación de nuevas penas privativas de libertad (como será el caso de la prisión permanente revisable o posible privación perpetua de libertad) o mediante algún tipo de consecuencias vinculadas con las funciones asignadas a la Administración Penitenciaria (como la ejecución de la libertad vigilada). Pero también puede generarse algún efecto en el sistema penitenciario mediante la modificación del contenido de la privación de libertad en la que consista la pena (situación que pudiera plantearse respecto a la incorporación de un tiempo previo de prisión como mínimo de cumplimiento, el llamado periodo de seguridad).

Incluso puede llegarse a consecuencias para el sistema penitenciario desde la reforma de la parte especial del Código penal. La creación de nuevos delitos por el legislador penal que puedan tener prevista o acarrear pena de privación de libertad no resulta inocua para la vida penitenciaria pues debe normalmente representar un mayor o menor incremento de la población penitenciaria. Esto sucede con una reforma que incluya nuevos supuestos punibles a los que, de distinta manera, alcanza la privación de libertad, como ha acontecido recientemente en españa. Así la difusión o revelación de imágenes o sonidos obtenidos inicialmente con anuencia de la persona (del art. 197.7 CP), incorpora una sanción 3 meses a 1 año de prisión o multa, sin bien como vemos en este caso la privación de libertad es evitable al tener carácter alternativo. Pero no sucede lo mismo con la conducta de facilitar el acceso o la localización de obras protegidas en Internet, entre los nuevos delitos relativos a la propiedad intelectual (art. 270.2), supuesto que señala como consecuencia a imponer por los Tribunales la de 6 meses a 4 años de prisión, sin alternativa y con una duración ya

considerable. Igualmente a través de la elevación de la privación de libertad asignada a distintos delitos que impliquen, en principio, un mayor tiempo de permanencia en prisión.

O también, naturalmente con ocasión de la reforma de los institutos penales-penitenciarios recogidos en el Código penal y de aplicación durante la estancia en prisión o en medio abierto. De manera que toda incidencia, mediante la reforma penal, del régimen abierto, de la libertad condicional, de los sustitutivos: suspensión, sustitución, expulsión o de los límites a la privación de libertad como pena (normalmente vinculados al concurso de delitos), implican necesariamente un cambio relevante en las condiciones de ejecución de estas penas de privación de libertad.

Esta situación de descoordinación o de falta de consideración de las repercusiones para el sistema de ejecución de la pena de privación de libertad no ha sido desconocida. Al contrario, históricamente esta relación se ha mostrado problemática en algunos momentos. Así el Código penal de español 1848, que es el que establece de forma ya más ordenada el sistema de penas privativas de libertad base para el resto de la codificación, fija un listado de penas largas privativas de libertad sin posibilidad de alteración durante el cumplimiento de las mismas que impacta por su rigidez en el sistema de ejecución penal. Manuel Montesinos, conocido penitenciarista precursor del sistema progresivo y de los estímulos que son propios al mismo, después de advertir de los efectos perversos para la población y el sistema penitenciario, termina por abandonar el cargo de comandante de presidio ante lo insostenible de la nueva situación[48]. Pero este tipo de situaciones no son, ni mucho menos, exclusivas de la historia penitenciaria española. El intento de Alexander Maconochie, otro de los abanderados del sistema progresivo –en su caso mediante marcas o boletos- de trasladar el sistema penitenciario implantado con éxito en Australia, choca con la rigidez del sistema de ejecución en la metrópoli. Cesa en el puesto de gobernador de la prisión de Birmingham en Winston Green en 1851 (había sido nombrado en 1849) ante el cúmulo de dificultades que encuentra[49].

Con todo ello ha pretendido mostrarse que solamente una visión completa de la pena que integre todos los periodos de vigencia de la misma, desde su inicial incorporación a la ley hasta su real aplicación en el sistema penitenciario,

48. Sobre la obra de este penitenciarista MATA y MARTÍN, R. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016, pp. 24 y ss. 149 y ss.

49. MATA y MARTÍN, R. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016, p. 24 y 147 y ss.

puede ofrecernos la auténtica virtualidad y contenidos de la pena privativa de libertad. En ese contexto más amplio pero necesario, la fase de ejecución de una pena privativa de libertad no representa la de menor trascendencia ni contenido jurídico sino, al contrario, la etapa decisiva y llena de aspectos jurídico-penales de la privación de libertad y, por tanto para las condiciones que habrá de sufrir el condenado. En este sentido la ejecución de la pena privativa de libertad, el Derecho Penitenciario, pertenece por Derecho propio al sistema penal y a su vez el sistema penal en su interna coherencia no se puede entender sin la integración del Derecho penitenciario.

Bibliografía

ARENAL, Concepción. *Obras completas*, T. 10. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación. Madrid 1895.

ASÚA, J. *La sentencia indeterminada*, Buenos Aires, 1948.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2006.

DÜNKEL, F./ZYLSMIT, D., «Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania», *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas*: dos tradiciones criminológicas. Nuevos Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, 2008.

DUVE, T. "*¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista" La recepción del Código penal Bávaro de 1813 de Paul J:A. Von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921*". *Revista de Historia del Derecho* nº 27 (1999).

FILANGIERI. *Ciencia de la legislación*, Tomo III. Traducción D. Juan Ribera. Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid 1821.

FEEST, Johannes, «Elaboración y contenido de la Ley Penitenciaria y su impacto en el sistema penitenciario alemán», *Revista de Estudios Criminológicos y penitenciarios* (2005), suplemento especial.

GALLEGO DIAZ, M. *El sistema español de determinación legal de la pena*. ICAI 1985.

GARCIA GOYENA, F. *Código Criminal de España*, Tomo I, Madrid 1843.

GARCÍA VALDES, C. *Del presidio a la prisión modular*. Madrid 1998.

GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBAN. *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Tomo Tercero. Madrid 1861.

GROIZARD. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo II, Establecimiento tipográfico de los Hijos de J.A. García, Madrid 1903.

GUTIERREZ, Josef Marcos. *Práctica Criminal de España*. Tomo I, Madrid 1819.

HASSEMER, Winfrid. *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, 1984.

JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducción y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. II, Bosch, 1981.

LAMAS LEITE, André. "Alguns claros e escuros no tema da mediaçao penal de adultos". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* nº 4 (2014).

LARDIZABAL. *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Imprenta de Repullés. Madrid 1828.

MATA y MARTÍN, Ricardo. "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario". *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010).

MATA y MARTÍN, Ricardo. La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma fundamental de Cádiz. *Estudios de Derecho Penal*. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Editorial Universitaria Ramón Areces 2016.

MATA y MARTÍN, Ricardo. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, 2011.

MODESTINO. *Breve resumen para contestar al programa de la asignatura de Derecho penal de la Universidad de Valladolid*. Valladolid 1899.

PACHECO, J.F. *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848.

PACHECO, J.F. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid 1887.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*. Ediciones cultura hispánica 1953.

RODRIGUEZ YAGÜE, Cristina. "Los derechos y deberes de los internos". En *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje* (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, Directora). Tirant lo Blanch 2015.

ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho penal*. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito, Comares, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas LUZÓN PEÑA, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DEVICENTE REMESAL. Civitas 1999.

SALEILLES. *La individualización de la pena*, traducción de Juan de Hinojosa, Madrid, 1914, edición facsímil, Editorial Analecta, 2002.

SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid 2003.

ZIPF. *Introducción a la política criminal*, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, EDERSA, 1979.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- La cárcel y el sistema penal (en españa y en Europa), de Iñaki Rivera Beiras – *RBCCrim* 54/203-258 (DTR\2005\920); e
- La urgencia (y los horizontes) de una política criminal humanista, de Mariano Hernán Gutiérrez – *RBCCrim* 92/175-218 (DTR\2011\4641).

Privatização da administração de penitenciárias: análise crítica do discurso do Projeto de Lei 3.123/2012

Privatization of penitentiary administration: a critical discourse analysis of the Bill 3.123/12

Sarah Quintão Machado da Silva Pereira
Mestranda em Gestão Pública e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública e Sociedade da Universidade Federal de Alfenas-MG (PPGPS/UNIFAL).
Bacharela em Direito pela Faculdade Cenecista de Varginha/MG.
Bacharela Interdisciplinar em Ciência e Economia pela Universidade Federal de Alfenas/MG.
Advogada.
sarah.quintao@email.com

Fernanda Mitsue Soares Onuma
Doutora e Mestre em Administração pelo Programa de Pós-graduação em Administração da Universidade Federal de Lavras-MG (PPGA/UFLA).
Bacharela em Administração pela UFLA (2008).
Professora em Administração Pública Brasileira no Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Alfenas-MG (ICSA/UNIFAL).
fernanda.onuma@unifal-mg.edu.br

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 09.05.2018
Última versão das autoras: 14.05.2018

Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Resumo: Desde o ano de 2012, está em trâmite, na Câmara dos Deputados, um Projeto de Lei que dispõe sobre a privatização de estabelecimentos penitenciários. O PL 3.123/12 se apresenta como uma medida do poder público com vistas à resolução da questão carcerária existente. Esta pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de compreender, por meio da análise crítica do discurso, os elementos de reprodução do discurso hegemônico da privatização, presentes no texto do PL 3.123/12, e as possíveis consequências

Abstract: Since the year 2012, a Bill on the privatization of prisons and correctional facilities has been under discussion in the Brazilian House of Representatives. The Bill 3.123/12 is presented as a public measure to solve the existing problem in prisons and correctional systems in Brazil. This research aims to understand, through the Critical Discourse Analysis, the elements of reproduction of the hegemonic discourse on privatization presented in the Bill 3.123/12 and the possible consequences of this neoliberal move in

desse avanço neoliberal na política carcerária brasileira. Para isso, usamos, como abordagem teórico-metodológica, a Análise Crítica do Discurso, em Norman Fairclough. Em suma, o discurso sustentando na justificação do PL 3.123/12 foi produzido carreado de elementos do contexto hegemônico do discurso neoliberal, expressos na orientação privatista e nas nuances da lógica gerencialista.

Palavras-chave: Privatização – Encarceramento – Análise Crítica do Discurso.

the Brazilian prison and correctional policies. To that end, we used as a theoretical-methodological approach, the Critical Discourse Analysis, based in Norman Fairclough. In short, the discourse held in the justification of the Bill 3.123/12 has several elements of the hegemonic context of the neoliberal discourse, expressed in the orientation towards privatization and nuances of the managerial logic.

Keywords: Privatization – Incarceration – Critical Discourse Analysis.

Sumário: 1. Introdução. 2. Neoliberalismo, Gerencialismo e as Privatizações na Administração Pública brasileira. 3. Neoliberalismo e a questão carcerária no Brasil. 4. A abordagem teórico-metodológica da Análise Crítica do Discurso em Norman Fairclough. 5. Metodologia. 5.1. O *corpus*. 6. Análise e discussão dos resultados. 6.1. Análise das práticas sociais. 6.2. Análise das práticas textuais e discursivas. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

Diante da questão carcerária que vem sendo experimentada no Brasil, surge uma proposta legislativa que busca solucioná-la. Assim, desde o ano de 2012, está em trâmite, na Câmara dos Deputados, um Projeto de Lei (PL) que dispõe sobre privatização dos estabelecimentos penitenciários. O PL 3.123/12 se apresenta como uma medida pública a ser tomada em prol da resolução da questão carcerária existente. Nesse diapasão, podemos fazer o seguinte questionamento: quais os elementos de reprodução do discurso hegemônico neoliberal presentes no texto que propõe uma mudança organizacional (privatização) da administração das penitenciárias? Assim, esta pesquisa foi realizada com o objetivo de compreender, por meio da Análise Crítica do Discurso, os elementos de reprodução do discurso hegemônico da privatização, presentes no texto do PL 3.123/12, e as possíveis consequências desse avanço neoliberal na política carcerária brasileira.

As primeiras linhas do documento parlamentar analisado expressam que a grande motivação, para que essa Lei venha a compor o ordenamento jurídico brasileiro, é que existe uma questão carcerária e a solução apresentada, através da atuação congressista, é a de que deve haver a permissão e regulamentação da privatização da administração dos estabelecimentos penitenciários.

Como forma de compreender a relação dialética que existe entre o discurso do PL analisado e as práticas sociais, utilizamos, como abordagem

teórico-metodológica, a Análise Crítica do Discurso (ACD), conforme Norman Fairclough.

Inicialmente, apresentamos o contexto neoliberal, gerencialista e privatista brasileiro. Em seguida, abordamos como essas influências têm reflexo na questão carcerária. Em sequência, explanamos a abordagem teórico-metodológica da ACD para, então, apresentarmos a análise e discussão dos resultados e, por fim, as considerações finais.

Esta pesquisa representa, antes de tudo, um certo desafio, que é trabalhar com uma discussão que está em andamento, cujo desenrolar ainda não é conhecido totalmente. Como contribuição teórica e social, trazemos à tona as consequências das práticas discursivas hegemônicas nas transformações sociais, percebidas através da relação dialética entre o discurso e as práticas sociais do PL analisado.

2. Neoliberalismo, Gerencialismo e as Privatizações na Administração Pública brasileira

De acordo com Harvey (2008), o neoliberalismo corresponde a uma teoria das práticas políticas pela qual o Estado só deve interferir no mercado o mínimo possível, sendo o papel estatal o de garantir o direito à propriedade privada, promover o livre mercado e o livre comércio. Com isso, o neoliberalismo se caracteriza pela crença de que o bem social deve ser alcançado pelos mecanismos de mercado, promovendo a privatização, a desregulação e a saída do Estado de áreas ligadas ao bem-estar social (HARVEY, 2008). Complementarmente, como Castro (2004) aponta, a agenda neoliberal se caracteriza pela liberdade do mercado frente ao Estado, a não intervenção via regulamentações, juntamente ao apoio irrestrito aos mecanismos de mercado como resposta a todos os problemas econômicos, a defesa do crescimento econômico e de políticas monetárias e fiscais conservadoras.

Como Ortiz (2011) destaca, a partir da lógica neoliberal, desde o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, os organismos internacionais passaram a exercer a função de integrar os países latino-americanos ao sistema mundial econômico, político e cultural em que prevaleceram os interesses da expansão do domínio das grandes potências mundiais e suas corporações empresariais e oligarquias financeiras.

Para Ortiz (2011), portanto, as reformas administrativas, implantadas na gestão dos países latino-americanos a partir dos anos 1990, se colocavam dentro do projeto político hegemônico, representando a adaptação funcional de

seus sistemas de prestação de serviços públicos aos interesses dos dirigentes das grandes corporações empresariais estrangeiras.

Desse modo, seguindo as diretrizes do Consenso de Washington, entendido como o projeto geopolítico criado em 1990 com o financiamento do Banco Mundial (BM) e do Fundo Monetário Internacional (FMI), os Estados latino-americanos foram obrigados, a fim de conseguirem empréstimos destes organismos, a adotarem políticas macroeconômicas e executarem reformas estruturais orientadas para a privatização de indústrias e serviços públicos e para a redução de investimentos estatais em setores estratégicos de seu desenvolvimento nacional (FRANÇA; CALDERÓN, 2013; ORTIZ, 2011).

Os empréstimos financeiros de organismos internacionais como o BM, segundo Pinto (2007), estavam atrelados às condicionalidades, ou seja, à implantação de um conjunto de reformas nas políticas econômica, social e setoriais nos países latino-americanos, que seriam acompanhadas por assessorias técnicas, compostas por representantes de organismos internacionais e dos países que receberam empréstimos. Assim, a submissão às políticas dos organismos internacionais foi, segundo Pinto (2007), uma opção tomada conscientemente pelas burguesias nacionais de diversos países latino-americanos que, a exemplo do Brasil, aceitaram as condições dos empréstimos estrangeiros.

Com base neste contexto, podemos entender as razões que levaram o BM a defender (a partir do Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial, elaborado por seus técnicos em 1997) que a crise fiscal dos países da periferia do capitalismo demonstrava a incapacidade do Estado em arcar sozinho com o financiamento e execução dos serviços públicos, de modo que se fazia necessário que alguns serviços exclusivos do Estado (como a educação, a saúde, ou a questão carcerária, por exemplo) fossem assumidos pelos agentes do mercado. Como Lima (2011), Montaño (2008) e Pinto (2007) observam, o pretexto desse documento era enfrentar o suposto distanciamento entre o Estado e o povo, gerado pelo Estado mínimo e pelo mercado como gestor da vida social, em um discurso que buscava se apresentar como um capitalismo reformado ou projeto humanizador, mas que escondia seus objetivos de ruptura com o neoliberalismo tradicional, representando uma radicalização da investida neoliberal sobre as atribuições do Estado mínimo ou de bem-estar social.

Em outras palavras, no contexto neoliberal já se previa a retirada do Estado das questões econômicas e a redução de suas atribuições na prestação de serviços públicos essenciais como educação, saúde, segurança pública e cultura. Por exemplo, nesse projeto encabeçado pelo BM, o Estado sofreu um esvaziamento ainda maior de suas atividades, visto que tais serviços públicos passaram a ser assumidos pela iniciativa privada, seja via empresas ou por meio

de organizações públicas não-estatais, as chamadas Organizações Não-Governamentais (ONGs) que, a princípio, reuniriam as qualidades da finalidade pública com a gestão privada, vista como mais eficiente e eficaz (BRESSER-PEREIRA, 1996; MONTAÑO, 2008).

Na prática, contudo, como Montaño (2008) observa, esse avanço neoliberal colaborou para a perda de direitos fundamentais, como é o caso da educação no Brasil, que passou de um direito social a uma mercadoria, bem público ofertado por empresas, ou "favor" prestado por ONGs, que teriam assumido o lugar do Estado alegadamente omisso. Dessa forma, ao mesmo tempo em que agentes defensores de interesses privados acataram conscientemente o projeto político do BM de esvaziamento das atividades do Estado brasileiro, eles também passaram a acusá-lo de omissão, para conseguirem espaço para a criação de novos mercados de serviços, antes predominantemente estatais, que puderam atender por meio das ONGs e empresas sob sua direção (MONTAÑO, 2008; PINTO, 2007). Nesse sentido, entendemos a privatização carcerária como mais uma forma de criação de mercado para o atendimento aos interesses de grupos privilegiados que desejam a oportunidade de tratarem o encarceramento (e, por conseguinte, os encarcerados) como mercadoria.

Nós nos contrapomos, contudo, à ideia de Montaño (2008) acerca de um suposto "esvaziamento" do Estado no contexto neoliberal. Como observado por Diniz (2001), o discurso da globalização representa uma ferramenta neoliberal, pela qual se propaga, mundialmente, a ideia de que todos os países necessitam seguir a mesma lógica de receituário econômico, para o qual não existiriam alternativas possíveis. A difusão global da crença no determinismo dos rumos das economias dos países segundo as prerrogativas do neoliberalismo, observada por Diniz (2001), foi também objeto de estudo de Santos (1997), para quem a flexibilidade dos Estados nacionais aos desígnios dos organismos financeiros internacionais não representa uma "fragilidade" ou "esvaziamento" do Estado, mas sim, sua pujança e força. Como discutido por Saes (1998), o papel do Estado é amortecer o conflito entre as classes antagônicas que compõem as sociedades.

Logo, ao invés de um suposto "esvaziamento" do papel do Estado, enxergamos, nesse contexto neoliberal, o exercício pleno da função estatal, construindo ideologicamente a crença de que as políticas neoliberais adotadas nos países em desenvolvimento representam "a única saída possível". O processo de globalização, portanto, expandiu mundialmente os ditames econômicos neoliberais, substituindo o poder dos Estados pelo poder das empresas, eliminando, assim, a democracia, já que as forças de mercado que regem a economia global é que passaram a determinar que ações deveriam ser adotadas

pela Administração Pública dos países (SANTOS, 1997). Percebemos, portanto, que, no Brasil, quando a Administração Pública, enquanto ciência, defende o uso de técnicas e métodos do Gerencialismo na gestão pública, ignora as implicações dos conceitos de Estado e de globalização, romantizando a lógica gerencial como panaceia aos problemas nacionais. Tal visão romantizada, de que a gestão empresarial seria uma resposta plausível aos problemas da Administração Pública, representa o discurso de lógica gerencialista ou Gerencialismo que, no Brasil, teve por marco fundamental a Reforma do aparelho de Estado (que ficou conhecida, também, como a "Reforma Gerencial"), ocorrida durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC), que durou de 1995 a 2002.

O Ministro de FHC responsável por esse processo, Bresser-Pereira (1996, 1998, 2008), defendeu a necessidade da Reforma Gerencial de caráter neoliberal realizada no período em função da suposta crise do Estado, iniciada na década de 1980, e o processo de globalização da economia. Para esse autor, o Estado brasileiro deveria assumir um novo papel, no qual seu objetivo primordial deveria ser a inserção do país, com condições competitivas, na economia internacional (BRESSER-PEREIRA, 1996;1998;2008). A crise do Estado na década de 1980, segundo Bresser-Pereira (1996), teria ocorrido em virtude da incapacidade estatal em coordenar o sistema econômico de maneira complementar às forças de mercado, refletindo em uma crise no modo de intervenção do Estado, uma crise fiscal e uma crise pela forma burocrática que o Estado vinha sendo administrado.

A burocracia estatal, para o autor, não conseguiu romper com o patrimonialismo que caracterizava anteriormente o Estado brasileiro e acabou por tornar o Estado pouco flexível, de modo a não conseguir agir de forma eficiente e eficaz como demandado pela globalização econômica (BRESSER-PEREIRA, 1996;1998;2008). A Reforma Gerencial implementada no governo FHC se voltou, segundo Bresser-Pereira (1996; 1998; 2008), para sanar esses problemas, tornando o Estado, supostamente, mais eficiente e eficaz. Para isso, conforme Bresser-Pereira (1996; 1998; 2008), foram necessárias mudanças na Constituição Federal de 1988 (a qual, segundo o autor, trazia burocratização ao Estado pela sua ênfase centralizadora), reduzindo direitos trabalhistas dos servidores públicos, a fim de possibilitar que o Estado consolidasse medidas vistas como cruciais à solução da crise estatal por meio do ajuste fiscal, das privatizações e da abertura comercial da economia brasileira ao capital estrangeiro.

Nessa perspectiva, coube ao Estado favorecer os processos de acumulação de capital e de crescimento econômico promovidos pela iniciativa privada, graças à adoção de um modelo estrutural de gerência pública, no qual,

pretensamente, o Estado se tornaria mais eficiente e eficaz por meio da divisão de trabalho entre órgãos ligados a ele (BRESSER-PEREIRA, 2008). Ao mesmo tempo, o governo incentivou a criação de organismos públicos não-estatais, que, a princípio, visariam garantir certos direitos sociais sem recair nos entraves burocráticos que caracterizariam, para o autor, o Estado de bem-estar social, que deveria ser substituído por um Estado facilitador que concedesse poderes para que os agentes privados pudessem competir no mercado (BRESSER-PEREIRA, 2008).

Assim, em suma, a Reforma Gerencial implementada por FHC, segundo Silva (1998, p. 37), teve por objetivo readequar as políticas estatais ao contexto da chamada "economia globalizada", na qual a solução para a crise econômica enfrentada pelo Brasil naquele período seria a sua inserção na dinâmica da "globalização", por meio de medidas como a desregulamentação da economia, a privatização de empresas estatais, a redução de gastos públicos, a abertura do mercado nacional para investimentos transnacionais e a flexibilização da legislação trabalhista. Em síntese, nessa abordagem, segundo Silva (1998, p. 37), os direitos sociais passaram a ser vistos como "privilégios" que constituíam verdadeiros entraves ao desenvolvimento econômico nacional.

Portanto, o apelo à "modernização" do país por meio de sua adaptação ao processo de "globalização", como defendido nessa Reforma, representou um discurso ideológico, cuja finalidade foi encobrir o processo de construção hegemônica de elites nacionais e estrangeiras. A esse respeito, Diniz (2001) observa que é um equívoco compreender o fenômeno da globalização em termos estritamente econômicos. Trata-se de um fenômeno que, além de prerrogativas econômico-financeiras, segue, sobretudo, diretrizes de natureza política (ou seja, de defesa de interesses de grupos sociais privilegiados), por meio das quais os organismos financeiros internacionais articulam as economias nacionais à economia capitalista global (DINIZ, 2001). Esse processo, de acordo com Diniz (2001), é possível graças às coalizões entre as elites nacionais e as oligarquias financeiras internacionais, por meio das quais as primeiras exercem um papel importante na escolha das políticas a serem implantadas nacionalmente.

Além disso, como Silva (1998) ressalta, o caminho neoliberal tomado pelo país a partir da Reforma Gerencial não reconheceu que o processo de inserção na dinâmica da globalização não ocorre da mesma forma para os países centrais e periféricos, de modo que a adoção dessa política não foi capaz de eliminar a relação de dominação entre nações (SILVA, 1998). Apesar de o discurso do governo de FHC ter inserido o país nessa dinâmica, segundo Silva (1998), o maior volume de investimentos permaneceu ocorrendo em países centrais,

como os Estados Unidos da América, os países da União Europeia e o Japão, que continuaram vistos no mercado internacional como melhores opções de investimento, enquanto o Brasil, com sua política de altas taxas de juros, seguiu atraindo apenas o capital especulativo, causando danos à economia nacional.

Apesar de suas consequências negativas para a economia brasileira e, sobretudo, para a prestação de serviços públicos para atendimento às necessidades da população, o caminho neoliberal continuou a ser trilhado pelo Brasil nos governos seguintes, ainda que se tenha observado avanços em políticas públicas sociais, a partir do chamado neodesenvolvimentismo.

O chamado neodesenvolvimentismo, para Sampaio Junior (2012, p. 678), é um fenômeno recente e localizado na realidade brasileira, fruto de intrigas e conspirações por parte de dois grupos que buscam o controle da vida política e econômica brasileira: a facção monetarista, ligada ao mercado financeiro e ao "braço direito do neoliberalismo", e a chamada facção desenvolvimentista, que o autor relaciona ao "braço esquerdo da ordem". Segundo Sampaio Junior (2012), ao final dos governos FHC, o Brasil atravessou um período de crise cambial e estrangulamento pelo FMI, que deixavam exposta a subordinação do país aos interesses do capital financeiro, situação esta que teve ligeira alteração a partir do segundo governo Lula (de 2003 a 2010), caracterizado pela lenta recuperação do poder aquisitivo dos salários, crescimento do consumo com base no endividamento das famílias, ligeira melhora na distribuição de renda e aparente resiliência nacional diante da crise internacional financeira, que deram a sensação de um momento de ciclo de desenvolvimento.

O neodesenvolvimentismo, para Sampaio Junior (2012, p. 679), seria a expressão teórica dessa situação brasileira, baseada na crença da possibilidade de articulação dos aspectos "positivos" do neoliberalismo (comprometidos com a estabilidade monetária, competitividade internacional, austeridade fiscal e aceitação ampla do capital estrangeiro no país) com os pontos "positivos" do velho desenvolvimentismo (que se comprometia com o crescimento econômico, o crescimento industrial e com o papel regulador do Estado, que deveria também se preocupar com questões sociais). Dessa forma, esse "novo desenvolvimentismo", ou neodesenvolvimentismo, estaria pautado na crença de que o crescimento econômico bastaria para dar resposta às desigualdades sociais, confundindo crescimento com desenvolvimento, sem questionar a dupla articulação entre dependência externa e segregação social trazida pela lógica da economia de mercado (SAMPAIO JUNIOR, 2012, p. 679-680).

Os governos Dilma (de 2011 a 2016), de acordo com Reis (2016), mantiveram a lógica neodesenvolvimentista por meio de sua política econômica

de priorização do pagamento da dívida pública (que vem ocorrendo no país, segundo o autor, desde o governo Sarney), impedindo, dessa forma, a efetiva consolidação de um sistema de proteção social com base no acesso universal a serviços públicos e na ampliação de direitos sociais. Assim, segundo Reis (2016), os gastos sociais, como os relativos a setores como os de educação, saúde e previdência social, foram restritos em favor da destinação de recursos públicos para o processo de acumulação de capital de bancos e instituições financeiras (nacionais e estrangeiras), bem como fundos de pensão e de investimentos. Além disso, conforme Reis (2016), assim como nos governos Lula, os governos Dilma se caracterizaram pela política de privatização das riquezas minerais nacionais, igualmente dos aeroportos, portos e ferrovias, por meio de concessões ao setor privado que, ao lado do ajuste fiscal com foco no superávit primário, buscaram proteger os interesses dos agentes do capital especulativo.

Graças a essa política econômica, segundo Paulani (2013; 2016), o Brasil foi marcado, nos últimos 20 anos, pelo retorno ao seu papel de produtor de bens primários com baixo valor agregado, uma vez que a indústria nacional tem sido negligenciada nesse processo, o qual favoreceu a inserção do país no processo global de financeirização. Por meio desse processo, o Brasil tem funcionado como plataforma internacional de valorização financeira, graças ao pagamento de altos juros aos títulos de sua dívida pública, inserindo-se de forma subalterna no contexto produtivo mundial e reforçando sua situação de dependência em relação aos países centrais no capitalismo global, tanto em termos tecnológicos quanto pela absorção de elevados montantes de poupança externa.

É nesse contexto neoliberal, caracterizado pela inserção subalterna do país na dinâmica global, que podemos compreender as políticas adotadas na Administração Pública brasileira dos últimos anos e sua relação com a proposta de privatização da administração das penitenciárias brasileiras, tal como proposto no PL 3.123/2012. Feitas essas considerações, passamos, a seguir, a apresentar um breve contexto da questão carcerária no Brasil, a fim de compreendermos aspectos relevantes para a realização da ACD do referido PL.

3. Neoliberalismo e a questão carcerária no Brasil

A prisão faz parte do conjunto de punições da justiça penal. Na transição do século XVIII para o XIX, esse punir recebe a acepção de ser um poder e uma função social, que a sociedade exerce por ela, através do poder público, e sobre ela. Nesse contexto, o encarceramento, como forma de privação da liberdade, emerge como uma "pena das sociedades civilizadas" (FOUCAULT, 1997, p. 195), haja vista, em tese, não produzir torturas ou dores no corpo. Esse

enredo transmite a ideia de que o criminoso (aquele que se comporta de maneira desviante) lesiona mais que a própria vítima, ele aflige a sociedade, devendo, assim, compensá-las. Por essa razão, a prisão timbra uma promessa jurídica-econômica e técnico-punitiva. Ou seja, ela é uma privação da liberdade, quando encarcera (castigo); um retorno social, quando utiliza o tempo-trabalho do condenado (compensação); e, por fim, um instrumento de ressocialização, ao poder retornar o prisioneiro ao corpo social (FOUCAULT, 1997).

Marcando o desenrolar do século XX, surge o projeto político da classe capitalista corporativa, o neoliberalismo. Com isso, propagam-se as ações de retração estatal, o Estado-mínimo, aquele que não deve se aventurar além das suas estruturas institucionais, o que leva à ascensão de projetos ideológicos de privatização e o afastamento do Estado nas áreas de bem-estar social, entre outras ações (HARVEY, 2008).

Se, por um lado, há um programa que vem diminuir a atuação social e econômica do Estado, de outro, existe uma ação que visa fortalecer a sua atuação penal. (WACQUANT, 2011; 2015). Sobre essa segunda afirmação, uma das funções que restaria ao Estado seria "[...] estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da polícia e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados" (HARVEY, 2008, p. 12).

Nesse arco histórico em que o projeto neoliberal entra em cena, ao mesmo tempo em que ele prega um Estado-menor, o recrudescimento da política penitenciária, no sentido de ser ela um mecanismo de controle social, busca mais Estado. Não obstante, à medida em que a indústria carcerária apresenta uma proposta de alta lucratividade, a prática privatizante atinge essa esfera, com a qual as funções régias se retraem ao monopólio do processamento e da condenação. Como efeito, novas formas mercadológicas começam a surgir, a título de exemplo, podemos citar que os investimentos das penitenciárias privadas estadunidenses, inclusive, são negociados na bolsa de valores, chegando, até mesmo, a integrar a Nasdaq (DIETER, 2013; WACQUANT, 2007; 2011).

É nessa quadra histórica que o encarceramento expande, mesmo diante das penas alternativas. Isso ocorre porque ele se torna, por si só, um sistema altamente lucrativo. É nesse momento que vai ocorrendo o desmantelamento do Estado previdenciário e a ascensão do Estado penal. O governo neoliberal da insegurança social no "estado-centauro"[1], liberal no topo e paternalista

1. A expressão "estado-centauro", ganha uma acepção específica na obra de Wacquant, não se confundindo com o Centauro de Maquiavel (leis e armas) ou de Gramsci

na base, sincroniza uma situação de perspectiva de trabalho restritivo e prisão expansiva (WACQUANT, 2007; 2012)

Esses pressupostos, disseminados pela racionalidade de mercado, normalizam o encarceramento em massa, deixando de ser essa uma discussão de fundo social e ganhando apenas argumentos de aspectos instrumentais (DIETER, 2013). Ou seja, trata-se de uma *Política Criminal Atuarial*, cujos pilares são uma "[...] síntese dos *instrumentos atuariais* para a identificação de *risco individual* com a teoria da *incapacitação seletiva* em busca de *eficiência* na *gestão* da *criminalidade*" (DIETER, 2013, p. 104) (destaque do original). Antes de tudo, nesse movimento, o que se precisa é desconstruir a naturalidade da prisão. O encarceramento não é natural, ele é um produto da construção histórica e social do ocidente (BATISTA, 2011).

Antes de contextualizar todo esse cenário colocado, vamos resgatar alguns eventos históricos. O Brasil se torna independente, sob a forma de uma monarquia Constitucional em 1822 e optou, naquele momento, por manter o modelo escravista. Ou seja, nós tínhamos uma mescla entre uma arquitetura jurídica moderna (influenciada por ideários do liberalismo político), uma sociedade escravocrata e um sistema punitivo diferente (para os diferentes sujeitos sociais). O Brasil, já em 1830, havia tido algumas experiências carcerárias anteriores, como as prisões militares, as eclesiásticas, as navais e as civis, entre as quais podemos citar a do Calabouço do Castelo[2] (KOERNER, 2006).

Em que pesem esses fatos, o primeiro complexo penitenciário brasileiro do Império foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro (CCRJ), inspirada no modelo de prisão norte-americana de Auburn[3]. Aliás, o Brasil foi o primeiro país da América Latina a modernizar o seu sistema carcerário, por intermédio em ideias importadas. Esse projeto da CCRJ nasceu em meados 1834, mas é somente em 1850 que ela é inaugurada. Sua construção empenhou, além de seu alto orçamento, a força laboral de africanos e trabalhadores livres, escravos, vadios e desordeiros. Esses moldes carcerários importados visavam, naquela

(força e consenso). Em Wacquant (2012), o autor inclusive usa, alternativamente, a expressão "Leviatã com rosto de Jano" (p. 37).

2. "O Calabouço era a prisão onde os escravos eram presos e recebiam açoites, como pena pública ou como castigo privado, executado por demanda do proprietário" (KOERNER, 2006, p. 210).

3. O modelo de Auburn, do século XII, é um dos sistemas americano de encarceramento, no qual o encarcerado deveria trabalhar durante o dia, privado de se comunicar, e se recolher em cela individual à noite (FOUCAULT, 1997); (ARAÚJO, 2009).

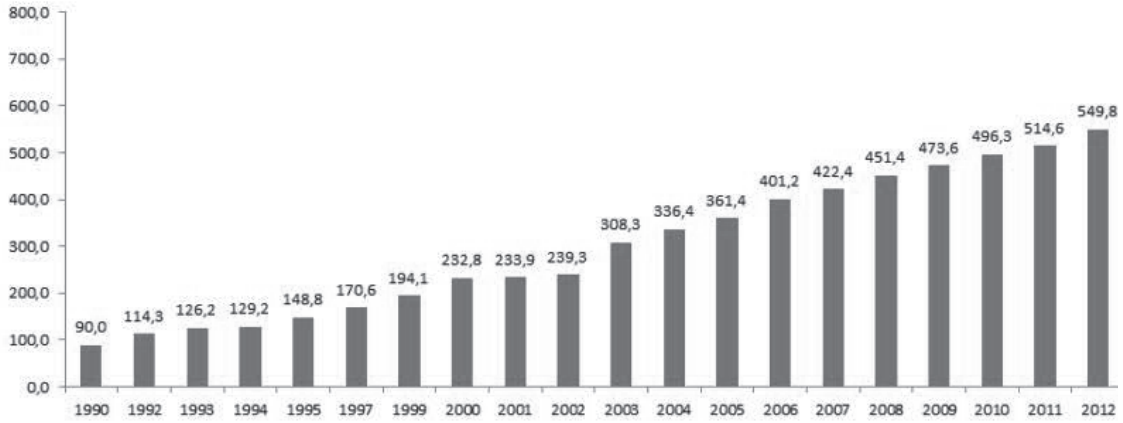
quadra histórica, atender ao interesse das elites no poder, que seria o controle social de escravos e dos livres pobres (ARAÚJO, 2009; CESAR, 2013).

Apesar que os modernos movimentos liberais da época tenham influenciado a estruturação jurídica do Brasil, quando da sua independência, conforme Aguirre (2009), os métodos punitivos em ascensão eram instrumentos de controle social, cujo quadro principal era a escravidão e a manutenção do modelo escravocrata. São nesses ideários que nasce e se difunde a prisão no Brasil.

Já no findar do século XX, com o neoliberalismo tardio no Brasil, a ascensão do modelo gerencialista de gestão pública e a agenda privatizante da nova ordem global "[...] esse vento punitivo soprou da América para a Europa e de lá para as velhas colônias" (BATISTA, 2011, p. 100). Para alguns criminólogos, é justamente esses movimentos que têm provocado a questão carcerária e o encarceramento em massa, em outras palavras, a destituição do Estado previdenciário e hastear da bandeira do Estado penal. (BATISTA, 2011; DIETER, 2013; WACQUANT, 2007; 2008; 2011; 2015).

Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2017), até junho de 2016, a taxa de ocupação da população prisional brasileira era de 197,4%, ou seja, havia 368.049 vagas disponíveis no sistema, em detrimento de um déficit de 358.663, diante de uma população prisional de 726.712 reeducandos.

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2017, p. 9)

O gráfico anterior demonstra, no eixo das ordenadas (vertical) uma métrica em milhares de pessoas encarceradas e no eixo das abscissas (horizontal) o marco temporal, em anos, que vai da década de 1990 até a data da elaboração do relatório. Esse gráfico mostra que houve um aumento de 707% da população carcerária no Brasil durante os 26 anos do período analisado.

Ainda, conforme os dados do relatório, no ano de 2016, descobrimos que: 40% dos presos totais, ou seja, 292.450, eram presos provisórios, quer dizer, ainda sem condenação em definitivo; 64% dos encarcerados são negros; e 61% não completaram o ensino fundamental[4]. A pesquisa ainda tentou especificar a faixa etária dessas pessoas, porém, esses dados só estavam disponíveis para um total de 514.987 pessoas, ou seja, 75% da amostra total. Destes, 30% são jovens entre 18 e 24 anos e 25% são pessoas entre 25 e 29 anos.

O crescimento da população carcerária, todavia, pode ter explicações mais profundas que apenas a atração dos lucros gerados pela privatização da administração das penitenciárias, como Wacquant (2008) explica. Analisando a realidade carcerária estadunidense, em que a privatização dos presídios já é uma realidade, Wacquant (2008) verificou que, de 1980 a 2000, a população carcerária quadruplicou naquele país e que os gastos públicos com a questão carcerária nos Estados Unidos da América (EUA) superaram o orçamento para outros fundos de políticas sociais, como o caso dos *Food Stamps*, programa de assistência alimentar a famílias de baixa renda.

Esses dados, como aponta o autor, reforçam a constatação de que o projeto neoliberal de desregulamentação dos serviços públicos prestados pelo Estado segue em andamento, indicando um crescimento no país de um Estado penal, responsável por uma política sistemática de criminalização da pobreza (WACQUANT, 2008). A criminalização da pobreza, segundo Wacquant (2007; 2008), é um elemento essencial para a imposição de ofertas de trabalho precárias e mal remuneradas, que opera por meio de obrigações cívicas para as pessoas que se encontram na base da estrutura de classes da sociedade estadunidense.

O sistema penal, segundo Wacquant (2008), contribui de três maneiras para o acirramento do processo de acumulação de capital, característico do capitalismo: 1) pela regulamentação dos segmentos mais baixos do mercado de trabalho; 2) pela redução da taxa de desemprego, subtraindo do convívio social, por meio do encarceramento, parcela da população trabalhadora com baixa qualificação profissional; 3) pela geração contínua de uma massa de trabalhadores marginais a serem explorados de maneira inescrupulosa.

A regulamentação dos segmentos mais baixos do mercado de trabalho, conforme Wacquant (2008), atua por meio do endurecimento da força policial e da ação dos tribunais, que colaboram para afastar os trabalhadores das classes

4. Esse montante de 61% corresponde, especificamente, a 4% de analfabetos, 6% de alfabetizados (sem ensino regular) e 51% que possuem ensino fundamental incompleto.

de situação socioeconômica mais vulnerável do comércio ilegal e de atividades informais. Dessa forma, como ressalta o autor, tanto os trabalhadores que nunca foram presos quanto os egressos do sistema prisional acabam se submetendo às formas de trabalho cada vez mais precárias oferecidas pelas empresas, por temerem o recrudescimento do sistema prisional, de tal modo que o sistema prisional passa a agir de forma mais coercitiva e eficaz que a própria legislação trabalhista, o sistema de seguridade social ou qualquer outra forma de política pública (WACQUANT, 2007; 2008).

Quanto à redução das taxas de desemprego, Wacquant (2008) aponta que, durante a década de 1990, o confinamento de pessoas nas prisões reduziu a taxa de desemprego nos EUA em dois pontos percentuais, mascarando números da realidade econômica, com fins ideológicos de propaganda do neoliberalismo. Ademais, o crescimento do encarceramento é responsável também pela criação de novos mercados, como o do setor privado de serviços carcerários, caracterizado pela sua alta taxa de empregos mal remunerados e por sua alta rotatividade.

Por fim, a geração contínua de uma massa de trabalhadores marginais a serem explorados sem escrúpulos pelas empresas, em atividades degradantes e mal remuneradas, é explicada por Wacquant (2007; 2008) com base no aumento da população de egressos do sistema prisional, que, em razão do rompimento de laços sociais, da criação do *status* civil de ex-criminosos e das restrições legais e civis que essa denominação social lhes implica, formam uma força de trabalho vulnerável que acaba por alimentar o constante processo de flexibilização do trabalho na qualidade de trabalhadores temporários nas ocupações mais degradantes e mal remuneradas.

As proporções histórica, política e social que foram contextualizadas encontram nos dados brasileiros, apontados anteriormente, a sua expressão numérica e os reflexos do encarceramento em massa. Diante dessa questão carcerária colocada, o Projeto de Lei analisado nessa pesquisa propõe, em sua justificativa, que a privatização das penitenciárias é uma resposta e uma solução. Todavia, a partir da ACD, enquanto abordagem teórico-metodológica, buscaremos problematizar a proposta do PL, convidando à reflexão sobre suas possíveis implicações para o tratamento da questão carcerária no Brasil.

4. A abordagem teórico-metodológica da Análise Crítica do Discurso em Norman Fairclough

Nesta seção, buscamos expor que, mais que um método de análise de discursos, a ACD faircloughiana é uma abordagem teórico-metodológica. Para tal,

apresentaremos algumas discussões preliminares sobre a Linguística, que esclarecem essa importante apresentação sobre tal abordagem da ACD.

A Linguística, enquanto campo científico, surgiu a partir dos estudos de Ferdinand de Saussure, responsável por fazer da língua um objeto de investigação dessa ciência, ao propor distinção teórica entre os dois elementos que compõe a linguagem: a língua (*langue*) e a fala (*parole*) (FIORIN, 2010). Fiorin (2010) explica que o conceito saussureano de língua corresponde ao sistema linguístico abstrato, que existiria de maneira independente das pessoas como é o caso da gramática. Na gramática em português, nesse sentido, não é possível inverter a ordem do artigo e do substantivo. Não se pode dizer "menina a chegou". Logo, não está ao alcance de um falante individual introduzir mudanças no sistema linguístico (ONUMA, 2017). A fala, por sua vez, corresponde ao uso individual da língua por uma pessoa. Para Ferdinand de Saussure, a fala, ao contrário da língua, seria assistemática e não permitiria um estudo rigoroso, já que não se compõe apenas de informações de ordem linguística, mas também de ordem histórica, psicológica, sociológica etc. (FIORIN, 2010).

Enquanto a abordagem saussureana foca no estudo da língua, ou seja, do sistema linguístico, da gramática, diversos autores na Linguística focam na fala, ou seja, na utilização concreta da língua pelos sujeitos (FIORIN, 2010). Norman Fairclough, assim como outros autores da Linguística, se distingue de Saussure, por não se ocupar apenas do estudo da língua, mas, também, da fala. Em outras palavras, Norman Fairclough busca estudar a maneira como a gramática de uma língua se atualiza em discursos concretos e produzidos em determinado contexto e, para tal, o autor tanto apresenta uma abordagem metodológica de estudo da língua quanto uma teoria social sobre seus usos, daí tratarmos de sua contribuição como teórico-metodológica.

Como Resende e Ramalho (2011) explicam, Norman Fairclough refuta o conceito saussureano de *parole*, que enxerga a fala como atividade individual, visto que, dessa forma, não poderia integrar uma teoria social do discurso, mas do indivíduo. Norman Fairclough articula o estudo da língua (sistema linguístico, como a gramática) às dinâmicas sociais e históricas, combinando estudos da *langue* e da *parole*, ou seja, da língua e da fala, do sistema linguístico e de seus usos (RESENDE; RAMALHO, 2011).

Com essas explicações, torna-se possível compreendermos o chamado "modelo tridimensional" da ACD faircloughiana, que compreende que a análise dos discursos se desempenha em três dimensões: das práticas sociais, das práticas discursivas e das práticas textuais. A análise das práticas sociais pode ser entendida, como aponta Pedro (1997), como a distinção principal entre a ACD de outras abordagens linguísticas. Tal como expõe Pedro (1997), na

ACD, os aspectos formais do texto são analisados, descritos e interpretados a partir do quadro de prática social em que estão imersos, uma vez que as análises se inserem, necessariamente, em uma teoria sociocultural da comunicação. Isso porque o objetivo da ACD é analisar e revelar o papel que o discurso opera na reprodução da dominação que grupos sociais privilegiados exercem na sociedade, criando e reproduzindo desigualdades sociais (PEDRO, 1997).

O discurso se coloca, portanto, nesta abordagem, como o uso da linguagem (falada, escrita e comunicação não verbal), um modo de prática social, ou modo de ação sobre a sociedade e sobre o mundo, bem como um componente das práticas sociais interconectado aos demais elementos que também as compõem (FAIRCLOUGH, 2001; RESENDE; RAMALHO, 2011). De acordo com Fairclough (2011), toda prática social é composta por elementos como: os sujeitos e suas relações sociais, as atividades, os objetos, instrumentos, tempo e lugar, valores, formas de consciência e discurso. Tais elementos, embora sejam diferentes, são indissociáveis dentro da vida social (FAIRCLOUGH, 2001b; 2005; 2010). Assim, o autor apresenta que valores culturais, consciência e relações sociais são, em parte, semióticos, o que não significa, todavia, que seja possível teorizar e pesquisar relações sociais da forma como se estuda a linguagem, dadas suas propriedades distintas. Entretanto, como a sua proposta da ACD sugere, a partir dessa abordagem, é possível analisar as relações dialéticas entre o discurso e os outros elementos da prática social, citados anteriormente (FAIRCLOUGH, 1985; 1992; 2001a; 2005; 2008; 2010; 2012).

A dialética, em Fairclough (1985; 1992; 2001a; 2011b; 2005; 2010; 2012), se baseia no conceito marxiano. Contrapondo à dialética hegeliana, para Marx (2003), o pensamento deveria partir da ligação com o mundo real e não do pensamento que parte de si próprio para concentrar-se em si mesmo. Desse modo, a abordagem marxiana reforça o caráter prático, voltado para a ação, em contraponto ao idealismo hegeliano (MARX, 2003). O concreto é, portanto, o ponto de partida, mas não como base para descrição empírica: pelo pensamento e desenvolvimento de abstrações é que se pode reconstruir o concreto (MARX, 2003). Como Marchiori et al. (2010) observam, a relação entre discurso e estrutura social na ACD se dá de maneira dialética, enquanto resultante do contraponto entre a determinação e a construção social do discurso, de modo que este se constitui como prática política, à medida em que estabelece, mantém e transforma relações de poder e entidades coletivas em que ocorrem essas relações, bem como prática ideológica, visto que constitui, naturaliza, mantém e transforma significados de mundo.

Como Fairclough (2001b) aponta, sua concepção de ideologia adotada na ACD se aproximar mais da noção proposta por Thompson (1984, 1990 citado

por FAIRCLOUGH, 2001b), para quem os usos da linguagem e de outras semioses é ideológico, ou seja, serve para estabelecer formas de dominação em circunstâncias específicas, mas podendo existir também disputas ideológicas nas práticas discursivas com vistas à reestruturação ou transformação das relações de dominação existentes.

Segundo Thompson (2011), a análise da ideologia busca compreender as maneiras pelas quais as formas simbólicas se entrecruzam com as relações de poder, em termos de como os sentidos são mobilizados no mundo social a fim de reforçar pessoas e grupos em posições de poder. Ou seja, para o autor, o estudo da ideologia deve se voltar à compreensão das maneiras como o sentido serve para estabelecer e sustentar as relações de dominação que ocorrem no mundo social (THOMPSON, 2011).

Portanto, o objetivo da ACD, segundo Fairclough (2005), não é a análise dos discursos *per se*, mas a análise das relações entre os aspectos discursivos e não discursivos do social, a fim de se atingir uma compreensão melhor da complexidade dessas relações. Como Fairclough (2001b; 2005) observa, o estudo da complexidade dessas relações inclui a busca pela compreensão de como mudanças nos discursos podem causar transformações em outros elementos sociais.

Consequentemente, no caso específico de nossa análise da justificação do PL 3.123/2012, que trata da proposta de privatização de estabelecimentos penitenciários no Brasil, buscaremos compreender como o discurso do PL nº 3.123/2012 pode causar transformações em outros elementos sociais (como formas de consciência e valores da sociedade), para fins de (re)produção da dominação de grupos sociais privilegiados, por meio de (re)criação de hegemonia.

Conforme explica Fairclough (2001b), o conceito de hegemonia se insere na sua perspectiva teórica da dialética do discurso, ao estabelecer que as ideologias presentes nas práticas dos sujeitos se tornam naturalizadas ou automatizadas, quando as classes economicamente favorecidas exercem a liderança e dominação dos domínios econômico, político, ideológico e cultural em uma sociedade.

Gramsci (2001) define a hegemonia enquanto uma moral dos produtores e uma ética do trabalho que leva à produção de formas de passividade, em que se procuram adaptar as classes trabalhadoras às estratégias de dominação capitalistas. Assim, torna-se muito difícil, embora não impossível, como Gramsci (2001) reconhece, a contraposição completa ao projeto societário hegemônico, visto que mesmo os sujeitos situados em uma classe social distinta passam a defender os interesses da classe dominante (GRAMSCI, 2001).

Por essas razões que, na análise das práticas sociais do discurso da justificação da PL 3.123/2012, buscaremos analisar elementos ideológicos e de hegemonia identificados no texto a partir de sua contextualização no cenário brasileiro, pela ótica da trajetória histórica e social das políticas carcerárias no país. Para tanto, entendemos que o discurso se coloca como elemento da prática social que se oferece como verdadeiro em textos (tidos como eventos em que a prática discursiva se realiza) e que podemos acessar empiricamente pela via dos gêneros do discurso que, por sua vez, enquanto tipos particulares de textos, envolvem processos específicos em sua produção, distribuição e consumo (FAIRCLOUGH, 2001b; 2005; MAGALHÃES, 2001). A seguir, apontamos o percurso metodológico adotado para a realização de nossas análises.

5. Metodologia

De acordo com Chouliaraki e Fairclough (1999), o quadro teórico de análise da ACD começa a partir da percepção de um problema relacionado ao discurso em algum aspecto da vida social. Em nosso caso, buscaremos compreender como o discurso da justificação do PL 3.123/2012 pode causar transformações em outros elementos sociais (como formas de consciência e valores da sociedade), para fins de (re)produção da dominação de grupos sociais privilegiados, por meio de (re)criação de hegemonia.

Conforme apresentamos, na ACD faircloughiana, o discurso é compreendido como composto por três dimensões ou níveis de análise: o texto, a interação ou prática discursiva e a ação ou prática social (FAIRCLOUGH, 2001b). Optamos por iniciar nossa análise, com base em Chouliaraki e Fairclough (1999), na análise das práticas sociais, buscando analisar a conjuntura, entendida como a configuração de práticas na qual o discurso em foco (no caso, o discurso da justificação do PL 3.123/2012) se encontra imerso.

Como Fairclough (2001b) observa, na dimensão da análise das práticas sociais, são analisados aspectos ideológicos e hegemônicos presentes nos textos, o que, como Fairclough (2001b) observa, depende do conhecimento sociológico e de contexto do analista. Chouliaraki e Fairclough (1999) complementam afirmando que o propósito da análise das práticas sociais é localizar o discurso estudado no panorama geral conjuntural em que os discursos foram produzidos e consumidos, levantando questões relevantes para a interpretação do discurso em análise.

Para a análise da dimensão das práticas discursivas, optamos pela análise do gênero do discurso (ou gênero discursivo) em questão (o PL 3.123/2012 e sua a justificação), a partir da análise dos elementos dos gêneros discursivos: *mídium*, estilo e tipo de atividade. Os gêneros discursivos, segundo Bakhtin

(1997), são formas relativamente estáveis de enunciados elaborados pelas mais diversas esferas da atividade humana, consistindo em modelos comunicativos (como uma carta, uma portaria, uma reportagem, uma ata, entre outros) dotados de caráter normativo e que promovem uma economia nos processos comunicativos. Por exemplo, ao lermos um boleto bancário, já sabemos de antemão para que esse gênero discursivo serve (daí a economia no processo comunicativo), bem como a obrigação de o pagarmos antes da sua data de vencimento (seu caráter normativo) (ONUMA, 2017).

O meio (ou *mídium*) como o discurso é transmitido impõe coerções ao seu conteúdo, bem como direciona os usos que os interlocutores do texto devem fazer do mesmo (MAINGUENEAU, 2013). Ou seja, para Maingueneau (2013), os diferentes *mídiuns* transformam as condições materiais da comunicação, alterando os conteúdos, de modo que, para a análise do *mídium* de um gênero do discurso, é necessário considerarmos não apenas o seu suporte material (como, por exemplo, o oral, escrito, manuscrito), mas também o conjunto do circuito que organiza a fala.

As sequências tipológicas ou estilos diferentes podem ser, por exemplo, descrição, exposição, argumentação, narração ou injunção (que estabelece uma obrigação, uma ordem) (FAIRCLOUGH, 2001b; 2010; MARCUSCHI, 2007). Já o tipo de atividade ou estrutura composicional do gênero discursivo determina as posições de sujeito como fornecedor ou receptor da notícia, entre a extensa gama de opções de posições que podem ser estabelecidas pelos sujeitos nos textos e que devem ser analisadas caso a caso (FAIRCLOUGH, 2001b; MAGALHÃES, 2001).

Ainda dentro da análise das práticas discursivas, analisaremos as formas de intertextualidade presentes no texto. Para Fairclough (2001b), a intertextualidade pode ser manifesta ou constitutiva. A primeira ocorre quando há uma alusão direta a outro texto. A segunda, também chamada pelo autor de interdiscursividade, acontece quando uma referência a outro texto não é tão clara, quando essa menção não paira de forma mais evidente sobre a superfície textual, justamente pelo fato de que ela, a intertextualidade constitutiva, está relacionada às condições de produção do texto.

Fairclough (2001b), ao publicar sua obra "Discurso e Mudança Social", tenta tornar essa abordagem teórico-metodológica, que é a ACD, acessível para qualquer pesquisador que trabalhe com pesquisa social. Dessa forma, o próprio autor, apesar de salientar toda a importância linguística, não deixa de evidenciar que a análise de discurso é uma "[...] atividade multidisciplinar e não se pode exigir uma grande experiência linguística prévia de seus praticantes [...]" (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 102).

A identificação dessa intertextualidade manifesta é feita pelas marcas de heterogeneidade mostrada que "[...] incide sobre as manifestações explícitas, recuperáveis a partir de uma diversidade de fontes de enunciação [...]" (MAINGUENEAU, 1997, p. 75).

A fim de compreender essas marcas, Maingueneau (1997, citado por ONUMA, 2017) apresenta uma breve descrição das marcas de heterogeneidade mostrada mais usualmente encontradas em textos:

> a) a *ironia* (todo enunciado irônico traz à tona uma "outra voz", outro discurso o qual ironiza),
>
> b) a *pressuposição* (uma crença representada no discurso, como em "o governo não quer mais decidir"),
>
> c) a *negação* (uma vez que todo enunciado negativo traz duas vozes, a que afirma o que é negado e a negação em si como, por exemplo, em "a educação não é uma mercadoria" que, ao mesmo tempo em que nega a mercantilização da educação, revela a existência do discurso que defende essa ideia à qual o locutor se opõe),
>
> d) o *discurso relatado* (em que há ambiguidade no afastamento do locutor, que busca no discurso de outro uma forma de autoridade, que protege sua asserção),
>
> e) o *metadiscurso* (que pode assumir inúmeras formas, caracterizando-se por um conjunto de acréscimos contingentes com a finalidade de retificar a enunciação, buscando evidenciar as intenções do locutor como, por exemplo, em "ou melhor, em outras palavras"),
>
> f) a *parafrasagem* (quando há palavras, expressões e proposições literalmente distintas, mas com o mesmo sentido) e o uso *de citações de autoridade* (na qual o locutor busca se esconder atrás de um outro locutor que garanta validade à sua enunciação, o que pode ser feito pela citação de autoridade), que pode ocorrer também pela via do uso de *provérbios* (que validam sua autoridade pelo seu reconhecimento coletivo) e os *slogans* (que presumem a ausência de um enunciador, alinhando-se a um impulso de ação, ao mesmo tempo que enganam o destinatário, como se ele fosse o destinador da ação) (MAINGUENEAU, 1997 citado por ONUMA, 2017, p. 263) (destaque do original).

Por fim, a análise da dimensão textual parte da produção e/ou interpretação textual, visando os aspectos formais do discurso. Ela pode ser elaborada de acordo com os seguintes elementos: vocabulário, gramática, coesão e estrutura textual (FAIRCLOUGH, 2001b).

Como o próprio autor alerta, "[...] não há procedimento fixo para se fazer análise de discurso; as pessoas abordam-na de diferentes maneiras, de acordo com

a natureza específica do projeto e conforme suas respectivas visões do discurso" (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 275). Em Fairclough (2001b), há a apresentação detalhada do quadro teórico da ACD, com sete elementos compondo a análise textual, além da discussão dos níveis de análise das práticas discursivas e práticas sociais. Todavia, ressaltamos que apresentaremos aqui apenas os métodos que serão focados neste estudo, com base nos propósitos de nossa pesquisa.

Deste modo, salientamos que não temos a pretensão, neste artigo, de apontar um "passo-a-passo" para a realização de qualquer análise a partir da ACD: como Chouliaraki e Fairclough (1999) apontam, dada a complexidade do quadro teórico da ACD, cada pesquisador pode focar em aspectos específicos da análise, em detrimento de outros, em razão dos propósitos de seu estudo. Assim, em razão da natureza de nossa pesquisa, optamos por analisar os seguintes elementos, dentro da perspectiva tridimensional faircloughiana:

Quadro 01. Quadro teórico adotado para a realização de análise do texto da justificação do PL 3.123/2012 a partir da ACD em Norman Fairclough

Dimensão da Análise Crítica do Discurso e elementos analisados	Elementos analisados
Análise das práticas sociais	– Contextualização política e histórica; – Ideologia; – Hegemonia.
Análise das práticas discursivas	– Força ilocucionária (intenções imediatas do texto); – Significados ideacionais (crenças transmitidas); – Significados interpessoais (relações que o texto busca estabelecer); – Gênero discursivo (estilo, mídium e tipo de atividade); – Intertextualidade (por referência direta e/ou aspas, ou pelas marcas de heterogeneidade mostrada: ironia, negação, discurso relatado, metadiscurso, parafrasagem, citação de autoridade – provérbios e slogans).
Análise textual	– Escolhas de vocabulário (sentidos das palavras escolhidas para uso no texto); – Gramática (orações e escolhas verbais).

Fonte: Elaborado pelas autoras com base em Chouliaraki e Fairclough (1999) e Fairclough (2001b; 2005)

Embora não haja um "passo-a-passo" para a ACD, Fairclough (2001b) sugere, como caminho possível a ser seguido: a apresentação dos dados, da análise

e dos resultados. Assim, adiante, daremos mais detalhes sobre os dados (*corpus*) e a análise (aplicação do modelo tridimensional de Norman Fairclough), para, por fim, apresentarmos nossos resultados.

5.1. O corpus

Um projeto de lei não tem força normativa, mas, caso seja aprovado, seus ditames passarão a emanar a força de lei e serão vinculativos. Toda proposta legislativa, seja a sua proposição de autoria do Poder Legislativo ou do Executivo precisa, respectivamente, de uma justificação ou exposição de motivos, que é a seção que vai anatomizar todas as razões, fundamentos, necessidades, motivações e finalidades visando a aprovação desse projeto. Em suma, é a parte que vai explanar o porquê aquela determinada proposta merece galgar o patamar de lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por essas razões, para desenvolver este trabalho, optamos por delimitar nosso *corpus* de análise na "Justificação" do PL 3.123/2012. Segundo Maingueneau (2015), o *corpus* de uma pesquisa, nas diferentes abordagens de análise de discurso e ACD, correspondem a textos, um texto único ou os trechos de textos escolhidos segundo critérios de restrição do método e resposta aos objetivos de pesquisa. Conforme esse autor, nessas perspectivas analíticas não se estudam obras, mas, sim, cada pesquisador deve reunir os materiais que considera necessários para responder aos seus questionamentos de pesquisa, levando em consideração as restrições que os métodos de análise escolhidos lhes impõem.

Diante disso, nossa opção de *corpus* se justifica por dois motivos: 1) pelo amplo escopo da ACD que, dada a complexidade dos procedimentos da análise tridimensional presente na ACD faircloughiana, combinada com o vocabulário rígido e extremamente técnico das outras partes do PL (com uma escrita extremamente moldada e calculada, conforme os ditames da Lei Complementar 95 de 1998, tornando a análise ainda mais trabalhosa), não permitiria que uma análise do texto completo do PL 3.123/2012 coubesse dentro do limite de páginas imposto pela maioria dos periódicos contemporâneos em suas normas de formatação de texto aptos a submissão; 2) pelo caráter estável enquanto modelo comunicativo no âmbito do Direito e por suas características de economia em processos comunicativos, bem como de normatividade dos quais a "justificação" dispõe, que passam despercebidos a muitos dos profissionais desse âmbito.

6. Análise e discussão dos resultados

Fairclough (2001b) dispensa a ordem entre as análises das dimensões do texto e da prática social e discursiva. Como o autor observa, especialmente

em relação à descrição do texto e sua interpretação, há uma proximidade muito grande em termos da análise textual e a análise discursiva, o que dificulta a elaboração de procedimentos padrão para a análise (FAIRCLOUGH, 2001b). Todavia, optamos por iniciar nossa análise, com base em Chouliaraki e Fairclough (1999), na análise das práticas sociais, buscando analisar a conjuntura, entendida como a configuração de práticas na qual o discurso em foco se insere.

Antes de prosseguirmos, para melhor compreensão de nossas análises, apresentamos, a seguir, o *corpus* de análise que estruturamos. Trata-se da íntegra da justificação do PL 3.123/12, cujo texto foi inserido na tabela a seguir, com indicação lateral de linhas e parágrafos, de modo a facilitar as referências que serão feitas na análise.

Quadro 02. Texto da justificação do PL 3.123/2012, *ipsis litteris*, organizado neste quadro com indicação de linhas e parágrafos (destaque do original)

Nº de linhas	Parágrafo	Texto
1 2	1º	De há muito se fala no direito brasileiro na necessidade de privatizar os presídios, como forma de solucionar a gravíssima questão penitenciária.
3 4 5 6 7 8	2º	Seguindo o exemplo de diversos países, a medida da privatização virá contribuir para desafogar da máquina estatal e desonerar os cofres públicos, tornando a execução das penas mais humanitárias, feita em condições mais dignas e, por conseguinte, atingindo um nível maior de ressocialização e reintegração do condenado, assim como demonstrado nos processos atualmente existente.
9 10 11 12 13 14	3º	Na década passada alguns estabelecimentos penitenciários experimentaram a gestão privada, mas não havia nenhuma lei que regulamentasse a matéria, tudo ficando ao alvedrio, tão somente ao livre-arbítrio do Poder Executivo daquelas localidades, sem uma tipificação legal a qual, dessem normas gerais ao assunto, tornando-os mais claros, diáfanos e seguros aos interesses e cofres Públicos.
15 16 17 18	4º	Cremos e vemos na prática que a ideia é adequada, apropriada, mas necessita urgentemente que se fixem por lei seus parâmetros, que originamos um diploma para resguardar a garantia de todos os direitos fundamentais e o couto das normas constitucionais sobre o tema.
19 20 21 22 23	5º	A construção de novas Penitenciárias, a par da readequação e reforma de outras, gera o problema de falta de servidores públicos treinados para o exercício das inúmeras funções necessárias para seu adequado funcionamento, nos termos do que estabelece a Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais.

Nº de linhas	Parágrafo	Texto
24 25 26 27 28 29	6º	O problema que se coloca perante o Poder Público se dá no aumento do número de cargos públicos necessários para o gerenciamento das Penitenciárias, aumentando, de consequência, o número de servidores públicos, e realizar concurso público para seu preenchimento ou delegar à iniciativa privada os serviços prestados nas Penitenciárias, passando a realizar licitações e contratações para tal desiderato.
30 31 32 33 34	7º	A execução penal deve ser abarcada como atividade intricada que "se desenvolve nos planos, jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais"[1].
35 35 37 38	8º	"A execução penal tem natureza híbrida, constituindo função administrativa e jurisdicional do Estado. Se por um lado a administração penitenciária compete ao Poder Executivo (Estado-administração), os incidentes da execução são da alçada do Poder Judiciário (Estado-juiz)."[2]
39 40 41 42 43	9º	Assim, para promover a concepção do tema, a expressão execução penal será utilizada para se referir, *exclusivamente*, à atividade do Estado-administração, enquanto gestor do sistema penitenciário e operador dos estabelecimentos penais, tanto como fator de garantia da sociedade, tanto quanto como garantia do próprio condenado.
44 45 46	10º	Logo, dúvida alguma pode existir quanto ao fato da execução penal se constituir serviço público típico, alusivo à atividade típica e exclusiva do Estado, sendo indelegável.
47 48 49 50 51 52 53 54	11º	Portanto, conclui-se de imediato, que de acordo com os ditames legais gerias por esta lei apresentado, determina atitude correta, eis que não concedeu o serviço à atividade privada, mas somente terceirizou alguns dos serviços que necessariamente devem ser prestados em uma Penitenciária, de acordo com os preceitos constitucionais. Art. 175 da CF/88, ao afirmar que "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".
55 56 57 58	12º	É por esse motivo que propomos o presente Projeto de Lei, que modifica a Lei de Execução Penal, para estabelecer as normas gerais de como será possível a entes privados prestarem serviços penitenciários, sem atingir princípios constitucionais básicos.
59 60 61 62 63	13º	Tivemos o cuidado de resguardar nessa proposta aqueles serviços que de acordo com preceitos jurídicos penais, são por força da Constituição e de nosso sistema, reservados aos órgãos públicos. Assim, excluímos da possibilidade de privatização a guarda e avaliação do preso, que devem permanecer monopólio do Estado como garantia de todos.

Nº de linhas	Parágrafo	Texto
64 65 66	14º	Cremos que o Projeto será de grande utilidade para nortear essa modernização de nosso sistema carcerário, e, pois, conclamamos nossos Nobres Pares a aprovarem a matéria.
67	15º	Sala das Sessões, em 6 de fevereiro de 2012
68	16º	Deputado ALEXANDRE LEITE
69 70 71 72	17º	1 GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal. In: *Execução Penal* (vários autores), Max Limonad, 1987. p. 7.1. 2 SILVA, Haroldo Caetano. *Manual da Execução Penal*. Bookseller, 2001. p. 41.2.

Fonte: Projeto de Lei 3.123/2012

6.1. Análise das práticas sociais

Resgatando um pouco da história brasileira, como se sabe, até 1808, antes da vinda da família real ao país, o Brasil era colônia de exploração. Porém, a transferência do governo português para o Rio de Janeiro mudou a situação do nosso país à época, de colônia para Reino Unido de Portugal. Foram por conflitos de interesse em relação a Portugal que, em 1822, o Brasil conclama a sua independência (COSTA, 2008). Esse traçado histórico lastreia o *ethos* patrimonialista que a cultura lusitana legou. O patrimonialismo, por sua vez, é confusão entre o público e o privado. Assim, aquilo que era público passa a ser conclamado em benefício próprio, como poder ou recurso particular. Desta feita, o fato em voga é que o Estado brasileiro e a administração pública correspondente nasceram patrimonialistas (MARTINS, 1997).

O primeiro esforço sistemático de superação do patrimonialismo foi a reforma administrativa do Estado Novo, uma ação deliberada e ambiciosa no sentido da burocratização do Estado brasileiro, que buscava a separação entre o público e o privado e supunha um forte intervencionismo estatal, centralização do poder e racionalização do sistema (COSTA, 2008; MARTINS, 1997).

Mais à frente, na década de 1980, momento em que o Brasil passou por um processo de redemocratização, o projeto gerencialista de gestão pública, com ideários imbricados na onda neoliberalista, começa a emergir. A vertente gerencial traz consigo a ideia de se aplicar os métodos e técnicas do setor privado na máquina estatal. Esse ideal tem suas raízes no movimento de reforma da gestão do Estado, originárias da Europa e Estados Unidos, mais especificamente nos governos de Margareth Thatcher e de Ronald Reagan (PAULA, 2005).

O surto neoliberal, das últimas décadas do século XX, provocou mudanças sociais sobre a percepção de Estado e de serviços públicos, fenômeno esse

observável através da ascensão do gerencialismo no setor público. A emergência da hegemonia da empresa privada passou, então, a orientar as ações públicas, provocando, entre outros efeitos, a privatização de empresas estatais e até de serviços públicos (CHANLAT, 2002).

Nesse contexto, encontra-se o discurso do texto em análise, que trata (antes de pensar na privatização da administração das penitenciárias) do discurso da privatização em si, enquanto um movimento estatal influenciado pela onda neoliberal do final do século antecedente e pela ascensão do gerencialismo na esfera pública.

Já a discussão afeta à necessidade de privatizar presídios, perpassa o debate sobre a Política Criminal Atuarial que é "[...] a reunião frouxa dos discursos e práticas que correspondem ao *paradigma* emergente para controle dos *marginalizados* nos Estados capitalistas ocidentais contemporâneos" (DIETER, 2013, p. 267). Por uma interpretação wacquantiana observamos, nesse quadro de análise social, a onda carcerária em movimentos divergentes de retração do trabalho social e expansão do regime prisional (BIRMAN, 2012).

Na corrida pelo lucro, o capitalismo gera um exército de mão de obra. Tornar essa mão de obra empregável é um empreendimento que o capital não se propõe a resolver. Como compensação aos efeitos sociais que o capitalismo provoca, os ideários de um Estado de bem-estar social vêm tentar amenizar essas nuances. Nesse pensamento, surgem os sistemas previdenciários, cada vez mais acusados de sorver o "dinheiro dos contribuintes" (BAUMAN, 1997, p. 52). Não dando conta dessas responsabilidades, o Estado devolve às vítimas os próprios custos sociais. (BAUMAN, 1997). Assim, "os pobres, longe de fazer jus a cuidados e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado" (BAUMAN, 1997, p. 59).

Seguindo essa ideia, é possível ver a face neoliberal do capitalismo, que vem tanto desconstituindo o Estado previdenciário quanto batizando o Estado penal. Por sua vez, esse Estado penal se ergue como uma resposta ao crescimento da insegurança social (mas não à insegurança criminal) (WACQUANT, 2007). A criminalização da pobreza se faz, dentro desse contexto neoliberal, mais que gerador de novos mercados privados (pela privatização da administração carcerária e a criação do mercado de serviços carcerários) instrumento importante para a regulação da oferta de mão de obra a ser explorada pelas empresas (WACQUANT, 2008).

O Projeto de Lei analisado promete que a proposta privatizante é uma saída, em razão da questão carcerária. Para isso, traz "o exemplo de diversos países" (linha 3, § 2º), como forma de invocar a experiência destes ou ainda de afirmar que essas práticas foram "testadas e aprovadas" e que, nesse movimento,

o Brasil estaria atrasado. Todavia, essa é mais uma resposta neoliberal do movimento de

> [...] difusão internacional das práticas punitivas [...]. Do mesmo modo, sociedades do Segundo Mundo – como o *Brasil*, a Argentina e a África do Sul, que adotaram plataformas penais superpunitivas, inspiradas pelos acontecimentos estadunidenses nos anos 1990 e, como resultado, viram sua população carcerária disparar – fizeram isso não apenas porque tinham finalmente alcançado o estágio da "modernidade tardia", mas porque tinham trilhado o caminho da desregulação do mercado e da retração do estado. (WACQUANT, 2012, p. 30) (destaque das autoras)

Quer dizer: primeiro, se tem um movimento internacional, que tanto difunde o neoliberalismo quanto faz crescer a onda punitiva. Essa ação encontra a reação no superencarceramento, fazendo surgir a questão penitenciária. Depois disso, o próprio neoliberalismo vem com a solução, em seu oportuno movimento profuso de privatização. Assim, tal como observado por Diniz (2001), Santos (1997) e Silva (1998), identificamos no texto da justificação do PL a presença da ideologia neoliberal, que busca disseminar a crença falaciosa do determinismo da agenda neoliberal nas políticas nacionais, por meio do instrumento da globalização que, mais que fenômeno econômico, é um processo político, por meio do qual as economias dos países em subdesenvolvimento se inserem de forma subalterna no capitalismo global. Afinal,

> [...] um sistema penal proativo não é um desvio, mas sim um ingrediente constitutivo do Leviatã neoliberal, juntamente com variantes do trabalho social gerencial e da alegoria cultural da "responsabilidade individual". Isso sugere que necessitamos teorizar a prisão não como um implemento técnico para o cumprimento da lei, mas como um órgão central do estado, cuja distribuição seletiva e agressiva nas regiões inferiores do espaço social é essencialmente ofensiva aos ideais da cidadania democrática. (WACQUANT, 2012, p. 15).

Eis então, uma relação dialética entre discurso e demais práticas sociais, manifesta já no primeiro parágrafo do PL em análise, que diz: "De há muito se fala no direito brasileiro na necessidade de privatizar os presídios, como forma de solucionar a gravíssima questão penitenciária". Por meio dessa relação dialética, identificamos, portanto, a presença de discurso hegemônico, com finalidade de produzir formas de passividade da população por meio da disseminação da ideia ideológica da necessidade de privatização da administração carcerária como único recurso possível para a solução da questão carcerária brasileira (DINIZ, 2001; GRAMSCI, 2001).

A partir desse trecho do texto analisado, identificamos a existência de tentativa de mobilização da produção de sentidos sobre a gestão penitenciária, agindo, portanto, de forma ideológica, nos termos de Thompson (2011), uma vez que esse tipo de interpretação sobre a questão carcerária ajuda a sustentar a dominação da agenda neoliberal no contexto brasileiro. Observamos, portanto, que a força ilocucionária, ou intenção imediata do texto que compõe o *corpus* analisado, é justamente essa: sustentar e fortalecer a hegemonia da agenda neoliberal no tratamento da questão carcerária brasileira. O significado ideacional ou crença transmitida pelo texto é de que a privatização é a única possibilidade para enfrentamento à questão carcerária brasileira, reforçando, como apontado por Diniz (2001), a visão determinista do fenômeno da globalização, cujo fim último é a manutenção da agenda neoliberal nas políticas adotadas pelos países de inserção subalterna no capitalismo, como é o caso do Brasil.

Portanto, o discurso sustentando na justificação do PL 3.123/12, que tramita no Congresso Nacional, foi produzido carreado de elementos do contexto hegemônico (logo, práticas sociais) do discurso neoliberal, expressos na orientação privatista e nas nuances da lógica gerencialista presentes no texto.

6.2. Análise das práticas textuais e discursivas

Os gêneros discursivos são modelos comunicativos relativamente estáveis e fazem referência a um tipo particular de texto e aos seus processos de produção, distribuição e consumo. Eles se associam a um estilo, a um tipo de atividade e ao mídium (FAIRCLOUGH, 2001b). *In casu*, o gênero discursivo é o próprio projeto de lei. Quanto ao estilo, o texto é oficial, formal e escrito. O tipo de atividade remete à prática congressista legislativa. Como o texto em análise é um projeto de lei, observamos que o domínio e acesso são (e devem ser) públicos. Porém, o texto não tem ampla divulgação. Ou seja, embora o texto seja público, aberto e se encontre disponível no sítio virtual da câmara (*mídium*), diferentemente de uma situação publicitária, em que o texto vai ao leitor, nesse caso, o leitor deve ir ao texto.

A justificação é um elemento essencial para a propositura de um projeto de lei e é um aspecto fundamental para a sua aprovação. Isso implica dizer que há um rigor e especificidades técnicos em sua elaboração.

Em suma, o texto analisado é um gênero com estruturas redacionais de estilo oficial (documento do legislativo brasileiro), e que faz uso de um vocabulário protocolar e litúrgico do ambiente organizacional parlamentar.

O *corpus* apresentado começa assim: "De há muito se fala..." (§ 1º, linha 1). Essa expressão imprime a ideia de tempo, fazendo pensar que o assunto já está

maturado, pela expressão "há", verbo haver, que implica existência, e de "muito", advérbio de intensidade (alto grau). Observamos, nesse trecho, um marcador de pressuposição ("De há muito se fala") que, conforme Koch (2013), é um tipo de marcador linguístico que busca denotar como se fosse pressuposto algo que se busca veicular como informação nova. Como Koch (2013) observa, é uma forma de "manobra" argumentativa que, no caso analisado, ressalta o caráter de reprodução da hegemonia da agenda neoliberal no tratamento da prestação de serviços públicos.

Para fins de compreensão desta *pressuposição*, podemos falar em três instâncias temporais: o tempo cronológico (tempo calendário), o tempo físico (movimentos dos astros) e tempo linguístico (presente na fala) (BENVENISTE, 1989).

> Aquele que diz "agora, hoje, neste momento" localiza um acontecimento como simultânea a seu discurso; seu "hoje" pronunciado é necessário e suficiente para que o parceiro o ligue na mesma representação. Mas, separemos "hoje" do discurso que o contém, coloquemo-no em um texto escrito; "hoje" não é mais então o signo do presente linguístico pois que ele não é mais falado e percebido, e ele não pode mais enviar o leitor a algum dia do tempo crônico (BENVENISTE, 1989, p. 78).

A ideia temporal apontada no texto é indeterminada. Pela data da publicação (§ 15, linha 67), sabe-se que o texto é de 2012. Todavia, a indeterminação do tempo apresentado, somada ao verbo haver e ao advérbio de intensidade, deixa o texto com caráter imprescritível, mantendo, pela escrita, a sua existência como se tivesse acabado de ser redigido. Além do mais, transmite a ideia de que o assunto da privatização já se encontra completamente debatido e amadurecido, tanto pelo direito quando pelos congressistas. Logo, a escolha do tempo verbal neste marcador de pressuposição reforça nossa constatação do uso do mesmo enquanto "manobra" argumentativa para fins de construção de hegemonia da agenda neoliberal no Estado brasileiro (DINIZ, 2001; GRAMSCI, 2001; KOCH, 2013).

Quando se diz "De há muito se fala *no direito brasileiro*..." (§ 1º, linha 1) vemos uma *parafrasagem*, ocorrida por meio de uma *citação de autoridade*, como se o *direito brasileiro*, enquanto ciência e enquanto técnica jurídica, fosse uma garantia de competência, maturidade e domínio do assunto. Essa discussão, aperfeiçoada no tempo prolongado de debate e nas competências do direito, leva a uma conclusão: a "necessidade de privatizar os presídios", que é utilizada para afirmar que há uma imprescindibilidade na privatização das penitenciárias. Então perguntamos o porquê dessa necessidade. Por causa da "gravíssima" (superlativo absoluto sintético) "questão penitenciária" (§ 1º, 2ª linha).

Concatenando as ideias, temos um jogo de combinação de palavras que sugere um problema, questão carcerária, e impõe, por uma relação causal, a "necessidade" (§ 1º, 1ª linha) de se privatizar as penitenciárias. O que se abstrai dessas primeiras informações discursivas é que: há uma questão penitenciária, a gradação (termômetro) de sua gravidade é máxima e a solução apontada é "privatizar" os presídios.

De outra sorte, o próprio texto indica que esta é uma "forma" (1º §, 1ª linha) de se resolver essa questão. Ou seja, isso é o meio, caminho, e não a finalidade em si. Será que a privatização das penitenciárias resolve a questão carcerária? Como apontado por Wacquant (2008), a privatização da administração das penitenciárias pode colaborar não apenas para a criação de novos mercados para a iniciativa privada, que passaria a estar autorizada a gerir as prisões brasileiras, como no contexto do capitalismo global, cumpre outras funções, ligadas à regulamentação do mercado de trabalho para fins de garantir a oferta de mão de obra de baixa qualificação e alta vulnerabilidade social, essenciais para o acirramento de sua exploração pelas empresas. Nesse aspecto, o que se pode afirmar, desde já, é o caráter hegemônico de orientação privatista do PL analisado.

No segundo parágrafo, linha primeira, o texto sustenta a proposta em experiências já existentes, "seguindo o exemplo de diversos países" (§ 2º, linha 3). Com base em Wacquant (2007; 2012), podemos inferir que a maior inspiração seja a estadunidense e, ainda lá, se discute uma questão carcerária não solucionada por instrumentos privados. Nesse aspecto, há tanto uma marca de *pressuposição* (a crença de que esses países podem ser modelos a serem seguidos e que, se antes nós não os seguíamos, agora, para resolver a problemática, basta segui-los) quanto um *discurso relatado* (uma vez que essa proposição é uma linha de defesa da assertiva colocada).

> O § 3º diz o seguinte: Na década passada alguns estabelecimentos penitenciários experimentaram a gestão privada, mas *não* havia nenhuma lei que regulamentasse a matéria, tudo ficando ao alvedrio, tão somente ao livre-arbítrio do Poder Executivo daquelas localidades, sem uma tipificação legal a qual, dessem normas gerais ao assunto, tornando-os mais claros, diáfanos e seguros aos interesses e cofres Públicos.(grifo nosso)

Ou seja, se, de um lado, temos na *pressuposição* e no *discurso relatado*, que marcam o § 2º, o "exemplo de outros países", como subsídio para afirmar que a "privatização" funciona, de outro, temos que as próprias experiências nacionais só *não* (*negação*) funcionaram, por uma falta de regulamentação legal suficiente. O texto, porém, afirma, com isso, que as experiências nacionais já se

mostraram falhas, mas regulamentando-as, elas podem funcionar. Essa regulamentação, porém, se dará por meio de uma lei federal. Isso significa que a prática privatista poderá se difundir em todo o território nacional.

Seguindo na análise. As palavras ou citações entre aspas também são marcas da heterogeneidade mostrada, pois significam, no caso, uma referência direta a um outro texto. Há duas citações diretas no *corpus* analisado, a saber, nos §§ 7º e 8º. Ambas as referências são fragmentos, reproduções, de obras jurídicas que tratam da execução penal. A escolha dessas obras faz alusão direta à *citação de autoridade* no § 1º de que "Há muito se fala *no direito brasileiro*..." (por esta razão é que as citações advêm de doutrinas jurídicas e não de outras obras). De fato, não é aleatória ou equivocada a inserção dessas citações. O que ambas têm em comum é a diferenciação que elas fazem sobre as competências do Estado-administração e do Estado-juiz. Ou seja, uma definição de suas funções típicas (em relação à execução penal), de modo a poder afirmar que, havendo lei, pode o Estado-administração delegar essa função à administração privada, sem, contudo, abrir mão do monopólio do exercício da atividade. Por meio da *citação de autoridade*, fica ainda mais clara a intenção do texto em apontar, de maneira determinista, a privatização como única solução possível à questão carcerária brasileira, reforçando o caráter ideológico e hegemônico do significado ideacional do discurso da justificação do PL.

Em termos do significado interpessoal, ou seja, das relações que o texto procura estabelecer, observamos que se opera um afastamento entre o emissor o conteúdo do texto, visto que o tempo verbal predominante (pretérito perfeito) remete ao mundo narrado, em que, segundo Koch (2013), o locutor busca não se comprometer com relação ao que diz, como se apenas narrasse fatos já consolidados. Essa atitude comunicativa do locutor reforça o caráter ideológico do texto, bem como seu significado ideacional de buscar reafirmar a crença de que a agenda neoliberal consiste na panaceia à questão carcerária brasileira.

Em seguida, vemos, em negrito, a palavra "exclusivamente". Vejamos. "Assim, para promover a concepção do tema, a expressão da execução penal será utilizada para se referir, *exclusivamente*, à atividade do Estado-administração [...]" (§ 9º). A palavra em negrito no *corpus* é uma marca da intertextualidade manifesta. Apesar da alusão não ser tão clara, ela remete às atividades que são exclusivas do Estado, presentes na Constituição de 1988. Essa expressão visa se precaver de quaisquer discussões sobre (i)legalidade ou (in)constitucionalidade, relativas à possibilidade de delegar uma atividade ao setor privado, cujo monopólio é do Estado.

Vamos, agora, analisar a intertextualidade constitutiva, que é menos clara do que a mostrada, porque não está relacionada com a superfície textual em si,

mas com as condições de produção do texto. Nesse aspecto, o texto está carregado de referências de um *discurso neoliberal de matiz privatista*. Isso pode ser detectado por meio da tentativa de "desonerar os cofres públicos" (§ 2º, linhas 4-5) e evitar os problemas gerados pela "falta de servidores públicos" (§ 5º, linhas 20) que cria a obrigação de se ter um "aumento do número de cargos públicos necessários para o gerenciamento das Penitenciárias" (§ 6º, linhas 24--26). Tais expressões, reforçam a hegemonia neoliberal que dissemina a crença no suposto "esvaziamento" e "fraqueza" do Estado, colocando os mecanismos de mercado como fontes de solução para o bem social (HARVEY, 2008).

Diante dessas justificativas, a proposta apresentada é a "atitude correta" (§ 11, linha 48). Essa afirmação faz parecer que a resposta neoliberal é a única alternativa, o que reforça o equívoco do "[...] pressuposto de um automatismo cego do mercado globalizado" (DINIZ, 2001, p. 14). Esse movimento não segue indubitavelmente os caminhos da modernização, porque também traz efeitos de desorganização e desestruturação (DINIZ, 2001). Além do mais, o projeto propõe a ideia de que a privatização vai garantir a "modernização de nosso sistema carcerário" (§ 14, linha 65). Essa é uma colocação de cunho gerencialista, lavrada em ideários neoliberais, pois exprime a imagem de que o sistema público é retrógrado e que o sistema privado é o profeta porta-voz da modernidade.

7. Considerações finais

A questão carcerária é um tema discutido em nível multidisciplinar e é o argumento que torna "necessária" a apresentação da proposta legislativa que foi analisada nesses escritos. Antes de tudo, não existe uma panaceia para a questão carcerária e a privatização emerge com uma proposta para remediar números, mas não trata do problema em si.

Falar sobre privatização de penitenciárias, ainda que somente em âmbito de administração, é ver, na prática, uma repercussão do discurso neoliberal e dos elementos gerencialista de administração pública, aplicados ao esquema social do encarceramento. Não está se pensando ou discutindo um modelo novo. A "gravíssima questão penitenciária" tem sido e continuará sendo tratada com os mesmos métodos, só que agora eles serão privados. Não há uma mudança substancial, o que há é uma adequação da forma que o Brasil encarcera ao modelo globalizante neoliberal, inspirando-se nos moldes estadunidenses. Ou seja, o que se observa é uma reação do neoliberalismo tardio nessa seara, que tenta transferir para o setor privado a administração das penitenciárias, fazendo disso um negócio capaz de gerar lucro.

Em outras palavras, o PL 3.123/12 diz trazer uma forma de solucionar a questão carcerária. Porém, essa alternativa é permeada por um discurso que é chancelado por argumentos mais econômicos e menos sociais. Ademais, considerando toda a influência neoliberal que sacraliza essa empreitada parlamentar, não era para ser diferente. Conforme já esboçado, o encarceramento é uma indústria altamente lucrativa. Os anseios do mercado encontrarão deleite na proposta que vem para timbrar a construção de novas prisões e remunerar em quantidades de condenados *per capita*.

A prisão nasce, no final do século XVIII, com a função de compensação e ressocialização, mas sua jura à sociedade é feérica, convertendo-se em promessa vazia, não concretizada até hoje.

O encarceramento em massa e a questão carcerária são frutos dos avanços neoliberais e a solução proposta para o problema nasce da própria agenda neoliberal na Administração Pública brasileira. Buscando um enfoque prospectivo, a regulamentação da privatização de penitenciárias no Brasil só iria possibilitar a sua expansão em território nacional, por meio de uma lei federal. Ou seja, o que faria aumentar o número de prisões, de encarcerados e, possivelmente, faria surgir novas práticas de corrupção, porque haveria uma lógica racional do sistema, no qual os seus agentes buscariam encarcerar mais, para movimentar essa indústria lucrativa. A "solução" apresentada pela privatização reproduz, mais uma vez, as estruturas já existentes, o que muda é que agora a administração do cárcere sai da gestão pública e vai para a privada.

8. Referências

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. I.

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. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2009. Originalmente apresentado como tese de doutorado, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.

BAKHTIN, Mikhail. *Estética da Criação Verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BENVENISTE, Émile. *Problemas de Lingüística Geral II*. Campinas: Pontes, 1989.

BIRMAN, Joel. Responsabilidade moral e criminalização na formação social neoliberal. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 151-168.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3.123/12*. Dispõe sobre privatização dos estabelecimentos penitenciários. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=962797&filename=PL+3123/2012]. Acesso em: 20.01.2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, v. 120, n. 1, p. 7-40, jan.-abr. 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 391-410, abr. 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 5-42, jan.-mar. 1998.

CASTRO, Carlos. Sustainable development: mainstream and critical perspectives. *Organization & Environment*, Milan, v. 17, n. 2, p. 195-225, jun. 2004.

CESAR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. *MÉTIS*: história & cultura, v. 12, n. 23, p. 32-48, jan.-jun. 2013.

CHANLAT, Jean-François. O gerencialismo e a ética do bem comum: a questão da motivação para o trabalho nos serviços públicos. *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa. p. 1-9, outubro 2002.

CHOULIARAKI, Lilie; FAIRCLOUGH, Norman. *Discourse in late modernity*: rethinking critical discourse analysis. Edimburgo: Edinburgh University Press, 1999. p. 168.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de Administração Pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, p. 829-874, set.-out. 2008.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DINIZ, Eli. Globalização, reforma do estado e teoria democrática contemporânea. *São Paulo Perspectivas*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 13-22, dez. 2001.

FAIRCLOUGH, Norman. A Análise Crítica do Discurso e a Mercantilização do Discurso Público: as Universidades. In: MAGALHÃES, Celia Maria. *Reflexões sobre a análise crítica do discurso*. Belo Horizonte: UFMG, 2001a. Cap. 2. p. 31-81.

FAIRCLOUGH, Norman. A dialética do discurso. *Revista Teias*, v. 11, n. 22, p. 225-234, mai.-ago. 2010.

FAIRCLOUGH, Norman. Análise crítica do discurso como método em pesquisa social. *Linha d'Água*, v. 2, n. 25, p. 307-329, 2012.

FAIRCLOUGH, Norman. Critical and descriptive goals in discourse analysis. *Journal of Pragmatics*, v. 9, n. 6, p. 739-763, dez. 1985.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Trad. Izabel Magalhães. Brasília: UNB, 2001b.

FAIRCLOUGH, Norman. Intertextuality in critical discourse analysis. *Linguistics and Education*, v. 4, n. 3–4, p. 269-293, 1992.

FAIRCLOUGH, Norman. Peripheral Vision: Discourse Analysis in Organization Studies: The Case for Critical Realism. *Organization Studies*, v. 26, n. 6, p. 915-939, jun. 2005.

FIORIN, José Luiz. Dos princípios teóricos. In: FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação*: as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2. ed. 6. impr. São Paulo: Ática, 2010. p. 27-58.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRANÇA, Carlos Marshal; CALDERÓN, Adolfo Ignacio. O Banco Mundial na educação superior brasileira: de ilustre desconhecido nos anos 1980 a protagonista nos anos 1990. *Universidade e Sociedade*, Brasília, DF, n. 52, p. 102--115, jul. 2013.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 4. 394p.

HARVEY, David. *O neoliberalismo:* história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

KOCH, Ingedore Villaça. *A inter-ação pela linguagem*. 11. ed. 1. reimpr. São Paulo: Contexto, 2013. 134p.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua nova*, São Paulo, v. 68, p. 205-242, 2006.

LIMA, Kátia Regina de Souza. O Banco Mundial e a educação superior brasileira na primeira década do novo século. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 86-94, jan.-jun. 2011.

MAGALHÃES, Célia Maria. A análise crítica do discurso enquanto teoria e método de estudo. In: MAGALHÃES, Célia Maria (Org.). *Reflexões sobre a análise crítica do discurso*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001. p. 15-30.

MAINGUENEAU, Dominique. *Análise de textos de comunicação*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2013. 304p.

MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso e análise do discurso*. São Paulo: Parábola, 2015. 192p.

MAINGUENEAU, Dominique. *Tendências em análise do discurso*. 3. ed. Campinas: Pontes, 1997.

MARCHIORI, Marlene et al. Comunicação e discurso nas organizações: construtos que se relacionam e se distinguem. *Comunicação & Sociedade*, v. 32, n. 54, p. 211-238, jul.-dez. 2010.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. Gêneros textuais: definição e funcionalidade. In: DIONISIO, Angela Paiva et al. (Org.). *Gêneros textuais & ensino*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007. p. 19-36.

MARTINS, Humberto Falcão. A ética do patrimonialismo e a modernização da administração pública brasileira. In: MOTTA, Fernando Claudio Prestes; CALDAS, Miguel. *Cultura organizacional e Cultura brasileira*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 171-183.

MARX, Karl. *Contribuição a crítica da economia política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 404 p.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* INFOPEN. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social*: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 288.

ONUMA, Fernanda Mitsue Soares. *O requisito da sustentabilidade nas universidades públicas brasileiras* à *luz da análise crítica do discurso*. Lavras: PPGA/UFLA, 2017. Originalmente apresentado como tese de doutorado, Programa de Pós-graduação em Administração da Universidade Federal de Lavras p. 393.

ORTIZ, María del Carmen. El discurso mundial de modernización educativa: evaluación de la calidad y reforma de las universidades lationamericanas. *Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología*, Maracaibo, v. 20, n. 2, p. 219-238, abr.-jun. 2011.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PAULANI, Leda. Acumulação sistêmica, poupança externa e rentismo: observações sobre o caso brasileiro. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 27, n. 77, p. 237-264, 2013.

PAULANI, Leda. Modernity and capitalist progress in the periphery: the Brazilian case. *European Journal of Social Theory*, Thousand Oaks, v. 19, n. 2, p. 210-227, abr. 2016.

PEDRO, Emília Ribeiro. Análise crítica do discurso: aspectos teóricos, metodológicos e analíticos. In: PEDRO, Emília Ribeiro (Org.). *Análise crítica do discurso*. Lisboa: Editorial Caminho, 1997. p. 19-46.

PINTO, Marisa Barbosa. A crise da acumulação de capital e o papel social da universidade brasileira. *Universidade e Sociedade*, Brasília, DF, n. 39, p. 57-69, fev. 2007.

REIS, Luiz Fernando. Dívida pública, política econômica e o financiamento das universidades federais nos governos Lula e Dilma (2003-2014). *Universidade e Sociedade*, Brasília, DF, n. 57, p. 16-35, jan. 2016.

RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. Ciência social crítica e análise de discurso crítica. In: RESENDE, Viviane de Melo. *Análise do discurso crítica*. São Paulo: Contexto, 2011. p. 25-54.

SAES, Décio. O burocratismo burguês. In: SAES, Décio. *Estado e democracia*: ensaios teóricos. 2. ed. Campinas: Editora UNICAMP, 1998. p. 39-46.

SAMPAIO JÚNIOR, Plínio de A. Desenvolvimentismo e neodesenvolvimentismo: tragédia e farsa. *Serviço Social e Sociedade,* São Paulo, n. 112, p. 672-688, dez. 2012.

SANTOS, Milton. Da política dos Estados à política das empresas. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 9-24, jul.-dez. 1997.

SILVA, Ilse Gomes. Os desafios da participação popular no contexto da "reforma" do Estado brasileiro. *Lutas Sociais,* São Paulo, n. 5, p. 35-45, jul.-dez. 1998.

THOMPSON, John. *Ideologia e cultura moderna*: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

WACQUANT, Loïc. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. *Novos estudos* – CEBRAP, São Paulo, n. 80, p. 9-19, mar. 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti Batista (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 11-40.

WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucalt e o Estado penal na era neoliberal. *Revista transgressões*, Natal, v. 3, p. 5-22, maio 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza, de Erica do Amaral Matos – *RBCCrim* 133/257-297 (DTR\2017\1848); e
- Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana, de Ronny Peterson Nunes dos Santos – *RBCCrim* 129/375-405 (DTR\2017\387).

O funcionalismo penal e a abertura das categorias dogmáticas: um caminho à responsabilidade penal da pessoa jurídica

The criminal functionalism and the opening of the dogmatic categories: a path to the corporate criminal liability

André Luís Callegari

Realizou estudos de pós-doutorado na Universidad Autónoma de Madrid sob a direção do Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá. Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor honoris causa pela Universidade Autónoma de Tlaxcala – México. Doutor honoris causa pelo Centro Universitário del Valle de Teotihuacan – México. Advogado Criminalista.
callegari@callegariadvogados.com.br

Raul Marques Linhares

Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Especializando em Direito Tributário pela Estácio. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Escola de Direito da UNISINOS. Integrante do projeto de pesquisa "O Direito Penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social". Advogado Criminalista.
raul@ritterlinhares.com.br

Recebido em: 17.08.2017
Aprovado em: 08.02.2018
Última versão dos autores: 19.03.2018

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: Considerando-se que um setor doutrinário aponta como problemática a tentativa de responsabilização criminal da pessoa jurídica, este trabalho possui o objetivo de desenvolver, em termos gerais, os motivos que levaram a teoria geral do delito a constantes reformulações, o que torna possível se pensar em uma adequação da teoria à responsabilização penal da empresa. Para se alcançar esse objetivo, se realiza a reconstrução da evolução da teoria do delito, passando-se pelos seus paradigmas clássicos (causalismo, neokantismo e finalismo), bem como pelo moderno paradigma funcionalista,

Abstract: Considering that a doctrinal sector points the attempt of corporate criminal liability as problematic, this work aims at developing, in general terms, the reasons that led the general theory of the crime to constant reformulations, which make thinking of corporate criminal liability possible. To achieve this objective, the reconstruction of the theory of crime is carried out, passing through its classic paradigms (casual theory, neo-kantianism and the teleological theory), as well as the modern functionalist paradigm, taking as basis the classical and contemporary doctrine of Criminal Law, using bibliographic research.

Callegari, André Luís; Linhares, Raul Marques.
O funcionalismo penal e a abertura das categorias dogmáticas: um caminho à responsabilidade penal da pessoa jurídica.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 145. ano 26. p. 435-457. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

tomando-se por base a doutrina clássica e contemporânea do Direito Penal, fazendo-se uso de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Teoria do delito – Dogmática penal – Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Funcionalismo penal.

Keywords: Theory of crime – Criminal dogmatic – Corporate criminal liability – Criminal functionalism.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os clássicos paradigmas da teoria do delito. 3. O funcionalismo penal. 4. A responsabilização penal da pessoa jurídica no direito penal funcionalista. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A dogmática penal não se encontra (e nem o deve) isolada em uma torre de marfim, soberana de uma construção teórica e de uma aplicação que se baste em si mesma. Diferentemente disso, deve-se ter consciência de que o fenômeno criminal é estudado por uma amplitude de disciplinas (psiquiatria criminal, sociologia criminal, antropologia criminal etc.) que, conquanto sejam autônomas, jamais devem ser consideradas isoladas umas das outras. A comunicação entre essas disciplinas é inevitável e de intensidade variável. Em razão disso, Jorge de Figueiredo Dias afirma que todas essas ciências do crime não podem ser desconsideradas pela dogmática penal – desde que, para o mesmo autor, se mantenham como disciplinas auxiliares e sigam a dogmática com sua função de aplicação do Direito.[1]

Nesse universo de ciências do crime, costuma-se realizar uma diferenciação entre duas áreas distintas: a dogmática penal e a política criminal (conquanto existam outras disciplinas, essas duas e a relação entre elas aparecem em destaque no cenário atual). A primeira é geralmente qualificada como o estudo do Direito como ser (o modo como se apresenta) e a segunda como dever ser (aquilo para o qual deve se direcionar).

Nesse sentido, Franz von Liszt concebeu o Direito Penal bipartido em duas faces diferentes: como ciência social e como ciência jurídica. Trata-se de sua "ciência global do Direito Penal". Nessa lógica,

> À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado

1. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 18-19.

> como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado "Leviatã".[2]

Desse modo, na concepção de Franz von Liszt, a política criminal deveria se ocupar das ciências do "ser", da "realidade", enquanto o Direito Penal deveria se ocupar do "dever-ser". Considerando "ser" e "dever-ser" mundos separados, era concebido como equivocado se pensar na introdução da política criminal no âmbito de domínio do Direito Penal.[3]

A separação entre o Direito Penal (sob enfoque jurídico) e a política criminal defendida por Franz von Liszt advém da concepção positivista de afastamento das esferas social e política do âmbito do Direito. Nesse pensamento, o Direito Penal apenas deveria se ocupar da análise conceitual dos elementos jurídico-positivos, ao passo que a política criminal, situada fora desse âmbito jurídico, deveria se preocupar com os conteúdos sociais e com os fins do Direito Penal.[4]

Nesse sentido, Luis Alberto Warat, com fundamento em Rafael Bielsa, aponta que era a dogmática jurídica (ao menos, sob essa perspectiva) a tentativa de se construir um sistema do direito positivo livre de juízo de valor, convertida ela em mera ciência formal.[5] Contudo, em seguida, o autor apresenta uma crítica a essa visão da dogmática em razão da incompletude de seu método abstrato, desvinculado de componentes metajurídicos e fáticos.[6]

Seguindo esses ensinamentos e essas influências e paradigmas científicos, o Direito Penal apresentou uma evolução constante no decorrer de sua história, algo próprio das ciências sociais, sempre na tentativa de aperfeiçoamento de seus institutos.

---

2. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 2-3.
3. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*: parte general. Colombia: Editorial Temis S.A., 1996. p. 23-24.
4. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 12.
5. WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2. p. 15-16.
6. WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2. p. 21.

Ao que interessa à presente pesquisa, se faz necessária a reconstrução das principais bases teóricas do Direito Penal, para que se possibilite a compreensão da atual crítica funcionalista ao estado da dogmática penal. Para isso, deve-se iniciar esse estudo pela fase de domínio positivista, do final do século XIX, na qual os ideais do positivismo científico (predomínio da ciência empírica e abandono de correntes metafísicas) permitiram a expansão do positivismo jurídico.[7]

2. Os clássicos paradigmas da teoria do delito

No primeiro paradigma clássico da teoria do delito (causalismo), deu-se origem a um conceito eminentemente causal-naturalista de ação para o Direito Penal e a um conceito clássico de delito. A ação foi concebida como um simples movimento corpóreo causador de um resultado no mundo exterior, acreditando-se em um conceito de crime com elementos bem delimitados, sendo as características causais-objetivas situadas no injusto e as características psíquico-subjetivas pertencentes à culpabilidade.[8] Ou seja, estruturou-se um conceito de delito dividido em dois grupos: uma parte objetiva, na qual se encontravam ação, tipicidade e antijuridicidade; e uma parte subjetiva, na qual se examinava a culpabilidade,[9] defendendo-se uma falta de comunicação ou interferência entre essas duas faces do delito.[10]

---

7. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1. p. 109-111.
8. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 19.
9. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 198; COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 187; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Evolución de la Teoría del Delito. *Aequitas*, Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 76, 1964. Disponível em: [http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693]. Acesso em: 13.01.2017; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 195; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Bueno Aires: B de F, 2004. p. 97; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas*: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 24, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 13.01.2017.
10. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 14.

Nesse modelo dogmático, competia à tipicidade reunir os elementos descritivos e objetivos do delito, à antijuridicidade os elementos normativos e objetivos e, à culpabilidade, os elementos subjetivos.[11]

Com relação à teoria da imputação penal, esse paradigma naturalista-positivista conferiu especial relevância ao "dogma causal",[12] inclusive se enxergando o autor do delito como um mero "causador".[13] Essa perspectiva mecanicista do delito e, consequentemente, do conceito de ação, aparece em Franz von Liszt, que se refere à ação caracterizadora de um delito como um movimento corpóreo voluntário consistente na tensão dos músculos, efetuada pela inervação dos nervos motores.[14]

Essa visão causalista perdeu credibilidade no curso da história da dogmática e cedeu espaço à difusão de uma diferente perspectiva da teoria geral do delito: o neokantismo. Nesse momento, promovem-se sensíveis alterações nas categorias da dogmática jurídico-penal: na causalidade, com a introdução de elementos valorativos; na tipicidade, pela inserção de elementos subjetivos no tipo antes estritamente objetivo; na antijuridicidade, até então eminentemente formal, com a incorporação de considerações materiais; e, na culpabilidade, com o reconhecimento de juízos normativos – até então, considerada mera causalidade psicológica.[15]

A alteração de concepção promovida na teoria do delito é visível já no conceito de ação, conforme a seguinte passagem da obra de Eduardo Correia:

11. RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Espanha, n. 12, p. 5, 2010. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf]. Acesso em: 19.03.2016.
12. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. México: Angel Editor, 2001. p. 25.
13. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, set./dez., p. 97, 1999. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 13.01.2017; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 76.
14. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1. p. 198.
15. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 57.

> A acção não mais deveria considerar-se como mera *modificação do mundo físico exterior, ligada causalmente à vontade, cega e indiferente a valores*, mas na sua *especificidade normativa*, como *negação de valores pelo homem*.[16]

Deixando de ser um simples movimento corpóreo causador de uma modificação no mundo, concebe-se a ação como "comportamento humano"[17] – com toda a carga de sentido valorativo que essa categoria possui.

Mesmo com o abandono da tentativa de separação absoluta entre elementos objetivos e subjetivos (como anteriormente referido, reconheceu-se a presença de elementos subjetivos no tipo, do que é exemplo a intenção de lucro no roubo),[18] essa mudança de paradigma não conduziu a uma revisão tão profunda na teoria do delito, acreditando-se que os elementos subjetivos como integrantes do injusto seriam meras exceções.[19] Exemplo disso é a manutenção do dolo na culpabilidade.

Criou-se, nesse ponto específico, uma contradição na configuração dogmática do delito (elementos subjetivos como a intenção de lucro na tipicidade, mas o dolo remanescente na culpabilidade), o que levou Hans Welzel a questionar: "¿Cómo podría existir el ánimo de lucro, en el art. 242, sin el dolo en relación con el carácter ajeno de la cosa?"[20]

Por mais que se tenha promovido, no neokantismo, uma flexibilização da rigorosa separação entre as categorias do delito, com a introdução de juízos político-criminais ao sistema penal (perceptível na concepção normativa de culpabilidade), Carlos Daza Gómez considera essa modificação insuficiente

16. CORREIA, Eduardo. Direito criminal. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1. p. 238. Também destacando o conceito neoclássico de ação como negação de valores: COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Fragmenta iuris poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 190.
17. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 220-221.
18. ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas*: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 27, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 13.01.2017; ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho penal*: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1. p. 313.
19. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Bueno Aires: B de F, 2004. p. 99.
20. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Bueno Aires: B de F, 2004. p. 54.

(referindo-se a essa corrente de pensamento como "causalismo valorativo)[21] e Claus Roxin, por sua vez, afirma que as valorações político-criminais foram incorporadas à estrutura hierárquica positivista-conceitual, motivo pelo qual não se pode afirmar que houve uma superação do pensamento lógico-formal.[22]

Na tentativa de superação dos problemas atribuídos ao neokantismo (entre os quais se destacou o subjetivismo e relativismo originários das valorações "introduzidas" na teoria do delito[23]), procurou-se obstar esses problemas pela adoção de um novo paradigma da dogmática penal (o finalismo), passando-se a defender a dedução das categorias do crime da própria realidade.[24]

No finalismo, pretendeu-se o abandono tanto do positivismo dogmático (para o qual o Direito Penal deve se fundamentar no Direito positivo, mutável no tempo e espaço) quanto do neokantismo (com suas valorações também mutáveis de acordo com contextos culturais).[25] Na nova corrente de pensamento que se implementava no Direito Penal, passou-se a defender a fundamentação da teoria do delito em categorias imutáveis e gerais espaço-temporalmente. Ou seja, a teoria do delito se fundamentaria no mundo empírico, em estruturas lógico-objetivas, concebidas previamente ao próprio conhecimento humano.[26] Por essa lógica, defendia-se que inclusive o legislador se encontrava vinculado a dados prévios (realidades ônticas preexistentes) que condicionavam sua função.[27]

---

21. DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, n. 227-228, set./dez., p. 98-99, 1999. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 13.01.2017.
22. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 24-26.
23. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 60.
24. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo". Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 58, p. 7, 2005. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324]. Acesso em: 13.01.2017.
25. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones* básicas *del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 109; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 58.
26. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 185.
27. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Iniciación a la teoría general del delito*. Nicaragua: Editorial UCA, 1995. p. 36; ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas*: Revista de

É ilustrativo desse pensamento o exemplo fornecido por Santiago Mir Puig:

> El legislador puede decidir con libertad la incriminación del aborto, pero no ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y a los seis meses den a luz niños viables. Del mismo modo, tampoco puede ordenar ni prohibir meros procesos causales no conducidos finalmente.[28]

Essa restrição à construção dogmática do delito se apresenta, destacadamente, no conceito ontológico de ação defendido por Hans Welzel, que conferiu importância essencial à condição de "ser final" do homem; isto é, toda conduta humana se situa na natureza final (capacidade de direcionamento da conduta de acordo com os fins pretendidos), não podendo o Direito Penal alterar esse dado – ou seja, deve se condicionar a ele.[29]

O próprio conceito de dolo, agora pertencente à tipicidade (que não possui elementos subjetivos por exceção, mas, por regra[30]), recebeu uma qualificação natural, entendido como conhecimento e vontade de realização da conduta.[31]

Por mais que se refira que o finalismo de Hans Welzel se constitui por vinculações do Direito Penal a critérios ontológicos, Hans Joachim Hirsch refere que não se trata de uma vinculação irrestrita. Isto é, verificam-se fenômenos sociais na teoria do delito – o que ocorre, por exemplo, na culpabilidade, na honra como elemento do crime etc.[32]

---

filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 36, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 13.01.2017.

28. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 234-235.
29. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1, p. 239.a
30. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 201.
31. ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas*: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 39-40, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 13.01.2017; ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 38-39.
32. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo". Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 58, 2005. p. 12. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324]. Acesso em: 13.01.2017.

Entretanto, uma significativa limitação é sentida e, atualmente, alvo de importantes críticas. Nesse sentido, Jesús-María Silva Sánchez afirma que o finalismo (e os demais paradigmas anteriores), por defenderem categorias imutáveis na teoria do delito, manifestam pouca preocupação com a aplicabilidade do Direito Penal. As barreiras impostas à construção dogmática distanciam o Direito Penal às necessidades para a sua própria aplicação adequada.[33]

Por esse motivo, verifica-se uma tendência moderna em se alterar esse cenário e se permitir ao Direito Penal uma maior preocupação com sua aplicação, o que se faz pela maior liberdade na construção das categorias do delito. Por isso, encontra-se referência a um retorno ao caminho normativista já iniciado pela teoria do neokantismo,[34] que é tomado com maior intensidade pelo paradigma funcionalista.

3. O funcionalismo penal

O pensamento inicial de Franz von Liszt a respeito da ciência conjunta do Direito Penal (a dogmática como a barreira intransponível da política criminal, concebida a última como ciência auxiliar[35]) é apontado como fruto de um Estado liberal e individualista caracterizado como Estado de Direito formal. Todavia, concebe-se a sua substituição pelo Estado social, relativizador da exigência de legalidade formal em prol da promoção do desenvolvimento social. Com essa substituição, a política criminal adquire autonomia e se distancia da dogmática penal, não sendo mais considerada mera disciplina auxiliar, mas disciplina independente.[36]

Um dos grandes problemas do isolamento da política criminal em relação à dogmática é que, caso ambas apontem para lados diversos e se apresentem em conflito, a solução para tal impasse seria impor ao jurista a opção pelo legalmente imposto, mesmo que as conclusões reputadas mais corretas estejam na

33. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68.

34. D'AVILA, Fabio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do Direito Penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 179, p. 19, 2007.

35. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 223.

36. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 23-24.

visão político-criminal[37] (a anteriormente mencionada despreocupação com a aplicabilidade do Direito Penal[38]).

Ultrapassado o modelo de Estado liberal individualista e o modelo de Estado social, Jorge de Figueiredo Dias aponta a instituição do que chama de Estado de Direito material contemporâneo. Com essa concepção de Estado, predomina intocada a ligação com o Direito e com um esquema rígido de legalidade; todavia, inserem-se a isso considerações de justiça na promoção do desenvolvimento social que permitem certo movimento dentro do esquema da legalidade. Desse modo, o aplicador, antes focado na realização de uma subsunção lógico-normativa para a solução do problema penal (modelo conceitualista típico da "jurisprudência dos conceitos"), deverá descobrir a solução mais adequada ao caso concreto, de acordo com critérios de justiça, por meio de referenciais teleológicos – "valorações político-criminais imanentes ao sistema".[39]

Nesse contexto, Eduardo Montealegre Lynett refere que, após a obra de Hans Welzel, responsável principal pela teoria finalista, não se havia construído um novo sistema do Direito Penal, situação que se alterou com a teoria funcionalista de Günter Jakobs, a partir do ano de 1983 (e Claus Roxin). A teoria funcionalista marcaria o rompimento com a tradição finalista, rejeitando a fundamentação das categorias dogmáticas em elementos ontológicos. De acordo com esse novo paradigma, as categorias da teoria geral do delito passariam a ser dependentes dos fins e funções do Direito Penal.[40]

Reflexo disso é a criação da teoria da imputação objetiva, considerada por seus partidários a teoria dominante no Direito Penal pós-finalista,[41] com a ins-

37. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 26.

38. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 68.

39. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 26-28.

40. LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günter Jakobs. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 23. t. I.

41. STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M (Org.). *El derecho penal hoy*: homenaje al profesor David Baigún. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995. p. 251.

tituição de novas categorias à teoria geral do delito, fundadas em critérios menos "fechados" do que os, até então, dominantes na dogmática penal.

Pretende-se, com isso, a superação ou o aperfeiçoamento das categorias pré-jurídicas do finalismo e dos anteriores paradigmas da teoria do Direito Penal. Em relação ao conceito de ação, por exemplo, Johannes Wessels aduz que as atuais críticas, na doutrina alemã, ao conceito finalista não se dirigem ao caráter final da ação (no sentido de ser dirigida a um objetivo pensado), mas ao fato de que o legislador estaria limitado a uma estrutura pré-jurídica de conduta.[42]

Parte renomada da doutrina apresenta, assim, a proposta funcionalista do Direito Penal como uma forma de desenvolver posições jurídicas que se constituem obstáculo ao funcionamento da tutela penal.[43] Se concebe, pois, por essa corrente de pensamento, que o sistema dogmático não pode existir sem uma ligação com aspectos político-criminais.[44]

O que se faz, modernamente, é romper o isolamento da aplicação do Direito Penal, enquanto complexo normativo, de realidades políticas e sociais, de maneira que os postulados político-criminais possam exercer influência na tomada de decisões a respeito da dogmática penal, objetivando-se possibilitar um alcance mais efetivo das finalidades do Direito Penal.[45]

Para compreensão do tema, se faz necessária a bipartição da teoria do funcionalismo penal, de acordo com dois dos principais defensores dessa teoria (Claus Roxin e Günther Jakobs), cada qual divergindo em certas concepções com o outro.

Ambos os autores estruturam sua teoria funcionalista como tentativa de superação ou aprimoramento do que seriam os problemas das concepções causalistas e finalistas, consideradas como incapazes de apresentar um sistema

42. WESSELS, Johannes. *Direito Penal*: parte geral. Trad. Juarez Freitas. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 20.

43. HASSEMER, Winfried. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 108.

44. CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 109. t. I.

45. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*: parte general. Colombia: Editorial Temis S.A., 1996. p. 24.

(como um todo estruturado com base em elementos comuns, em relação à teoria do delito) capaz de responder de maneira adequada os problemas do Direito Penal.[46]

Nesse sentido, esse posicionamento se caracteriza por estruturar o ordenamento jurídico-penal com base nos fins da pena e nos fins do Direito Penal, não sendo possível a fundamentação das soluções aos problemas jurídicos em critérios pré-jurídicos, como fez Hans Welzel.[47] Em correspondência com essa tendência, Laura Zuñiga Rodríguez refere que "[...] se ha intentado normativizar algunas categorías existentes, para dar una respuesta satisfactoria desde el punto de vista de la prevención".[48]

A grande diferença entre o pensamento de Claus Roxin e de Günther Jakobs reside, portanto, justamente na concepção da função do Direito Penal. Em síntese, para o primeiro, toda a atuação penal deve se fundamentar na proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade, propondo o autor a substituição dos conteúdos pré-jurídicos sustentadores da teoria do crime por fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena.[49] Günther Jakobs, por sua vez, rechaça a ideia de bem jurídico (ao menos, como finalidade imediata da pena) e fundamenta a missão do Direito Penal na proteção da validade da norma, sendo a aplicação da pena "a negação da negação da vigência da norma".[50] Ao final, o Direito Penal passa, com ambos, a ser aplicado levando-se em conta o cumprimento das prestações sociais para as quais foi pensado.[51]

Ainda distinguindo a postura teórica dos dois autores, Laura Zuñiga Rodríguez apresenta uma crítica à posição de Günther Jakobs, por considerar que o

46. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*: embates de perspectivas dogmáticas decadentes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 46.

47. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, Rio de Janeiro, n. 7, maio/ago., p. 107, 2011.

48. ZÚÑIGA RODRÍGEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 282.

49. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206.

50. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, out./dez., p. 120-163, 2000.

51. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996. p. 17.

autor peca ao visualizar no Direito Penal um instrumento de estabilização do sistema social, defendendo a postura de Claus Roxin:

> Es decir, pienso que el carácter abierto del sistema dogmático y su funcionalidad hacia los fines de la pena, deben orientarse hacia otros paradigmas, que no es la estabilización del sistema social, sino la realización de los principios fundamentales constitucionalmente asumidos, que se sintetizan en la fórmula de respeto a los derechos fundamentales.[52]

O que se pretende, ao final, com a proposta funcionalista, é superar o que se compreende como sendo um isolamento da dogmática penal de valorações relativas ao cumprimento de objetivos e possibilitar uma maior aproximação sua à realidade social.[53]

A respeito dessa teoria, Jesús-María Silva Sánchez questiona qual seria o significado do recurso à política criminal como elemento fundante dos conceitos dogmáticos e quais seriam (se existirem) os limites ontológicos desse recurso. Prossegue o autor referindo que essa abertura dos conceitos dogmáticos fechados para os valores da política criminal recebe críticas como dar espaço à arbitrariedade, ao decisionismo e à insegurança jurídica na aplicação do Direito Penal.[54]

Assim, conquanto se aponte a proposta funcionalista como uma superação do modelo positivista, confere-se-lhe, por vezes, a adjetivação de relativista. Dessa forma, a questão penal deixa de ser tanto a definição de um texto positivado "melhor" ou "pior", desenvolvendo-se a ânsia pela determinação de um Direito Penal "justo".[55]

---

52. ZÚÑIGA RODRÍGEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 284.
53. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.
54. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 96.
55. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 97.

Como contraponto à indagações como essas, Claus Roxin contesta, também em questionamentos: "De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável no sistema?"[56]

Dessa forma, se apresenta o embate entre duas posturas teóricas que refletem diretamente na prática do Direito Penal, especialmente em estrutura essencial, representada pela teoria do delito. A alteração de postura teórica resulta em grande influência na determinação das possibilidades em matéria de responsabilidade penal, conforme sintetiza Laura Zuñiga Rodriguez:

> La responsabilidad penal debe ser entendida en su función social, como atribución de pena de acuerdo a los parámetros constitucionales de protección preventiva de bienes jurídicos. Esto significa que la discusión dogmática se está abriendo a los problemas sociales, siendo esto el resultado del cambio de paradigma que se está produciendo en todas las ciencias, en que su legitimidad se basa en la capacidad funcional para resolver los problemas que se le plantean. Ya no son categorías del ser (irracionales, absolutas, inaprehensibles) las que determinan los presupuestos de imputación de responsabilidad penal, sino son categorías de valor (*Zweckrationaltat*) orientadas a satisfacer el 'fin social' de protección preventiva de bienes jurídicos, lo que otorga racionalidad al proceso comunicativo social que consiste en decidir a qué sujetos se le puede atribuir una pena.[57]

É nesse cenário que a discussão referente à responsabilização penal da pessoa jurídica se apresenta mais frutífera, permitindo-se a relativização de conceitos pré-estabelecidos que, até então, obstavam que se pensasse em responsabilidade penal do ente jurídico.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO PENAL FUNCIONALISTA

Ao permitir a flexibilização de categorias da dogmática penal com fundamento em juízos de política-criminal, o funcionalismo permite uma maior

56. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

57. ZÚÑIGA RODRÍGEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 291.

preocupação com o direcionamento e a aplicabilidade do Direito Penal. Diante disso, a impossibilidade ontológica de responsabilização penal da pessoa jurídica perde credibilidade e o sistema do Direito Penal passa a admitir remodelações nesse sentido (de possibilitar que a pessoa jurídica seja considerada sujeito ativo de um delito).

Nem todos os autores inseridos nesse paradigma são favoráveis a essa possibilidade. O que é importante notar é que o argumento a favor ou contra essa responsabilização é de natureza diversa daqueles que sustentam uma visão naturalista da teoria do delito. No Direito romano, vigorava o conhecido princípio *societas delinquere non potest*,[58] fundado no fato de que a pessoa jurídica seria incapaz de delinquir, pois a dogmática jurídico-penal tradicional se fundamentava no conceito natural de ação.[59] Sob o novo paradigma, a argumentação se altera e Santiago Mir Puig, por exemplo, expõe que existem relevantes razões de ordem político-criminais (além de dogmáticas) para se limitar a responsabilidade penal ao ser humano,[60] posição oposta à de Carlos Gómez-Jara Díez, para quem a possibilidade de punição penal das pessoas jurídicas é, na verdade, uma necessária opção político-criminal.[61]

Além da alteração de postura promovida no funcionalismo, outros fatores conduzem à aceitação e defesa da possibilidade de sua punição. Mercedes García Arán expõe parte do contexto no qual surge a discussão a respeito da necessidade de atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, o que se deve à dificuldade (ou, em alguns casos, impossibilidade) de identificação dos "responsáveis individuais" pelo fato, circunstância incrementada em empresas

58. HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Espanha, t. 46, mês 3, 1993. p. 1100.

59. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29.

60. MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Espanha, n. 06-01, p. 01:7, 2004.

61. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

transnacionais e de ampla setorização e divisão de tarefas[62] – mesma referência feita por Hans Joachim Hirsch.[63]

Dessa forma, em não se aceitando a responsabilidade penal da empresa como possibilidade autônoma e diante da dificuldade de identificação da pessoa física responsável pela conduta criminosa, conclui a autora: "[...] los mecanismos básicamente psicológicos de imputación subjetiva no son aplicables a la persona jurídica y el resultado final es, frecuentemente, la impunidad por imposibilidad de aplicar el correspondiente tipo penal."[64]

Esse mesmo raciocínio é encontrado em José Luis Díez Ripollés, para quem a identificação das pessoas físicas responsáveis por atos inseridos em uma empresa é prejudicada pela divisão de tarefas, pela intercambialidade de pessoas, por estratégias de bloqueio de informações etc.[65]

Essas dificuldades e a atuação social crescente das pessoas jurídicas levam Hans Joachim Hirsch a concluir que a punibilidade da pessoa jurídica surge como uma forte tendência proveniente do Direito Penal econômico e ambiental, considerando-se o importante papel desempenhado por pessoas coletivas na sociedade atual e a insatisfação resultante da ideia de que os atos danosos cometidos no seio das pessoas jurídicas possam simplesmente ser transferidos aos agentes individuais que atuam por ela[66] – quando se consegue identificá-los.

---

62. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (Coord.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Espanha: A Coruña, 1998. p. 45-46.
63. "Además, se señala que, en vista de la enorme magnitud de muchas empresas económicas, existe la dificultad de identificar el autor individual, o los autores individuales, dentro de la empresa." HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Espanha, t. 46, mês 3, 1993. p. 1100.
64. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (Coord.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Espanha: A Coruña, 1998. p. 48.
65. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *Indret*: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Espanha, n. 1, 2012. p. 3.
66. HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Espanha, t. 46, mês 3, 1993. p. 1100.

Essa é a lógica introduzida nesse novo paradigma dogmático, que impõe uma nova modalidade de exame da (im)possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, conforme afirma Carlos Gómez-Jara Díez:

> [...] quando se trata de pessoas jurídicas, que constituem um fator decisivo da evolução social graças à geração de recursos que comportam, a utilização do Direito Penal deve ser feita levando em consideração finalidades político-criminais concretas.[67]

Adotando-se essa postura, diante dos clássicos empecilhos à capacidade penal da pessoa jurídica (que elas não são capazes de ação, que igualmente não são capazes de culpabilidade e que a pena, em essência, é orientada apenas ao homem[68]), passa-se a defender o desenvolvimento de categorias dogmáticas próprias à pessoa jurídica, conforme a lição de Mercedes García Arán: "[...] si las categorías clásicas no sirven para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, utilicemos procedimientos de imputación distintos y adecuados a la realidad de las personas jurídicas".[69-70]

67. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 9.
68. HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Espanha, t. 46, mês 3, 1993. p. 1104.
69. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (Coord.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Espanha: A Coruña, 1998. p. 49.
70. Mesmo em autores funcionalistas, os limites a essa normatização das categorias do delito são variáveis. Por exemplo, contrário à aplicação do Direito Penal às empresas, Claus Roxin defende um conceito pessoal de ação, como manifestação da personalidade. Para o autor, esse conceito impediria se conceber uma ação penal proveniente de uma pessoa jurídica: "Tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo 'órganos' humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica" (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 257-258).

Dessa forma, um ponto de partida para o estudo da punibilidade da pessoa jurídica é o de que, considerando-se que elas atuam no cenário social e que promovem lesões a bens jurídicos, deve-se pensar em "outro" Direito Penal, distinto daquele das pessoas físicas.[71]

Aliás, adepto de uma vertente mais afeita à normatização de categorias, Günther Jakobs chega a defender que não há motivos para o impedimento da responsabilização penal da pessoa jurídica, porque também a pessoa natural deve ser concebida como jurídica. Ou seja, defende que a qualidade de "pessoa" é um status jurídico conferido a alguém, produto do processo de comunicação. Em suas palavras, "Uno no nace como persona, no se es (persona) a partir de la naturaleza, sino que se es bajo determinadas relaciones sociales, a saber, en el momento en que se atribuyen obligaciones y derechos."[72]

Dessa forma, assim como uma criança, considerada pessoa física, possui limitações em seu status de pessoa, não sendo considerada "pessoa" capaz de cometer crime, diferentemente de um adulto capaz, defende o autor a inconsistência de se entender a pessoa jurídica incapaz de responsabilidade penal por não ser pessoa natural, rechaçando a máxima de que "[...] toda persona puede delinquir, por el hecho de ser persona".[73]

Em outras palavras e conforme já referido anteriormente, a responsabilidade penal não seria um dado proveniente da natureza, adstrito à pessoa natural, mas algo estabelecido pelo ordenamento jurídico, que determina as consequências jurídicas de cada comportamento (seja originado de pessoa natural ou jurídica).[74]

---

71. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (Coord.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Espanha: A Coruña, 1998. p. 50-51.

72. JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 328.

73. JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 329-330.

74. JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 331.

Seguindo em suas lições, Günther Jakobs defende que a consequência jurídica de uma ação não é uma consequência de conexões naturais, senão uma mera atribuição jurídica. Toma como exemplo a propriedade do empresário sobre a criação de seu empregado, que trabalha por ordem sua. Ou seja, sem depender de uma relação natural pré-jurídica, a consequência jurídica de um ato deve ser tomada como produto da realidade social traduzida juridicamente. Dessa forma, refere o autor que o produto do trabalho de uma pessoa pode pertencer aos deuses, ao príncipe, ao Estado, à própria pessoa etc.[75]

Seguindo esse caminho, a conclusão inevitável é a de que a teoria do delito passa, no funcionalismo, a conviver cada vez mais com normatizações e com juízos de necessidade político-criminal em suas decisões. Coerente a isso, a resposta pela possibilidade ou impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica não mais se encontra na limitação do sistema a categorias pré-jurídicas, mas nos resultados político-criminais originados dessa responsabilização.

5. Conclusão

A dogmática do Direito Penal sofre modificações constantemente no curso de sua história e não há como ser diferente. Afinal, a própria sociedade e o conhecimento humano se alteram e o Direito necessita se adequar às novas realidades e constatações.

Por esse motivo, um primeiro passo para a análise da capacidade delitiva de uma empresa é a consciência de que se pode estar diante de uma simples adequação do Direito Penal a um contexto social inovador, que exige a reformulação de crenças que povoavam a teoria geral do delito e que, atualmente, se encontram em descompasso com o seu entorno.

Ciente disso e problematizando a respeito do estado atual da dogmática penal, Mercedes García Arán expõe duas possibilidades a serem adotadas quando da prática de crimes no âmbito de uma empresa: negar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em razão de sua incompatibilidade com as categorias penais subjetivas, ou desenvolver procedimentos distintos da responsabilização penal da pessoa física[76] – incluiríamos, aqui, uma terceira possibilidade: apesar de se

75. JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 331.

76. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez

admitir a criação de categorias dogmático-penais próprias à pessoa jurídica, concluir-se pela impossibilidade de sua responsabilização penal por falta de necessidade político-criminal.

Ou seja, admite-se, aqui, que alguns dos institutos de Direito Penal construídos para fundamentar a punição dos sujeitos individuais não são compatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica e, por isso, impediriam a aplicação do Direito Penal às pessoas jurídicas. Contudo, defende-se a possibilidade e a necessidade de adaptação dos conceitos dogmáticos ao ente coletivo, desenvolvendo-se uma específica teoria da responsabilização penal da empresa.

6. Referências bibliográficas

ARIAS EIBE, Manuel José. Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito. *Universitas*: Revista de filosofía, Derecho y política, Madrid, n. 5, p. 23-45, 2007. Disponível em: [http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf]. Acesso em: 13.01.2017.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*: parte general. Colombia: Editorial Temis S.A., 1996.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 91-118.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva.* México: Angel Editor, 2001.

CORREIA, Eduardo. Direito criminal. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Fragmenta *iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*: embates de perspectivas dogmáticas decadentes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

D'AVILA, Fabio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do Direito Penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 179, p. 19-20, 2007.

DAZA GÓMEZ, Carlos. El funcionalismo, hoy. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, n. 227-228, set./dez., p. 95-108, 1999. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf]. Acesso em: 13.01.2017.

(Coord.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Espanha: A Coruña, 1998. p. 46.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *Indret*: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Espanha, n. 1, p. 1-32, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. In: FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Evolución de la Teoría del Delito*. Aequitas. Buenos Aires, v. 5, n. 5, p. 75-79, 1964. Disponível em: [http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1342/1693]. Acesso em: 13 jan. 2017.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: Patricia Faraldo Cabana, Inmaculada Valeije Alvarez (Coord.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Espanha: A Coruña, 1998.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, out./dez., p. 120-163, 2000.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, Rio de Janeiro, n. 07, maio/ago., p. 97-123, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo". Trad. Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 58, p. 5-28, 2005. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/134324]. Acesso em: 13.01.2017.

HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Espanha, t. 46, mês 3, p. 1099-1124, 1993.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones* básicas *del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 325-248.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899. t. 1.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Iniciación a la teoría general del delito*. Nicaragua: Editorial UCA, 1995.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günter Jakobs. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1. p. 21-36.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Espanha, n. 06-01, p. 01:1-01:17, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1.

RADBRUCH, Gustav. Sobre el sistema de la teoría del delito. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Espanha, n. 12, 1-13, 2010. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf]. Acesso em: 19.03.2016.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho penal*: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1969. v. 1.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. *Parte General*. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M (Org.). *El derecho penal hoy*: homenaje al profesor David Baigún. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Bueno Aires: B de F, 2004.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZÚÑIGA RODRÍGEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Controvérsias acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Isabella Cristiane Ferreira da Silva Santos – *ReDE* 16/275-289 (DTR\2016\21892);
- Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais, de Evânio Moura – *RT* 987/217-240 (DTR\2017\7132); e
- O funcionalismo penal como continuação dos "percursos" da identidade da teoria do delito, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 139/15-38 (DTR\2017\7099).

A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e de crime de estado

The (il)legitimacy of the crime of illicit enrichment under the perspectives of crime of suspect and crime of state

Luis Otávio Sales da Silva Junior

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Advogado.
luisotavio@dotti.adv.br

Fábio André Guaragni

Pós-doutor pela Università degli Studi di Milano. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor de Direito Penal Econômico do Mestrado do UNICURITIBA. Professor de Direito Penal do Unicuritiba (Graduação e Especialização), FEMPAR e EMAP-PR. Procurador de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná.
guaragni@mppr.mp.br

Recebido em: 21.08.2017
Aprovado em: 08.01.2018
Última versão dos autores: 29.01.2018

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O presente artigo examina a (i)legitimidade do crime de enriquecimento ilícito, cuja reivindicação foi renovada nas 10 (dez) Medidas Contra a Corrupção propostas pelo Ministério Público Federal. Esse injusto penal concita discussões jurídico-dogmáticas a depender da leitura que dele se faça. Caso considerado um crime de suspeita, é comum que se inquine tensão com a presunção de inocência; se encarado como um crime de estado, evoca-se em regra a perspectiva do bem jurídico para deslegitimá-lo. Este ensaio analisa a sustentabilidade dessas objeções. O método é dedutivo-dialético.

Abstract: This article examines the (il)legitimacy of the crime of illicit enrichment, whose claim was renewed in the 10 (ten) measures against corruption proposed by the Federal Public Ministry. This offense raises legal-dogmatic discussions depending on how it is interpreted. If it is considered a crime of suspicion, it is common to indicate a clash with the presumption of innocence; if, however, regarded as a crime of state, the perspective of the legal interest to delegitimize it is usually evoked. This essay sets out to examine whether these recurring objections are sustainable. The method is deductive-dialectic.

Silva Junior Luis Otávio Sales da; Guaragni Fábio André
A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e de crime de estado.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 145. ano 26. p. 459-486. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

Palavras-chave: Crime de enriquecimento ilícito – Crime de suspeita – Crime de estado – Presunção de inocência – Bem jurídico penal – Legitimidade.

Keywords: Illicit enrichment crime – Crime of suspicion – Crime of state – Presumption of innocence – Value protected by the criminal law – Legitimacy.

Sumário: Introdução. 1. As principais propostas de criminalização do enriquecimento ilícito e seu trâmite atual. 2. O enriquecimento ilícito como crime de suspeita. 3. O enriquecimento ilícito como crime de estado. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Introdução

Não há consenso em torno da criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos. Quem se posiciona a favor tem aparentemente uma visão dogmática mais pragmática, priorizando o fim (combate à corrupção e outros crimes contra a administração pública) em relação ao meio; já quem é contra tende a se apegar mais arraigadamente aos fundamentos clássicos informadores do direito penal substantivo e processual. Mas não necessariamente tem de ser assim.

Este artigo pretende examinar em que medida a pretensão de criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, revigorada na campanha "Dez Medidas Contra a Corrupção"[1] do Ministério Público Federal, atende à demanda por combate à corrupção sem se pôr em rota de colisão com o discurso jurídico-penal. Tem-se em mente que, além do expressivo apoio popular, a pretensão de criminalização do enriquecimento ilícito está em sintonia com o artigo 20 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, da qual o país é signatário (Decreto 5.687/06[2]) que, porém, condiciona a tipificação nestes termos: "com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico". Previsão semelhante integra a Convenção Interamericana contra a Corrupção (art. IX), acolhida por meio do Decreto 4.410/02.[3]

A relevância do tema é inequívoca, sobretudo pela atual catarse nacional em relação ao (mau) trato da coisa pública, cujo paroxismo a operação lava-jato cuidou de revelar. A corrupção, conquanto uma chaga nacional

1. Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas]. Acesso em: 02.06.2017.
2. BRASIL. PALÁCIO DO PLANALTO. *Decreto 5.687/06*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm]. Acesso em: 02.06.2017.
3. BRASIL. PALÁCIO DO PLANALTO. *Decreto 4.410/02*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm]. Acesso em: 06.06.2017.

lamentavelmente imanente à história brasileira[4], é o assunto número um nas pautas da imprensa, despertando o receio de que sua presença cativa conduza a um indesejado estado de letargia ou indiferença em relação a esse comportamento socialmente danoso. O momento é de reação contra aqueles que se servem do poder, em vez de servi-lo.

O estudo questiona, então, qual seria a natureza da proposta ministerial de criminalização do enriquecimento ilícito, se "crime de suspeita" ou "crime de estado", pois isso influi na avaliação de que impacto isso tem no exame da legitimidade da figura penal, tanto na perspectiva da teoria do bem jurídico como sob a lógica do princípio da culpabilidade (na vertente da presunção de inocência). Complementa-se a pesquisa com menções à experiência estrangeira, como Portugal, Espanha, Itália, França e países da América Latina. O método é o dedutivo-dialético, pois com uma análise teórico-dogmática examina-se a proposta de criminalização à luz da bibliografia pertinente, como textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas em geral, além de menções pontuais ao direito comparado, tudo para iniciar a discussão de um problema cuja abordagem, evidentemente, transcende as estreitas divisas de um (breve) artigo científico.

1. As principais propostas de criminalização do enriquecimento ilícito e seu trâmite atual

Entre as 10 Medidas propostas pelo Ministério Público Federal para o combate à corrupção (em trâmite no Congresso como Projeto de Lei 4.850/2016, de iniciativa popular[5]), cuja aprovação popular foi massiva (colheram-se mais de dois milhões de assinaturas nas 27 unidades federativas, superando o recorde de assinaturas da iniciativa Ficha Limpa[6]), consta a inclusão do delito de enriquecimento ilícito no capítulo do Código Penal referente aos crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública (medida 2), com o seguinte teor (CP, art. 312-A):

4. Sobre isso, vale a pena conferir o apanhado histórico constante em: SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*: Lei anticorrupção. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 18 et seq.
5. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 4.850/2016*. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604]. Acesso em: 28.06.2017.
6. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 4.850/2016*. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604]. Acesso em: 28.06.2017.

> Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito.
>
> Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.
>
> § 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.
>
> § 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Referida figura penal não é uma novidade, mesmo aqui no Brasil, onde nunca vigeu. Outras iniciativas legislativas com o mesmo objetivo foram intentadas (p. ex.: PL 5.363/05, PL 5.586/05, PL 1.492/15, PL 2.025/15, PL 3.294/2015). Entre elas, destaca-se o Projeto de Lei 236, de 2012 (novo Código Penal), atualmente em trâmite no Senado Federal, subscrito pelo Senador José Sarney[7], que prevê também a criminalização do enriquecimento ilícito com uma redação muito semelhante:

> Art. 277. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito.
>
> Pena – prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.
>
> Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Há clara similitude entre as redações legais reproduzidas, apesar da maior abrangência da formulação Ministerial. A diferença mais significativa corresponde às penas corporais cominadas. Na proposta do Ministério Público, a pena é de três a oito anos, enquanto na do novo Código Penal, de um a cinco anos. Trata-se de aspecto especialmente relevante não apenas pelas consequências

7. BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei 236, de 2012* (Novo Código Penal). Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 28.06.2017.

que a quantidade de pena acarreta, por exemplo, em relação à possibilidade de suspensão condicional do processo (cabível para crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano), às condições de cumprimento de pena e à contagem da prescrição, mas também pela gravidade atribuída ao injusto quando comparado a outras figuras penais.

Nos moldes da proposta do Ministério Público, o crime de enriquecimento ilícito se aproximaria em gravidade aos crimes de corrupção passiva e peculato (cujas penas, atualmente, são de dois a doze anos), com o detalhe de que sua pena mínima seria superior (três anos).[8] Já segundo a proposta do novo Código Penal, o crime de enriquecimento ilícito teria a mesma gravidade de delito de falsidade ideológica (CP, art. 299).

Não obstante o respaldo popular à premência no combate à corrupção, o trâmite legislativo das 10 Medidas tem passado por percalços[9]. Em 30 novembro de 2016, o Plenário da Câmara dos Deputados alterou radicalmente o Projeto de Lei 4.850/16, antes de enviá-lo ao Senado Federal. O deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP) impetrou, então, o Mandado de Segurança 34.530 ao Supremo Tribunal Federal, cujo relator, Ministro Luiz Fux, deferiu a liminar, em dezembro de 2016, para suspender a tramitação. Na decisão assentou-se que houve uma "multiplicidade de vícios" e se determinou a reautuação para o trâmite de acordo com o rito estabelecido para projetos de iniciativa popular, sem a possibilidade de "emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores".[10] O crime de enriquecimento havia sido retirado do projeto pela Câmara.[11]

8. Anote-se, porém, que integra as 10 Medidas proposta de aumento da pena mínima dos crimes de peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa para *4 (quatro) anos*.
9. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 4.850/2016*. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604]. Acesso em: 28.06.2017. Conquanto o projeto tenha sido desfigurado no Plenário da Câmara dos Deputados, permanece o debate em torno do tipo projetado, seja por força das cláusulas convencionais de criminalização constantes das Convenções Anticorrupção já assinaladas, seja porque, no plano doutrinário, efetivamente aparece como sugestão recorrente.
10. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Disponível em: [www.stf.jusa.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332000]. Acesso em: 04.07.2017.
11. DI CUNTO, Raphael. Câmara rejeita criar crime de enriquecimento ilícito de servidor. *Valor econômico*. Disponível em: [www.valor.com.br/politica/4791677/camara-rejeita-criar-crime-de-enriquecimento-ilicito-de-servidor]. Acesso em: 04.07.2017.

Em fevereiro de 2017, o Senado Federal devolveu o PL 4.850/2016 à Câmara dos Deputados, que já aprovou os requisitos constitucionais referentes à propositura de projeto de lei de iniciativa popular, dando o respectivo trâmite. Já o Projeto de Lei 236, de 2012 (novo Código Penal), permanece em trâmite (atualmente sob os cuidados da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) desde julho de 2012.[12]

Identificam-se duas maneiras principais de interpretar o crime em análise. A primeira, é considerá-lo um "crime de suspeita", ou seja, aquele em que a magnitude do injusto é composta pela presunção de que o patrimônio indevido seria fruto de algum crime funcional. O conteúdo de injusto reside na suspeita alusiva à origem criminosa do patrimônio. A segunda, é considerá-lo um "crime de estado", que derivaria da violação a um dever de transparência em relação à fonte do patrimônio ostentado pelo funcionário público. Nesse caso, o injusto corresponderia ao estado de gozo de um patrimônio injustificado, sem que importe a origem (irregular, ilícita ou criminosa). A depender da leitura que se faça, há implicações dogmáticas que interferem no exame da legitimidade do crime em exame. De todo modo, como não há mútua exclusão, o conteúdo de injusto de um tipo penal de enriquecimento ilícito de funcionário público pode ser expressão cumulada das duas racionalidades.

2. O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO CRIME DE SUSPEITA

O acento ministerial na criação do crime de enriquecimento ilícito é indiscutivelmente o combate à corrupção:

> O enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, como ressaltado no projeto, é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece. Por outro lado, o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura.[13]

12. BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei 236, de 2012* (Novo Código Penal). Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 28.06.2017.

13. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 4.850/2016*. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604]. Acesso em: 28.06.2017.

Justificativa semelhante consta, aliás, da Exposição de Motivos do Projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei 236, de 2012), cuja redação típica é similar à das 10 Medidas:

> Não cabe ignorar que o amealhamento de patrimônio incompatível com as rendas lícitas obtidas por servidor público, é indício de que houve a prática de antecedente crime contra a administração pública. Notadamente a corrupção e o peculato mostram-se caminhos prováveis para este enriquecimento sem causa. A riqueza sem causa aparente mostra-se, portanto, indício que permitirá a instauração de procedimentos formais de investigação, destinados a verificar se não houve aquisição patrimonial lícita.[14]

Ainda sobre o assumido caráter assessório do enriquecimento ilícito no combate à corrupção, Luiz Flávio Gomes, membro da Comissão de Reforma do novo Código Penal, enfatiza: "o crime, de outro lado, é subsidiário, ou seja, só existe se não comprovada outra infração mais grave como peculato ou corrupção. Não provado o crime maior, pode haver condenação pelo menor"[15]. Note-se, *en passant,* que a opção pela pena mínima de três anos, efetuada no projeto capitaneado pelo MPF, evidencia censura mínima maior no pós-fato que no crime funcional antecedente. Tomando-se, por sua vez, o preceito secundário constante do PL do novo CP, a observação de Luiz Flávio Gomes (subsidiariedade) ganha pertinência.

Tomando por base essas justificativas (dificuldade de se comprovar o crime de corrupção e vantagem prática por funcionar como "prova indireta"), somadas à quantidade de pena corporal proposta (3 a 8 anos), há quem considere o crime de enriquecimento ilícito um "crime de suspeita", ou seja, uma figura penal que tem por função auxiliar processualmente a punição de um fato principal mais grave[16]. Conforme Caeiro, crime de suspeita é aquele "cujo conteúdo de ilícito é composto pelos indícios, todavia não provados, de que o agente praticou certos crimes que lhe propiciaram o património incongruente"[17]. Essa

14. BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei 236, de 2012* (Novo Código Penal). Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404]. Acesso em: 28.06.2017.
15. GOMES, Luiz Flávio. Crime de enriquecimento ilícito. *Jusbrasil*. Disponível em: [https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928834/crime-de-enriquecimento-ilicito]. Acesso em: 05.07.2017.
16. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*: parte general y especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 71.
17. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100/2013, p. 453-501, jan./fev. 2013.

correlação com crimes anteriores, de outra banda, lembra parcialmente a moldura de dois outros tipos de injusto: a receptação e a lavagem de dinheiro, compreendidas por setores da doutrina como "crimes parasitários", dependentes da "existência de outro antecedente"[18], ou ainda "crimes derivados"[19].

Se, conforme a clássica lição de Roxin, o Direito Penal tem por função precípua a proteção subsidiária de bens jurídicos[20], cabe examinar qual seria esse valor protegido pela norma penal proposta, a fim de estimar sua legitimidade. No formato de crime de suspeita, o bem jurídico parecer ser o mesmo do crime de corrupção, ou seja, a moralidade ou probidade da administração pública. Greco reconhece, em linha de princípio, a tutela de um bem jurídico idôneo pelo crime de enriquecimento ilícito, ao apontar o bem jurídico supraindividual funcionamento regular da Administração Pública[21]. Conforme o autor, se sob a perspectiva republicana o serviço público deve ser prestado "no interesse público", há ofensa a essa instituição fundamental para o desenvolvimento do homem em sociedade quando o agente trai esse pacto e se serve do poder, em vez de servir à coletividade:

> [...] o funcionalismo público existe para servir ao público, e não para enriquecer os que supostamente servem. O bem coletivo que é a própria instituição do serviço público parece ser posto em questão por funcionários que usufruem em vez de servir.[22]

Questão mais problemática, porém, é a análise do crime de suspeita à luz do princípio da culpabilidade e de seu mais conhecido correlato processual, a presunção de inocência (que não apenas tem assento constitucional – CF, art. 5º, LVII –, mas também previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos

18. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 75.
19. Como é o caso da lavagem de bens, segundo alude GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. (Org. Raúl Cervini, William Terra de Oliveira, Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 356.
20. ROXIN, Claus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 8.
21. GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 277, Dez. 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito]. Acesso em: 02.06.2017.
22. GRECO, 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito]. Acesso em: 02.06.2017.

(art. 8.2) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2). Caso a intenção da norma não seja a punição pelo enriquecimento, mas sim pela prática de atos pretéritos de corrupção e peculato[23], ganha-se com a identificação do bem jurídico tutelado (moralidade ou probidade da Administração Pública), mas se perde em relação ao respeito à presunção de inocência, conforme anota Bottini[24].

A justificativa do MPF, de que o enriquecimento ilícito é "prova indireta" da corrupção, revela que a punição não se basearia no enriquecimento em si, mas na premissa de que em momento pretérito houve ofensa ao bem jurídico probidade da Administração Pública, mediante a prática de crimes funcionais. Isso significa, portanto, a punição por um ou mais atos de corrupção que não se podem afirmar concretamente quais são, mas cujos frutos aparentes autorizam a conclusão de que houve algum desvio funcional anterior pelo funcionário público. É a corrupção passiva, especialmente, o alvo velado do crime de enriquecimento ilícito[25].

Entende Caeiro que a finalidade probatória dos crimes de suspeita põe de pernas para o ar a presunção de inocência: "porquanto a punição não decorre daquilo que o agente fez, mas sim daquilo que, salvo prova em contrário, se presume ter ele feito: os crimes não esclarecidos geradores do património incongruente".[26] Portanto, se o mote da punição está no fato de que o enriquecimento ilícito situa-se como prova indireta de delito anterior, compromete-se o encargo cometido à acusação de produzir prova: presume-se a origem criminosa do patrimônio. E, nas palavras de Bottini,

> [...] a adoção dessa premissa abala profundamente as estruturas da *presunção de inocência* sobre as quais se assenta o Estado de Direito, vez que se parte de uma *presunção* de que o patrimônio excedente não só é fruto de *ilícito*, mas de ilícito penal, e caberá ao servidor comprovar a origem legal dos bens.[27]

23. GRECO, 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito]. Acesso em: 02.06.2017.
24. BOTTINI, 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-08/direito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia]. Acesso em: 02.06.2017.
25. BOTTINI, 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-08/direito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia]. Acesso em: 02.06.2017.
26. CAEIRO, 2103, p. 453-501.
27. BOTTINI, 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-08/direito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia]. Acesso em: 02.06.2017.

Mas é preciso mencionar, também, o argumento contrário no sentido de que seria incorreto sustentar inversão do ônus da prova, na medida em que ainda caberia à acusação comprovar, para além de qualquer dúvida, que o patrimônio fruído pelo agente é incompatível com sua fonte lícita de recursos, de modo que não se transferiria ao acusado o ônus da prova. Conforme Luiz Flavio Gomes: "o ônus da prova do enriquecimento ilícito compete à acusação, que vai se fundamentar nas declarações de renda do acusado, não ao servidor público suspeito".[28] Esse argumento consta também das justificativas apresentadas pelo Ministério Público Federal.

Não obstante, se é certo afirmar que cabe ao acusador a função de comprovar o enriquecimento sem causa, não parece errado o raciocínio de que se o acusado não puder, na prática, afastar os indícios contra si mediante geração de dúvida razoável de que seja lícita a origem dos bens que sobejam as possibilidades de suas fontes regulares de renda, é em razão de que realmente angariou bens de modo não honesto, independentemente da origem ser especificamente criminosa[29]. Modo geral, a inércia do acusado é neutra em termos probatórios, aproveitando-lhe, todavia, o *in dubio pro reo,* razão pela qual deve envidar esforços para gerar dúvida razoável quanto ao que o desfavorece. Em ações penais por enriquecimento ilícito, a inércia poderá lhe custar, na lógica forense cotidiana, a condenação, situação que também se repetirá se, por alguma razão, não for mais possível ao acusado comprovar a origem lícita de determinado bem ou, ao menos, gerar dúvida razoável concernente a esta origem, *verbi gratia,* por destruição de documentos, ausência de testemunhas. Segundo argumentos de Badaró, haveria franca inversão do ônus da prova:

> Demonstrado pela acusação apenas que a operação envolvia valor "incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário em razão de seu cargo", passará a ser do servidor o ônus de demonstrar que ele tinha "outro meio lícito" que lhe permitiu ter tal bem ou valor em seu patrimônio. E se não o fizer, será condenado. Isto significa que, em relação ao elemento do crime "outro meio lícito" inverte-se o ônus da prova e vigorará o *in dubio contra reum*! Não será o acusador que terá o ônus de demonstrar que a operação desproporcional aos vencimentos do acusado "não tinha outro meio

28. Cf. GOMES, 2017. Assim também: COSTA, Jorge dos Nascimento. Pelo MP: O crime de enriquecimento ilícito. *Jota*, 23 fev. 2016. Disponível em: [https://jota.info/justica/pelo-mp-o-crime-de-enriquecimento-ilicito-23022016]. Acesso em: 02.06.2017.

29. BOTTINI, 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-08/direito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia]. Acesso em: 02.06.2017.

> lícito", mas será o acusado que deverá demonstrar que a operação "teve outro meio lícito". Ou seja, mais fácil criar um tipo penal que inverte o ônus da prova, exigindo-se a prova positiva do acusado.[30]

Contudo, deve-se ponderar que esse diagnóstico acaba mudando caso complementado por um aspecto de direito material: o tipo penal de enriquecimento ilícito sugerido nas "Dez Medidas" fez uso da técnica de compor o tipo com elementos negativos, que antecipam a análise da ilicitude. Elemento negativo do tipo é aquele que contém ideia ou significado de negação. Nem todo elemento negativo implica em antecipação da análise da antijuridicidade (basta atar-se a uma elementar, em vez de atar-se à valoração global da conduta[31]). Porém, muitas vezes o elemento negativo traz para dentro do tipo excludentes de ilicitude.

Essa situação evoca a teoria dos elementos negativos do tipo, formulada por Merkel no século XIX[32] e retomada na etapa neokantiana da primeira metade do século XX. Consistia em compreender que as excludentes operam dentro da redação do tipo de injusto, como elementos negativos. "A inexistência de uma causa de justificação é, no sentido do parágrafo 59, um elemento (chamado elemento negativo) do tipo"[33], sustentava Von Weber. As justificantes deveriam, nesse passo, ser lidas como que acompanhadas das expressões "salvo em", "exceto em" ou equivalentes, mesmo que o tipo silenciasse a respeito.

Atualmente, é preferível compreender que determinados tipos penais contêm elementos normativos do tipo que antecipam a carga global do injusto. É o caso do tipo penal de enriquecimento ilícito, apresentado *de lege ferenda,*

---

30. BADARÓ, Gustavo Henrique. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribunal Virtual*: IBCCrim, ano 1, ed. 1, jan./fev. 2013. Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/5-O-crime-de-enriquecimento-ilicito-no-Projeto-de-Codigo-Penal,-em-face-da-presuncao-de-inocencia]. Acesso em: 06.07.2017.
31. Bem assinala ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 291, que "também existem elementos do tipo formulados negativamente, cuja comprovação pertence ao tipo de injusto". Igualmente, JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 268.
32. JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 265; ROXIN, 1997, p. 283.
33. VON WEBER, Hellmuth. *Lineamentos de Derecho Penal Alemán*. Trad. da versão de 1948. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 94. O autor definia como erro de fato, em oposição ao erro de direito, aquele derivado na falha de verificação dos pressupostos de fato das excludentes de ilicitude.

mas não quando faz uso da palavra "incompatível" no que diz respeito aos proventos funcionais. Nesse ponto, há mero elemento negativo do tipo, mas não adiantamento da análise da ilicitude. Porém, quando a expressão "incompatível" se liga a "outro meio lícito", efetivamente antecipa-se a carga global de injusto. Explica-se.

Ao se exigir, para fins de imputação, que os objetos materiais do delito tenham valor "incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito", fez-se uso de um elemento negativo – incompatível – que caracteriza o valor dos bens e valores havidos pelo agente, divorciados das rendas ordinárias. Aqui, o elemento negativo pertence ao tipo, "caracteriza um elemento concreto do tipo"[34], que é o valor dos objetos materiais componentes do patrimônio do sujeito ativo havidos com os proventos funcionais ordinários, não havendo antecipação da ilicitude. Do contrário, seria típico possuir valores derivados dos ganhos lícitos ordinários, o que se mostra inaceitável[35].

Porém, na sequência, quando o tipo projetado estende a incompatibilidade da origem do valor havido pelo funcionário a "outro meio lícito", aí sim, adianta a carga de antijuridicidade para dentro do tipo, mediante elementar normativa que antecipa o caráter global do injusto. Com efeito, o tipo se firma com possuir valor incompatível com os rendimentos auferidos por força da atividade funcional. Não fosse a expressão "auferidos por outro meio lícito", a aquisição de valores de maneira lícita ou permitida constituiria excludente de ilicitude, pela via do exercício regular de um direito subjacente à operação (art. 23, CP). Corretamente, assinalam Jescheck e Weigend quanto a esses elementos de valoração global:

> [...] as circunstâncias fáticas que fazem aparecer o comportamento do autor como reprovável pertencem ao tipo, mas sua valoração como medida de sua acentuada reprovabilidade se empreende na fase da antijuridicidade[36].

34. ROXIN, 1997, p. 291.

35. Algo similar à situação apontada por Roxin quanto aos açougueiros: o tipo penal que "castiga a quem mate um animal vertebrado 'sem causa razoável' [...] não se limita a justificar, de tal maneira que a profissão de açougueiro consistiria em uma constante série de realizações do tipo [...]". A não incidência da causa razoável "já é um pressuposto da realização do tipo" (ROXIN, op. cit., p. 291-292)

36. JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 265.

Nesses termos, seria inversão do ônus da prova o esforço defensivo de trazer dúvida razoável de que a operação de aquisição dos valores foi licita?

Parece-nos que, quando o tipo menciona a incompatibilidade dos valores com "outro meio lícito", dá-se mera antecipação, para dentro do tipo, do caráter global do injusto. O tipo penal poderia muito bem ser redigido sem o apelo ao "outro meio lícito": neste caso, a origem lícita do valor – repita-se – orbitaria no campo do exercício regular de um direito. À defesa não se impõe *onus probandi* no processo penal; sem embargo, convém que dirija esforços à geração de dúvida razoável acerca do evento típico, compreendendo parte desses esforços o levantamento de dúvida sobre a incidência de excludentes. É tão só o que se dá, na hipótese: levanta-se a origem lícita dos valores por meios distintos dos proventos usuais do servidor. Pela opção do Projeto de Lei, em vez de excluir a ilicitude, o exercício regular de um direito praticado na aquisição (ou verbo diverso contido no tipo) do bem afastará o elemento negativo do tipo "incompatível".

De fato, caberá ao Ministério Público demonstrar o descompasso entre a expressão pecuniária dos bens e valores, enquanto objetos materiais, e a fonte de renda cotidiana e ordinária do sujeito ativo. Isso se faz mediante declarações de renda, cópias de holerites, fichas financeiras do imputado junto ao DRH da unidade da Administração Pública na qual figura como servidor. É possível, ainda, a quebra de sigilo bancário, na forma legal. Porém, existe uma plêiade de modos lícitos de angariar bens e valores, sobretudo ocasionais. A título de exemplo, heranças, doações informais, loterias etc. A varredura desses episódios, no âmbito da vida econômica do imputado, é impossível. A opção do projeto é trazê-las para dentro do tipo como parte integrante de elemento negativo do tipo, com antecipação da carga de ilicitude. Isso não gera, propriamente, uma inversão do ônus da prova.

Ademais, a experiência tem demonstrado uma tendência de não se atribuir à presunção de inocência um caráter absoluto, como revela de forma emblemática a atual possibilidade de execução provisória da pena reconhecida em regime de repercussão geral[37], para além da tradicional relativização do antedito princípio nas próprias hipóteses de cautelares pessoais (art. 312, CPP), sobretudo as constritivas de liberdade, ante o pressuposto do *fumus commissi delicti*. No crime de lavagem, a suficiência de prova indiciária dos crimes antecedentes

37. STF, Agravo em Recurso Extraordinário 964.246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.2016, *DJe* 24.11.2016.

para o recebimento da denúncia leva setores de doutrina a considerar que, no art. 2º, 1º, da Lei 9613/98,

> [...] o termo "indícios" foi empregado [...] não no sentido técnico, ou seja, como equivalente à prova indireta (art. 239, do CPP), mas sim no sentido de uma carga probatória que não precisa ser categórica ou plena, à semelhança do emprego do mesmo termo em dispositivos como os arts. 126 e 312 do CPP.[38]

Nessa toada – desde que se considerasse como crime de suspeita a proposta legislativa de tipificação do enriquecimento ilícito – a discussão essencial não seria mais a incompatibilidade entre os crimes de suspeita e a garantia constitucional da presunção de inocência, mas em que circunstâncias e sob quais justificativas essa exceção seria juridicamente factível. Não obstante, convém pontuar que a criação de figuras penais de direito material para a compensação de dificuldades processuais, embora uma realidade, é vista com reservas por um expressivo setor da doutrina nacional e estrangeira[39], na medida em que as garantias probatórias derivadas do sistema acusatório são severamente mitigadas. Sua utilização, se admitida, só pode ser excepcional; a exceção que confirma a regra. E no exame da idoneidade dessa exceção, não se pode ignorar o atributo da subsidiariedade do direito penal, derivado do primado da intervenção mínima[40], que colocam em evidência indagações como a (in)suficiência de outros ramos para a prevenção da conduta indesejada e a (in)existência de institutos menos drásticos, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Com efeito e independentemente da ressalva relacionada à ausência de conflito efetivo com a presunção de inocência, a legitimidade da figura penal sob a forma de crime de suspeita pode não se sustentar, a nosso juízo, se não demonstrada a insuficiência da norma sancionadora equivalente da lei de impropriedade administrativa (Lei 8.429/92, art. 9º[41]) ou de institutos como o

38. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89. O autor assinala que todos os "elementos do crime de lavagem, inclusive a origem criminosa dos bens, direitos e valores, podem ser provados por meio de prova indireta, desde que convincente o suficiente para afastar qualquer dúvida razoável" (op. cit., p. 95).

39. TIEDEMANN, 2010, p. 72-73.

40. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 56-60.

41. BRASIL. PALÁCIO DO PLANALTO. *Lei 8.429/92*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm]. Acesso em: 03.07.2017.

confisco, na esteira da experiência estrangeira (*v.gr.* Espanha). Embora a hipótese não pareça romper (mesmo que excepcionalmente) com a garantia da presunção de inocência, deveriam haver argumentos a altura, para além da "dificuldade de se comprovar a corrupção".[42] Se bem que, conquanto as duas décadas de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, não consta que o enriquecimento ilícito de servidores públicos tenha diminuído *a vue d´oeil*. Antes, o contrário. E o confisco, por sua vez, como toda sanção de caráter ressarcitório, mostra-se frágil como mecânica preventiva, porquanto – ponderados custos e benefícios – o agente sofre, como máxima consequência do comportamento ilícito, o retorno ao *status quo ante*[43].

Quanto ao último ponto, conviria discutir, ainda, alternativas (*de lege ferenda*) por medidas patrimoniais para o combate à obtenção de patrimônio por meio da criminalidade organizada como a *perda alargada*, na esteira da experiência estrangeira, que dispensa a vinculação estreita dos bens adquiridos com eventual infração penal, bastando a existência de patrimônio desproporcional sem comprovação lícita – se bem que a condenação prévia do agente ainda seria requisito para a aplicação desse instituto[44]. Seja como for, deve-se ponderar em que medida um enfoque maior nas consequências patrimoniais do crime não atenderia melhor ao primado da intervenção mínima, frente à hipótese mais drástica de criminalização da conduta de patrimônio a descoberto, apesar de opiniões em sentido contrário[45].

---

42. BADARÓ, 2013. Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/5-O-crime-de-enriquecimento-ilicito-no-Projeto-de-Codigo-Penal,-em-face-da-presuncao-de-inocencia]. Acesso em: 06.07.2017.

43. ROXIN, Claus. "La reparación en el sistema de los fines de la pena". In: *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008. p. 138: "Se o autor soubesse que ele, no caso de fracassar, só precisará retornar ao status quo ante, cessaria todo risco: ele, pela prática do fato, só pode ganhar, nunca perder, de maneira tal que uma limitação à reparação do dano aniquilaria o fim preventivo-especial da ameaça penal". Quanto aos fins preventivo-gerais, haveria um "convite a tentar alguma vez a roubar ou enganar, pois no pior dos casos a ameaça consistiria na devolução do obtido [...]".

44. ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2014. p. 171, 183 e 212. Vide ainda: CAEIRO, 2013, p. 453-501.

45. CAEIRO, 2013, p. 453-501. O autor português observa, por exemplo, que procedimentos *in rem* (sobre a coisa) poderiam ser perniciosos sob o ponto de vista das garantias fundamentais, quando alheios às regras do processo penal, embora não se posicione de forma completamente refratária.

Não obstante, as considerações até agora realizadas prendem-se à possibilidade de que setores de doutrina identifiquem o tipo projetado, tangente ao enriquecimento ilícito, como delito de suspeita. Não é nossa opção. De fato, para além da suspeita do crime anterior, o conteúdo material de injusto do enriquecimento ilícito encontra suporte *per si* – e não nos delitos antecedentes – enquanto expressão de ofensa aos deveres de lealdade, probidade e transparência do servidor para com a Administração Pública e o público em geral, destinatário das funções sociais incumbidas ao Estado. Para além, outros bens são ofendidos.

3. O enriquecimento ilícito como crime de estado

Considerando-se os termos da redação típica proposta pelo Ministério Público Federal, nota-se que o *disegno di legge* não exige a presença de indícios de que o agente tenha praticado certos crimes que lhe proporcionaram o patrimônio incongruente. Nesses termos, formalmente, não haveria propriamente um "crime de suspeita", mas um "crime de estado", que é aquele cujo conteúdo de ilícito "é a própria incongruência entre o patrimônio possuído ou dominado e os rendimentos lícitos do agente"[46], independentemente da intenção de se castigar por eventual crime anterior.

Cuide-se, todavia: não se trata de punir o agente por um modo de ser, ou estado de ser. Fosse essa a configuração do tipo de injusto projetado, resvalaria a proposta para um típico modelo de direito penal de autor, punitivo de estados ou modos de ser do agente e de todo incompatível com as estruturas de um direito penal democrático, voltado à punição de ações, não maneiras de ser. Tampouco se trata de atribuir crime ao Estado: não se desconhece o uso da denominação "crimes de Estado" àqueles praticados por agentes de Estado sobre membros da população que apresentam dissidência a regimes políticos de corte autoritário.

Quando se evoca, nesse texto, a expressão "crime de estado", trata-se do estado do objeto material do delito, consistente em bens e valores cuja expressão monetária é incompatível com as rendas auferidas licitamente pelo agente público. O estado do objeto material significa e comunica essa incompatibilidade. É nesse sentido que se fala em "crime de estado".

Voltando à distinção entre "crimes de suspeita" e "de estado", impõe-se comparar a redação típica sugerida para o enriquecimento ilícito com a

46. CAEIRO, 2013, p. 453-501.

redação, *verbi gratia,* da lavagem de dinheiro, na qual efetivamente exige-se a origem do objeto material mediante a ocorrência de crime pretérito. Na lavagem, art. 1º, *caput*, Lei 9.613/98, há evocação de que os bens, valores ou direitos ocultados provenham de ilícitos (quaisquer, no atual sistema brasileiro, de terceira geração, que não vincula a reciclagem a determinados crimes antecedentes, como fazia o superado critério dito "de segunda geração", ou a primeira geração dos modelos de tipos penais de lavagem de dinheiro, que exigiam exclusivamente o narcotráfico como crime antecedente[47]). Satisfaz-se essa necessidade de correlação, porém, com dados indiciários, consoante o art. 2º, II, e § 1º, Lei 9.613/98.

Nos crimes de estado não há menção a perigo ou a indícios de que o patrimônio tenha resultado de vantagens obtidas por meio de crimes cometidos no exercício da função pública. Como exemplo de "crime de estado", vale conferir a redação do Projeto de Lei português 43/XI (2009), proposto pelo Bloco de Esquerda de Portugal, que intentou o crime de enriquecimento ilícito nestes termos:

> O titular de cargo político, o titular de alto cargo público ou o funcionário que durante o período do exercício de funções, ou nos cinco anos subsequentes à cessação das suas funções adquirir, no país ou no estrangeiro, património imobiliário, ou títulos, ou aplicações financeiras, ou contas bancárias a prazo, ou direitos de crédito, ou quotas, ou acções ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, ou direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis ou bens de consumo, de valor manifestamente discrepante do seu rendimento declarado para efeitos fiscais e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito é punido com pena de prisão até 5 anos.[48]

47. Acerca das "gerações" concernentes aos modelos legislativos do crime de lavagem, v. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 67-68. Diversamente: MENDRONI, 2013, p. 61. Compreendendo a primeira geração como rol de crimes transcendente ao tráfico, mas geradores de "obtenção de valores", e a segunda geração como grupo de crimes, v.g., "com pena mínima acima de 1 (um) ano de reclusão".

48. PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Atividade Parlamentar e Processo Legislativo*. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c654852766379397761 6d77304d7931595353356b62324d3d&fich=pjl43-XI.doc&Inline=true]. Acesso em: 05.07.2017.

Em contraposição, como exemplo de típico "crime de suspeita", considerem-se as redações dos Projetos de Lei portugueses 374/X (2007) [49] e 89/XI (2009)[50], do Partido Social Democrata de Portugal, que propunham a punição do agente público que:

> [...] durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que sejam manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, *com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas*, é punível com pena de prisão até 5 anos (grifo nosso).

A diferença perceptível entre os preceitos é a previsão expressa de que o patrimônio injustificado potencialmente provenha de crimes funcionais. No caso de crime de suspeita, como se trata de elementar típica, amplia-se o ônus probatório da acusação, incumbido de demonstrar pelo menos indícios do crime antecedente, tal como ocorre em relação ao antedito crime de lavagem (Lei 9.613/98, art. 2º, § 1º). Considerando, então, exclusivamente a redação típica proposta pelo Ministério Público nas 10 Medidas, está-se ante hipótese de um crime de estado. Essa é a posição, aliás, de Nascimento Costa:

> Tampouco é correto pretender que o crime de enriquecimento ilícito indique necessariamente peculato ou corrupção, pelos quais o agente seria condenado sem provas. A justificativa do projeto apenas exemplifica com os delitos, o que se nota pelo uso do advérbio "comumente". No tipo, nada há que limite a falta de justificativa do patrimônio do servidor ao proveniente, direta ou indiretamente, de corrupção ou peculato. [...] Então, não se trata de punição disfarçada ou pela mera suspeita de peculato ou corrupção.[51]

---

49. PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Atividade Parlamentar e Processo Legislativo*. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31677664475634644739 7a4c33427162444d334e4331594c6d527659773d3d&fich=pjl374-X.doc&Inline=true]. Acesso em: 05.07.2017.
50. PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Atividade Parlamentar e Processo Legislativo*. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c6548527663793977616d77344f5331595353356b62324d3d&fich=pjl89-XI.doc&Inline=true]. Acesso em: 05.07.2017.
51. COSTA, 2017. Disponível em: [https://jota.info/justica/pelo-mp-o-crime-de-enriquecimento-ilicito-23022016]. Acesso em: 02.06.2017.

De fato, não há menção a indícios de crime funcional antecedente, embora se deva consignar que os verbos *utilizar* e *usufruir*, no que evocam a ideia de *gentileza* ou *favor* recebidos pelo servidor, podem remeter, implicitamente, à prática de um crime funcional anterior. De todo modo, não há mesmo alusão categórica a eventual crime anterior para que se entenda o tipo como um crime de suspeita.

A compreensão de que se trata de um crime de estado altera o panorama dogmático anteriormente traçado? Certamente conclama também debates relativos à proposta de reforma da legislação para o combate à corrupção. Quanto ao princípio jurídico-penal da presunção de inocência, não se pode afirmar que um crime de estado o tencione do mesmo modo que um crime de suspeita. Aliás, nesse formato, é mesmo difícil cogitar-se de mácula à presunção de inocência, pois não se está vinculando a irregularidade do patrimônio ostentado a algum crime pretérito, mas sim e simplesmente, à ausência de origem que corresponda aos ganhos lícitos auferidos pelo agente.[52]

Se a origem criminosa do patrimônio sem causa já não mais importa, seria certo concluir pela abdicação da proteção do bem jurídico probidade da Administração Pública? A pergunta deriva de que a constatação do enriquecimento indevido não implicaria, então, em pressupor a prática de conduta anterior tipificada como crime funcional. Em outras palavras, não se estaria diante de enriquecimento sem causa do agente público derivado do ato de servir-se do poder, de modo escuso. Enfim: o conteúdo do injusto corresponderia tão só à falta de transparência na declaração do patrimônio pela posse de bens sem certificado de origem lícita (violação, portanto, regras de escrutínio e lisura)? Neste caso, há quem não enxergue efetiva violação a qualquer bem jurídico, como Caeiro:

> [...] a detenção de um património incongruente com os rendimentos lícitos do detentor, cuja origem se desconhece, constitui decerto um indício da prática de crimes anteriores, que por isso devem ser investigados – mas tal detenção, em si mesma, e por mais que provoque a exasperação das instâncias formais de controlo, não ofende bem jurídico algum.[53]

Essas observações são adequadas quando se trata de tipos penais de enriquecimento sem causa lícita dirigidos à generalidade das pessoas, aos particulares em geral.

52. COSTA, 2017. Disponível em: [https://jota.info/justica/pelo-mp-o-crime-de-enriquecimento-ilicito-23022016]. Acesso em: 02.06.2017.

53. CAEIRO, 2103, p. 453-501.

Porém, o Projeto prevê o crime de enriquecimento ilícito como delito próprio ou especial de autor, dirigido a funcionários públicos. Quanto a eles, a lealdade, probidade e transparência, enquanto leque de deveres funcionais para com a Administração Pública e, principalmente, para com os administrados, pressupõe certa abertura do campo de privacidade do *intraneus,* ao contrário do que ocorre para aqueles que não mantêm relação funcional com o Estado. Afinal, o *intraneus* atua enquanto parte da Administração Pública, extensão da coisa pública – *res publica.* Em contrapartida, sua fonte de renda é o Estado, numa relação demarcada pela legalidade, publicidade e moralidade, a partir dos princípios regentes da Administração Pública, elencados no *caput* do art. 37, CF. Neste sentido, erige-se moldura em que emerge, sim, bem com magnitude penal. Vale lembrar passagem do Elogio ao Moralismo, de Rodotà:

> A democracia, recordemo-lo, não é só governo do povo, mas governo "em público". Aqui, nesta simples e profunda verdade, está a inadmissibilidade da mentira na política, que se transforma na pretensão de não prestar contas dos próprios comportamentos de parte de quem livremente escolheu sair do seguro espaço privado para ser protagonista no espaço público.[54]

Veja-se que os estatutos disciplinares dirigidos a funcionários públicos, no campo do direito administrativo sancionador, chegam a exigir, com transcendência aos atos praticados em nome do Estado, que o funcionário paute sua vida privada, por exemplo, pelo decoro (o art. 116, IX, da Lei 8.112/90, exige que o servidor mantenha "conduta compatível com a moralidade administrativa"; o art. 35, VIII, LOMAN, impõe ao Magistrado conduta irrepreensível "na vida pública e particular"). O funcionário simboliza, de modo contínuo, a imagem do Estado. Assim, a sustentação de que a ofensa à probidade, lealdade para com a administração e seus princípios, exigiria conexão entre o enriquecimento ilícito e a malversação do cargo mediante ilícitos penais, passa ao largo da verdadeira amplitude que rege os deveres funcionais.

Lado outro, a incongruência do patrimônio do *intraneus* com as vantagens usuais angariadas licitamente por ele – em regra, limitadas aos proventos – concita a atuação do fascículo da administração correspondente ao aparelho judiciário, devidamente acionado pelas instâncias fiscalizadoras, inclusive o Ministério Público. Nesses termos, a própria administração da justiça, enquanto bem jurídico distinto da Administração Pública *lato sensu,* vê-se ofendida quando das hipóteses de enriquecimento ilícito, nos termos preconizados no

54. RODOTÀ, Stefano. *Elogio del Moralismo*. Bari: Laterza, 2012. p. 74.

desenho legislativo sugerido no conjunto das 10 Medidas. Inclusive, há aqui motivos em parte similares àqueles empregados para estabelecer que a lavagem de bens, valores ou direitos viola a administração da justiça. Na lavagem, aponta Mendroni, há proteção deste bem jurídico, eis que "visa suplementar a eficácia na apuração e punição das infrações penais que [...] abalam sobremaneira a ordem pública e não conseguem encontrar, por si só, a resposta adequada da própria administração da justiça com vistas à defesa da sociedade".[55] Mesmo não se tratando de crime de suspeita, mas de estado, o tipo sugerido no Projeto de Lei apresentado pelo MPF contém pretensão político-criminal estendida, também, ao combate de eventuais crimes funcionais praticados como fonte da origem ilícita de bens. E, nesta toada, a tutela da administração da justiça mostra-se assemelhada àquela que opera, v.g., no delito de lavagem.

Cabe, ainda, referir a perspectiva de Greco e Teixeira em relação ao cerne do desvalor do crime de corrupção (em sentido lato), que se pode aproveitar na análise do delito de enriquecimento ilícito: em crimes tais, menor importância assume o resultado financeiro obtido; a ação, retratada na obtenção de vantagens com abuso de poder ou mesmo na perversão entre público e privado, é a tônica político-criminal desses injustos[56]. Referidos autores concluem então que não é de todo inviável a criação da figura penal do enriquecimento ilícito, pois a profanação do serviço público republicano (confusão entre público e privado) suscitaria, "ao menos, um direito da população de esclarecimento a respeito da correção ou não dessa suspeita"[57]. Nesse caso, seria possível pensar em bens de maior concreção, como a transparência das fontes de rendimento do servidor público ou a credibilidade do servidor perante a coletividade, não obstante as críticas de Figueiredo Dias[58] e de Faria Costa[59] relativamente à criação de bens jurídicos definidos nesses termos.

---

55. MENDRONI, 2013, p. 75.
56. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 28.
57. GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 41
58. DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 300-301.
59. FARIA COSTA, José Francisco de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *Plädoyer* por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*: corrupção,

Nesse cenário, a magnitude penal do comportamento fica positivada.

Pode-se discutir se a violação dos deveres de lealdade, probidade e transparência, no entanto, deve levar à pena de três a oito anos, especialmente em atenção ao princípio da proporcionalidade (proibição de excesso). Afinal, trata-se de apenamento superior à falsidade ideológica ou à fraude tributária (para citar apenas alguns exemplos com alguma conexão, porquanto o enriquecimento descompassado com as fontes lícitas de ganho usualmente passa por modos de execução exigentes de falsos documentais). Cavero lembra, a propósito, que "lo principio de proporcionalidad exige que la pena tenga una correspondencia valorativa con el hecho delictivo cometido".[60]

De toda sorte, a pena sugerida ganha peso argumentativo caso se considere que o crime de estado de enriquecimento ilícito tem razões político-criminais complementares, apoiadas nos argumentos pelos quais se especulou tratar-se de um crime de suspeita em relação aos demais crimes funcionais. A corrupção, especialmente. De fato: a opção pela natureza jurídica de crime de estado deriva da possibilidade de identificar-se a violação à Administração Pública, somada à administração da justiça, em pluriofensividade (sobretudo quando da forma majorada, em que os bens são colocados em nome de terceiros), independentemente de a origem dos valores dar-se pela prática de crimes funcionais. Porém, mesmo sendo configurada como delito de estado, há indicativos político-criminais de que a tipificação de enriquecimento ilícito também operaria como mecânica de contenção de consequências delitivas que, de regra, aparecem como exaurimentos de crimes funcionais, não incriminados autonomamente, como o gozo da vantagem indevida. Não convém que essa seja a única razão para criar o tipo: porém, uma vez criado, é possível visualizar que o tipo resultará em combate ao gozo de bens havidos com malversação do cargo. Nesse sentido, convém que o mínimo legal da pena esteja emparelhado com os demais crimes funcionais graves (peculato, corrupção passiva), no patamar de dois anos.

Refira-se, por fim, a questão não menos controvertida da formulação típica do injusto penal proposto. A considerável quantidade de verbos típicos, que os alemães denominam de "técnica espingarda de cano serrado", como lembra Greco[61], aliada à indistinção qualitativa entre os verbos típicos, ignorando-se

financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 324.

60. CAVERO, Percy García. *Derecho Penal económico*: parte general. 3. ed. Lima: Jurista Editores, 2014. p. 234.

61. GRECO, 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito]. Acesso em: 02.06.2017.

inegáveis diferenças de desvalor entre os comportamentos elencados (*v.gr.*, a conduta de *adquirir* perante a de *usufruir*), dá azo a inevitáveis objeções sob a perspectiva dos princípios da culpabilidade e proporcionalidade, que aqui se opta por não se aprofundar.

Ademais, na experiência estrangeira, não é rara a inserção de elementares como incremento patrimonial *relevante*[62] ou enriquecimento *apreciável*[63], justamente para distinguir o ilícito criminal de seu correlato administrativo (Lei 8.429/92, art. 9º, VII), em deferência ao dogma da subsidiariedade.[64] A Proposta Ministerial não trata da concorrente infração administrativa preexistente, prevista na Lei de Improbidade, bem como não se preocupa em atribuir à previsão penal aspectos distintivos em termos de magnitude do injusto para justificar sua novidade no ordenamento penal. A preocupação das legislações comparadas, no sentido de darem mínimo vulto ao montante dos bens para configurar a matéria criminal, é muito importante. Pontue-se, de todo modo, que as expressões encontradas nas legislações estrangeiras reclamariam maior taxatividade, pois *incremento relevante, apreciável* ou sinônimos, têm carga semântica pouco esclarecedora, fazendo tremer o princípio da reserva legal.

Seja como for, a Proposta Ministerial determina uma melhor distribuição dos esforços do poder punitivo estatal para enfrentar o problema do enriquecimento funcional sem causa lícita.

4. Considerações finais

Como visto, o crime em análise pode ser interpretado como um crime de suspeita ou de estado. A primeira hipótese vem calcada nas justificativas político-criminais do Ministério Público, na quantidade de pena corporal cominada e em algumas das condutas típicas previstas (*emprestar, utilizar, usufruir*). Nessa perspectiva, fortalece-se a identificação, em linha de princípio, de um

62. CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DEL CHILE/BCN. Disponível em: [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984]. Acesso em: 07.07.2017. No Chile, o art. 241-*bis* do Código Penal estabelece como punição multa equivalente à vantagem indevida e pena de inabilitação para o exercício de cargos e ofícios públicos (não há prisão) para quem ostentar incremento patrimonial "relevante e injustificado".

63. ARGENTINA. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Y DERECHOS HUMANOS. Información Legislativa. Disponível em: [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm]. Acesso em: 07.07.2017. Na Argentina, criminaliza-se o enriquecimento ilícito desde 1999, no art. 268.2, do Código Penal, punindo com prisão de dois a seis anos aquele que não justificar a procedência de um "enriquecimiento patrimonial apreciable".

64. BUSATO, 2017, p. 56-60.

bem jurídico-penal legítimo (deveres de lealdade, probidade e transparência para com a administração pública e seus administrados). Eventual tensão em relação ao princípio da presunção de inocência derivaria do fato de clivar-se a incriminação na suspeita de crimes funcionais anteriores, geradores do patrimônio sem causa e de que caberia à defesa uma espécie de ônus probatório, para demonstração da origem lícita. Porém, a evocação de *incompatibilidade* de valor do objeto material com valores ganhos por *outros meios lícitos*, no corpo de elementares do tipo objetivo, figura como evocação à teoria dos elementos negativos do tipo. O desenho de tipo proposto antecipa, para dentro do tipo objetivo, o que corresponderia à justificante do exercício regular de direito, originário da angariação do bem ou valor pelo sujeito ativo. Neste passo, o esforço defensivo volta-se à geração de dúvida razoável quanto à origem lícita do bem, não havendo aí, propriamente, uma inversão de *onus probandi*.

Restaria o problema de situar-se a razão de ser do delito nos crimes antecedentes: neste caso, trabalhando-se com a ideia de exceção à presunção de inocência (em vez de se tergiversar a tensão com o dogma penal), mostra-se inescapável a necessidade de se abordar o problema à luz da intervenção mínima, devendo-se demonstrar, pelo menos, a (in)suficiência de tutela da infração administrativa correlata e a (im)pertinência da ampliação das hipóteses de confisco. A específica verificação dos índices de sucesso da Lei de Improbidade Administrativa, de um lado, e a consideração da medida em que o confisco serve, ou não, como mecanismo de prevenção, compõem o mosaico dessa análise. Finalmente, subsistiria a discussão da proporção da pena mínima de três anos comparativamente a de dois dos demais crimes funcionais, como peculato, concussão e corrupção passiva, o que aparentemente não se justifica.

Na perspectiva de crime de estado (a partir da leitura exclusiva da redação típica proposta nas 10 Medidas e ressalvado o significado da expressão), deve-se considerar que o bem jurídico transcende um fragilizado dever de transparência dirigido aos particulares e fortemente atenuado com o direito à privacidade, enquanto expressão da esfera de direitos fundamentais. Quando se trata de funcionário público, o dever de transparência ganha contornos muito mais severos, mostrando-se como contraparte do direito individual à busca e confirmação da verdade nas "sociedades democráticas, que se apresenta como resultado de um processo de conhecimento aberto"[65]. A esse dever de transparência, na configuração do bem jurídico-penal, soma-se os deveres de lealdade e probidade, que acompanham o *intraneus* em sua relação com a Administração Pública e os administrados, dentro de uma perspectiva republicana. Nela, passa-se às mãos do funcionário o cuidado daquilo que é de todos.

65. RODOTÀ, 2012, p. 76.

Nesses termos, a perspectiva do enriquecimento ilícito de funcionário público como crime de estado é preferível à de crime de suspeita, pois afastam-se as tensões referidas quanto à presunção de inocência, sem prejuízo da possibilidade de identificar-se um consistente bem de proteção penal. De outro lado, a consideração do enriquecimento ilícito como crime de estado não excogita a possibilidade de que suas metas político-criminais dirijam-se, também, a evitar crimes funcionais antecedentes. Simplesmente, esses crimes antecedentes não são necessários para a configuração do bem de proteção penal.

Agora, como já assinalado, a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito exige proporcionalidade entre tal conduta e a pena cominada, à luz da teoria do bem jurídico e, no seu âmbito, do aspecto da relação do *intraneus* com a administração que se deseja controlar. Para um crime cuja realização passa, modo geral, pelo *falsum* (CP, art. 299, majorado em 1/6 quando o sujeito ativo é funcionário público), com implicações não só quanto à fé pública, mas para a administração pública e administrados nos já mencionados deveres de lealdade, probidade e transparência, bem como – em alguns aspectos, pela administração da justiça –, porém com mitigações relativas à quebra da probidade, quando cotejada com casos comprovados de peculato e corrupção passiva, conviria cominar pena mínima de dois anos, semelhante à de corrupção e peculato. Ao lado da questão do excesso de pena, entende-se que seria conveniente a inclusão de elementares típicas que distinguissem qualitativamente a figura penal da infração administrativa correlata, na esteira do direito comparado, evitando-se, porém, expressões de carga semântica imprecisa, por amor à taxatividade exigida nas regras penais.

Interessante a sugestão de Greco no sentido da criação de "um tipo penal de natureza omissiva", consistente no dever do agente de prestar contas quanto a qualquer patrimônio que comprometa a aparência de serviço público prestado conforme o interesse público.[66] Impor-se-ia, assim, um dever de transparência e justificação aos servidores públicos quanto a seu patrimônio, cujo desrespeito poderia configurar infração penal, suscetível de confisco. O crime de enriquecimento ilícito, nesse formato, se aproximaria mais ainda de uma falsidade: o patrimônio constatado não seria ilícito por provir de crimes, mas por não ter sido devidamente declarado. Seria prudente, porém, cotejá-lo adequadamente com o art. 299, CP, em sua forma majorada, de modo a evitar superposições e acautelar situação em que a norma especializante, dirigida aos funcionários públicos, tornasse a reação penal mais tênue.

Admite-se a premissa de que a corrupção, um dos grandes males da nação, deve ser energicamente combatida, mas isso, porém, dentro dos limites do Estado

66. CAEIRO, 2013, p. 453-501.

democrático de direito e sem revogação do legado do discurso jurídico-penal. O problema da corrupção deve ser enfrentado sob a perspectiva do Estado de direito, não convindo que o mal a ser combatido se torne a referência de quanto vale o respeito ao sistema jurídico. Ou seja, se é certo que o direito penal deve contribuir para o tratamento de problemas particularmente graves do país, não menos correto é afirmar que ele conserva a inspiração iluminista moderadora do apetite punitivo estatal, racionalizando e controlando a vocação autoritária que acompanha o exercício do poder. Em outras palavras: o combate à criminalidade endêmica requer coragem, compromisso e espírito público, mas não é um vale tudo.

Com efeito, embora a criminalização do enriquecimento ilícito não seja exótica (ao contrário, parece uma incontornável tendência), a proposta do Ministério Público comporta um conjunto de debates para que se esclareça em que medida o primado da intervenção mínima (subsidiariedade) estaria sendo respeitado, bem como para que se clarifique a escolha da natureza do crime em questão, se de suspeita ou de estado, enfrentando-se sem tergiversação as tensões jurídicas disso advindas. Numa primeira abordagem, não se identificam problemas tão agudos como comumente se aponta.

5. Referências

ARGENTINA. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Y DERECHOS HUMANOS. *Información Legislativa*. Disponível em: [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm]. Acesso em: 07.07.2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribunal Virtual*: IBCCrim, ano 1, ed. 1, jan./fev. 2013 (ISSN 2317-1898). Disponível em: [www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/5-O-crime-de-enriquecimento-ilicito-no-Projeto-de-Codigo-Penal,-em-face-da-presuncao-de-inocencia]. Acesso em: 06.07.2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O enriquecimento ilícito e a presunção de inocência. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-08/direito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia]. Acesso em: 02.06.2017.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100/2013, p. 453-501, jan./fev. 2013.

CAVERO, Percy García. *Derecho Penal económico*: parte general. 3. ed. Lima: Jurista Editores, 2014.

COSTA, Jorge dos Nascimento. Pelo MP: O crime de enriquecimento ilícito. *Jota*, 23 fev. 2016. Disponível em: [https://jota.info/justica/pelo-mp-o-crime-de-enriquecimento-ilicito-23022016]. Acesso em: 02.06.2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

DI CUNTO, Raphael. Câmara rejeita criar crime de enriquecimento ilícito de servidor. *Valor econômico*. Disponível em: [www.valor.com.br/politica/4791677/camara-rejeita-criar-crime-de-enriquecimento-ilicito-de-servidor]. Acesso em: 04.07.2017.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2014.

FARIA COSTA, José Francisco de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *Plädoyer* por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Crime de enriquecimento ilícito. *Jusbrasil*. Disponível em: [https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928834/crime-de-enriquecimento-ilicito]. Acesso em: 05.07.2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. Org. Raúl Cervini, William Terra de Oliveira, Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Ed. RT, 1998.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debato sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49/2004, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 277, Dez. 2015. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito]. Acesso em: 02.06.2017.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, Eliana de Almeida. O enriquecimento ilícito. *Linkedin*, 10 abr. 2016. Disponível em: [www.linkedin.com/pulse/o-enriquecimento-il%C3%ADcito-eliana-de-almeida-pinto]. Acesso em: 02.06.2017.

PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Atividade *Parlamentar e Processo Legislativo*. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c654852766379397616d77304d7931595353356b62324d3d&fich=pjl43-XI.doc&Inline=true]. Acesso em: 05.07.2017.

PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Atividade Parlamentar e Processo Legislativo*. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31677664475634644739 7a4c33427162444d334e4331594c6d527659773d3d&fich=pjl374-X.doc&Inline=true]. Acesso em: 05.07.2017.

RODOTÀ, Stefano. *Elogio del Moralismo*. Bari: Laterza, 2012.

ROXIN, Claus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. "La reparación en el sistema de los fines de la pena". In: *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*: Lei anticorrupção. São Paulo: Ed. RT, 2014.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*: parte general y especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

VON WEBER, Hellmuth. *Lineamentos de Derecho Penal Alemán*. Trad. da versão de 1948. Buenos Aires: Ediar, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal, de Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa e Leo Maciel Junqueira Ribeiro – *RBCCrim* 132/85-114 (DTR\2017\1425);
- A problemática da criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *Ciências Penais* 6/383 (DTR\2007\19); e
- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *Ciências Penais* 10/211-286 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/915-979 (DTR\2009\35).

Liberdade de ação *versus* neurociências no direito penal da culpabilidade

Freedom of action versus neurosciences in criminal law of culpability

Paulo César Busato

Doutor em Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilha. Professor de Direito penal da Universidade Federal do Paraná e da FAE (Centro Universitário Franciscano). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.
pbusato2013@gmail.com

Recebido em: 03.11.2017
Aprovado em: 16.01.2018
Última versão do autor: 23.01.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho faz uma abordagem crítica do questionamento que as neurociências têm feito acerca do Direito Penal baseado na culpabilidade. As afirmações dos neurocientistas acerca da inexistência da liberdade são contrastadas com a concepção de ação e norma que estruturam o sistema de imputação a partir do pressuposto de liberdade de ação, procurando refutar as proposições neurocientíficas.

Palavras-chave: Neurociências – Liberdade – Ação – Norma – Culpabilidade.

Abstract: This work makes a critical approach to the questioning that neuroscience has made about criminal law based on culpability. The statements made by the neuroscientists about lack of freedom are contrasted with the conception of action and rules which structure the imputation system from the assumption of freedom of action, seeking to refute the neuroscientific propositions.

Keywords: Neuroscience – Freedom – Action – Rule – Culpability.

Sumário: Introdução. 1. A pretensão determinista de aprisionamento do Direito (um *déjà vu*). 1.1. O determinismo científico clássico e o delito (*L'uomo delinquente*). 1.2. Os efeitos jurídico-penais do modelo cientificista determinista clássico. 1.3. O renascimento do determinismo no ambiente neurocientífico. 1.4. A passagem do discurso clínico para o discurso jurídico (neurociência, liberdade e violência). 1.4.1. A liberdade segundo o postulado neurocientífico. 1.4.2. A violência segundo o postulado neurocientífico. 1.4.3. Uma pretensão de domínio do ambiente jurídico. 2. Liberdade. 2.1. Um projeto equivocado para a liberdade. 2.1.1. A liberdade como contraposição ao direito: o mecanismo jurídico como fórmula de opressão organizada. 2.1.2. A liberdade como projeto. O ideal de conversão do direito em

um aliado da liberdade. 2.1.3. O confinamento científico da liberdade. 2.2. A liberdade como construção jurídica: o eixo existencial da interação entre ação e norma no direito. 2.2.1. Liberdade como pressuposto da ação. 2.2.2. Liberdade de ação como base da norma jurídica. 3. A modo de conclusão: a inviabilidade da pretensão neurocientífica. Referências.

Introdução

Não é possível abordar a questão atual das neurociências de um ponto de vista jurídico sem uma breve reflexão sobre a relação entre a história do direito e de sua relação com a liberdade.

Desde o ambiente das neurociências, se tem afirmado que o avanço das descobertas científicas sobre o cérebro logrou demonstrar irrefutavelmente a inexistência do livre arbítrio. E, tomando tal eixo como afirmação categórica, tem surgido, de modo cada vez mais intenso, a proposta de mudanças radicais a respeito da regulamentação do controle social punitivo.

Tais propostas brotam muito mais do ambiente das próprias neurociências do que propriamente do ambiente jurídico, ou jurídico-penal, quiçá pela lembrança não tão longeva de outras catástrofes jurídicas protagonizadas por ondas de influência determinista.

De qualquer modo, conforme já advertiu Frisch[1], parece que a abordagem dessa última onda determinista se apresenta como muito mais conflitiva que as anteriores, uma vez que já não se pretende simplesmente o debate público, ou o questionamento da validade da sustentação da ideia de liberdade, mas sim se trata da pretensão de afirmar, como resultado de pesquisa empírica, a demonstração cabal da inexistência da liberdade. Portanto, não é possível mais aos juristas simplesmente virarem as costas para o problema.

Ademais, é certo que há no ambiente jurídico-penal a abertura – mais ou menos tímida – para a introdução dos postulados neurocientíficos, pela via compatibilista, nem sempre consciente dos perigos que tal abertura representa.

Tais pretensões parecem esquecer um dado central: a aproximação do direito, como estrutura normativa, tem por pressuposto inafastável a liberdade de ação, à margem de qualquer outra consideração – clínica, médica, científica ou filosófica – acerca da essência da liberdade.

1. FRISCH, Wolfgang. "Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidade". In: SÁNCHZ, Feijóo (Org.). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Trad. Bernardo Feijóo Sánchez. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 25-26.

Tanto a norma quanto a ação, eixos da estrutura jurídica e, portanto, da forma como organizamos nossas vidas, estão ancoradas em um pressuposto de liberdade que não tem nenhuma relação com uma afirmação empírica.

O que este escrito pretende é simplesmente chamar a atenção para essa questão essencial.

Para tanto, far-se-á uma breve incursão sobre a história das sucessivas pretensões de intervenção do determinismo científico no Direito Penal; em seguida, se explicará a evolução da relação da liberdade com o Direito, para finalmente apresentar um ponto de vista a respeito do que significa a liberdade de ação para a estrutura jurídica, em especial para a estrutura jurídico penal, culminando por elencar as razões pelas quais se defende um rechace tanto às pretensões de submissão do Direito Penal às propostas neurocientíficas quanto às pretensões compatibilistas entre ambos.

1. A pretensão determinista de aprisionamento do Direito (um *déjà vu*)

Quando surgiram as primeiras notícias no ambiente neurocientífico a afirmar de modo categórico a descoberta da prova empírica da inexistência do livre arbítrio, ergueu-se, concomitantemente, a conhecida voz determinista a anunciar o *Armagedom* do Direito penal da culpabilidade.

A sensação é de um *déjà vu*.

Não é a primeira, nem a última vez que o determinismo estende seus tentáculos no intento de esmagar as bases das estruturas jurídicas, reduzindo-as ao compasso binário da verdade/falsidade empíricas, para submetê-las ao padrão de controle resultante das ciências naturais.

*1.1. O determinismo científico clássico e o delito (*L'uomo delinquente*)*

Ainda que a ideia de que o cérebro é a fonte das manifestações de personalidade, tais como alegrias, tristezas, diversões e lamentações, estivesse presente há 2.500 anos no pensamento de Hipócrates[2], foi o desenvolvimento do positivismo científico no século XIX o ponto de partida de uma verdadeira explosão do conhecimento científico-empírico para todas as áreas de conhecimento humano.

2. Referência a esse fato histórico, aparece em DELGADO GARCÍA, José M. "Hacia una neurofisiología de la libertad". In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 4.

Nessa oportunidade, a medicina e os conceitos da biologia se aproximaram do Direito Penal, tentando interferir na determinação da fórmula de organização do sistema de atribuição de responsabilidade a partir de considerar que a ciência era capaz de apresentar padrões de relação entre aspectos fenotípicos das pessoas e a prática de delitos. Trata-se do chamado atavismo criminoso de carácter biologicista, escola inaugurada por Lombroso e aperfeiçoada por seus seguidores, especialmente Ferri e Garofalo[3].

Se o método científico lograva produzir, mediante a repetição das experiências, constatações gerais e regras deterministas, sendo o delito um fenômeno existente, o estudo que se poderia qualificar de científico a respeito disso seria somente o estudo empírico que se lograva produzir por uma relação explicativa das causas do crime. Entregava-se, então, nas mãos da ciência empírica, a tarefa de desvendar os caminhos que o Direito devia seguir.

A chamada *Scuola Positiva Italiana*, iniciada por Lombroso[4], propôs que características físicas dos criminosos estavam associadas causalmente aos delitos por eles praticados, simplesmente a partir de uma mensuração inversa. O que fez Lombroso foi visitar os cárceres e delinear estatisticamente as características principais daqueles que foram condenados por práticas delitivas determinadas e, a partir disso, deduzir que tais características seriam a fonte da conduta criminosa.

A ideia recebe tal aceitação que muitos dos livros da época – como o próprio *Princípios de Direito Criminal* – de Enrico Ferri, um de seus discípulos jurista, dividia-se em duas partes de estudos, uma sobre o crime e outra sobre o criminoso.

Mesmo os autores que apontavam para o crime como um produto de causas múltiplas – como Garofalo[5], por exemplo, que relacionava o crime também a

3. Veja-se LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001; FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio, Campinas, Vookseller, 1996; e GARÓFALO, Raffaele. *La Criminología*. Trad. Pedro Dorado Monteiro, Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2005.

4. LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinqüente...*, op. cit., p. 247-248. "Entre os violadores (quando não são cretinos) quase sempre os olhos são salientes a fisionomia é delicada, os lábios e as pálpebras são volumosos. A maior parte é frágil, loura, raquítica e às vezes, corcunda [...] Os homicidas, os arrombadores, tem cabelos crespos, são deformados no crânio, tem possantes maxilares, zigomas enormes e frenquentes tatuagens; são cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco".

5. GARÓFALO, Raffaele. *La Criminología...,* op. cit., especialmente p. 53-54. Algo similar propôs também Kurt Schneider, na Alemanha Schneider, Kurt. "Die Schichtung

aspectos psicológicos – não deixava de reconhecer estar no próprio criminoso, no caso em suas características de ordem psíquica, o dado que lhe impedia de atender aos ditames da norma.

1.2. Os efeitos jurídico-penais do modelo cientificista determinista clássico

Não é um acaso que a forte aproximação determinista, que pretendeu ser capaz de detectar o crime via padrões empíricos, tenha gerado no direito modelos científicos proclives ao direcionamento seletivo da intervenção jurídica a partir de determinadas características das pessoas.

Conquanto a virada do Século XX tenha significado[6] uma mudança de perspectiva criminológica importante, a fonte de inspiração determinista inaugurada por Lombroso seguiu produzindo frutos, tais como o programa de Marburgo de von Liszt[7], e as leis de eugenia nos Estados Unidos[8] e na Alemanha[9].

Von Liszt, com uma concepção flagrantemente utilitarista da pena, apresentou sua ideia a respeito do fim do Direito Penal em seu famoso programa da Universidade de Marburgo, de 1882, com o título *Der Zweekgedanke im Strafrecht*[10], onde deixou entrever claramente as influências deterministas, ao propor a inocuização daqueles que chamou de *delinquentes incorrigíveis*[11]. Segundo a proposta, o *delinquente incorrigível* era "um membro doente"[12] ou "uma célula cancerosa"[13] da sociedade, que deve ser ionizado antes que contamine todo o ambiente por onde circula. E o autor identificava uma

---

des emotionalen Lebens und der Aufbau der Depressionszustände". In: *Zeitschrift für die gesamte Neurologie und Psychiatrie*, n. 59, 281-286, 1920.

6. BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.
7. Confira-se detalhes em LISZT, Franz von. *La idea de fin en el Derecho penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle, Granada: Comares, 1995. especialmente p. 83.
8. Uma panorâmica ampla sobre as leis de eugenia nos Estados Unidos da América aparece em BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.
9. Uma das mais importantes expressões teóricas da eugenia foi o famoso escrito de Binding sobre as "vidas sem valor de vida", recentemente traduzido e publicado em Espanhol, como BINDING, Karl e HOCHE, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Dir. de Trad. Eugenio Raul Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2009.
10. LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho penal...*, op. cit.
11. LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho penal...*, op. cit., p. 83.
12. LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho penal...*, op. cit., p. 83.
13. LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho penal...*, op. cit., 84.

> [...] cadeia de casos de doença social que se costuma designar sinteticamente com a designação geral de proletariado: mendigos e vagabundos; alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição; golpistas e pessoas do submundo na mais ampla acepção da palavra; degenerados espirituais e corporais[14].

Propunha, que "a sociedade deve proteger-se frente aos sujeitos incorrigíveis", para os quais, já que "não queremos decapitar nem enforcar, não podemos deportar, unicamente nos resta a prisão perpétua (ou, se for o caso, por prazo indeterminado)"[15].

Nada disso é muito distinto das duas Leis aprovadas pelo *Reichtag* da Alemanha nazista a partir do 7º Congresso anual do Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores, em 15 de setembro de 1935, conhecidas como "Leis de Nuremberg", a saber a Lei de Cidadania do Reich e a Lei de Proteção do Sangue e da Honra Alemã, as quais convertiam a dinâmica de exclusão de pessoas por suas características em um instrumento de incorporação das suas teorias raciais e eugênicas.

A Lei da Cidadania do Reich limitava os direitos cidadãos àquelas pessoas de "sangue ou ascendência alemã", definindo critérios biológicos para essa afirmação, convertendo sua perspectiva antissemita de um fator sociológico-religioso em uma perspectiva determinista, definindo uma ideia de raça pelo nascimento e pelo sangue e destituindo os direitos básicos de cidadania a várias pessoas que eram convertidas em "súditos do *Reich*", o que incluía não apenas judeus, como também foi expandida, por um Decreto administrativo datado de 14 de novembro de 1935, para incluir negros e ciganos, por exemplo.

A Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, proibia o matrimônio entre judeus e não-judeus, criminalizando relações sexuais entre aquelas pessoas, as quais eram consideradas "poluidoras da raça" (*Rassenschande*).

Importa anotar que essa perspectiva de antissemitismo não era mais uma perseguição por uma crença religiosa dissidente, mas sim uma afirmação empírica e biológica da condição de excluído social, pelo que, nada poderia transformar um judeu em alemão, de tal sorte que muitas pessoas alemãs, que nunca haviam praticado o judaísmo, por sua simples descendência ou carga biológica, inexoravelmente eram reconhecidos como desprovidos de cidadania.

No auge desse raciocínio, nos encontramos com a aceitação, em vários países, de Programas Eugênicos, como aconteceu não apenas nas propostas

14. LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho penal*..., op. cit., 84.

15. LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho penal*..., op. cit., 86.

jurídicas alemãs[16], mas também nas legislações estadunidenses[17] e encontrava simpatia até mesmo entre certas correntes científicas em potências democráticas, como é o caso da ampla difusão que recebeu no Reino Unido a obra de Francis Galton[18].

Na raiz de toda esta tendência jurídico-política, se encontrava a ideia de que o autor do delito era portador de uma disfunção que, como tal, gerava para o Estado razões e justificativas para a sua contenção.

O arrefecimento de tais tendências deterministas no plano do Direito só aconteceu no término da 2ª Grande Guerra, a partir do conhecimento mundial a respeito do holocausto, ou seja, do efeito concreto da aplicação prática, massiva e radical de tais perspectivas.

Mas a ciência não para. A verdade é que a cada breve avanço da ciência, ressurgem, com caráter de urgência, os discursos deterministas[19].

1.3. O renascimento do determinismo no ambiente neurocientífico

O estudo neurocientífico específico, se assim considerarmos pesquisas sobre os mecanismos neurológicos que estão por trás dos processos cognitivos, possui já mais de meio século[20]. Porém, parece que mais recentemente, as conclusões de tais estudos têm encontrado, por um lado, defensores muito dispostos e, por outro, um cenário político mundial fértil para fazer vicejar pretensões de afirmar outra vez sua intervenção sobre o Direito Penal.

Por um lado, os estudos de neurologia têm estado dedicados principalmente a utilizar seu clássico método empírico-causal para investigar as atividades

16. Sobre o tema veja-se BINDING, Karl; e HOCHE, Alfred. *La licencia...,* op. cit.
17. Edwin Black aponta que leis que impunham programas de eugenia racial foram implementadas em vários estados norte-americanos durante a primeira metade do Século XX. Veja-se, a respeito BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos*..., op. cit., p. 19-35.
18. O autor era adepto da eugenia como forma de seleção artificial, visando, por meio da reprodução seletiva com exclusão dos que considerava imperfeitos, a geração de uma super-raça humana. Confira-se em GALTON, Francis. *Inquiries into Human Faculty and Its Development*. London: McMillan, 1883.
19. Nesse sentido, o comentário de VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. "Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica". In: In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 226.
20. Cf. DELGADO GARCÍA, José M. "Hacia una neurofisiología de la libertad"..., op. cit., p. 9-10.

eletroquímicas do córtex cerebral relacionadas ao processo neurológico de tomada de decisões[21].

Embora se possa citar experimentos mais rudimentares prévios, levados a cabo pelo neurofisiólogo norte-americano William Grey Walter[22], em 1963, e pelos neurólogos Kornhuber e Deecke, na Alemanha, em 1965[23], o ponto de referência citado por muitos autores[24], como fonte das conclusões atualmente exploradas, é o experimento de Benjamin Libet, de descoberta do chamado *readiness potencial,* em 1979. Libet logrou demonstrar a ocorrência de a atividade cerebral prévia (em média, 0,8 segundos) à realização de determinados

21. Cf. idem, pp. 9-10.

22. Cf. RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad*. Barcelona: Crítica, 2009. p. 61.

23. Cf. ORTELS, Juan José; RUZ, María e DEL VALLE INCLÁN, Fernando. "Consciencia, inconsciencia y voluntad". In: MOLINA, Bajo; MELLERO, Fuente; CARILLO, Lupiáñez; CUERVA, Rueda (Coord.). *Mente y Cerebro*. Madrid: Alianza, 2016. p. 459 e RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad*..., op. cit., p. 59-60.

24. O experimento aparece referido, por exemplo, em DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "*Compatibilismo humanista*. Una propuesta de conciliación entre Derecho penal y Neurociencias". In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 24; HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y derecho penal". In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 46; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Derecho penal y Neurociencia. ¿Una relación tormentosa?" In: *InDret*, n. 2. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, abril de 2011. p. 4; PÉREZ MANZANO, Mercedes. "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia". In: *InDret*, n. 2. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, abril de 2011. p. 3; PÉREZ MANZANO, Mercedes. "El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión. Bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal". In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 106; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "La pregunta por la libertad de acción" In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 138; RUBIA, Francisco. "Neurociencia y Libertad". In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 185; WEI ER, Bettina. "¿Refutan las ideas de la neurociencia el concepto de culpabilidad del § 20 del Código penal?" In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 464; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Ciencia, libertad y Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 49 e ss. e FRISCH, Wolfgang. "Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad"..., op. cit., p. 26 e ss. Christian Jäger chega a citar que o próprio Libet se baseou em experimentos prévios de Kornhuber e Deecke, em 1965. Cf. JÄGER, Christian. "Libre determinación de la voluntad". In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 58.

movimentos voluntários[25]. Segundo aponta[26], demostrou-se que o potencial elétrico gerado pelo cérebro começa não só antes da realização do movimento voluntário, mas antes mesmo da própria percepção de tal voluntariedade.

Libet, no entanto, calculando o espaço de tempo entre o começo do *readiness potencial* e a consciência do movimento da mão, bem como o tempo entre esta e a efetiva realização do movimento, constatou existir também um *gap*, um espaço de 100 a 200 milissegundos nos quais se pode decidir se efetivamente se vai ou não levar a cabo a ação, uma espécie de *tempo para o veto da conduta*[27].

Por força disso, concluiu[28] que suas investigações não bastavam para afetar o conceito de livre arbítrio[29].

Ocorre que os experimentos de Libet foram amplamente repetidos, confirmados e aperfeiçoados[30] por vários diferentes neurocientistas, como Keller e Heckhausen[31], em 1990; Patrick Haggard e Martin Eimer[32] no Reino Unido, em 1999; pelo neurofisiólogo John-Dylan Heynes[33], do Centro Bernstein para

25. O processo é detalhadamente descrito pelo próprio Libet em LIBET, Benjamin. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action". In: *The Behavioral and Brain Sciences*, n. 8, 1985. p. 529 e ss., especialmente p. 529-534.
26. LIBET, Benjamin. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action". In: *The Behavioral and Brain Sciences*, n. 8, 1985. p. 529-530.
27. LIBET, Benjamin. "Do We Have Free Will?" In: *Journal of Consciousness Studies*, v. 6, n. 8-0, 1999. p. 45.
28. Cf. LIBET, Benjamin. "Do We Have Free Will?" In: *Journal of Consciousness Studies*, v. 6, n. 8-0, 1999. p. 51-52. Comentando la resalva de Libet véase, JÄGER, Christian. "Libre determinación de la voluntad"..., op. cit., p. 59 e 62.
29. JÄGER, Christian. "Libre determinación de la voluntad"..., op. cit., p. 56.
30. A informação aparece em JÄGER, Christian. "Libre determinación de la voluntad"..., op. cit., p. 58 e DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Compatibilismo humanista..., op. cit., p. 25. Para uma exposição detalhada dos experimentos de Travena e Miller, veja-se PÉREZ MANZANO, Mercedes. "El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión..., op. cit., p. 118-119.
31. Keller, I.; e Heckhausen, H. "Readiness Potentials Preceding Spontaneous Motor Acts: Voluntary vs. Involuntary Control". In: *Electroencephalography and clinical Neurophysiology,* n. 76, p. 351-361, 1990.
32. Haggard, Patrick; e Eimer, Martin. "On the relation between brain potentials and de awareness of voluntary movements". In: *Experimental Brains Research,* v. 126, 1999. p. 128 e ss.
33. SIONG SOON, Chun; BRASS, Marcel; HEINZE, Hans-Jochen e HAYNES, John Dylan. "Unconscious determinants of free decisions in the human brain". In: *Nature*

Neurociência computacional de Berlim em colaboração com membros do instituto Max Planck para ciências cognitivas e cerebrais humanas de Leipzig, em 2008; Judy Trevena e Jeff Miller[34], na Nova Zelândia, em 2010; Fried, Mukamel y Kreiman[35], em 2011 e Alvaro Pascual-Leone[36], com experimentos de estimulação transcraniana, em 2014.

Tais experimentos lograram comprovar que a tomada de decisões ocorre antes de sua percepção pelo agente, independente de se a vontade é de realizar ou não a ação e que tal processo tem lugar nos gânglios basais e se determina por ativação do sistema límbico[37]. Esse sistema se estende por muitas partes do cérebro e acumula as influências, memórias e experiências, constituindo o centro dos estados afetivos congênitos e do comportamento[38] e, inclusive, é responsável por selecionar o que vai ou não armazenar e o que vai ou não recuperar, chegando até a produzir mesclas capazes de falsear a própria memória[39].

Neuroscience, nº 11, 2008. p. 543 e ss. e HAYNES, John Dylan. "Decoding and predicting intentions". In: *Annals of New York Academy of Science,* v. 1224, 2011. p. 9 e ss.

34. Trevena, Judy e Miller, Jeff. "Brain preparation before a voluntary action: Evidence against unconscious movement initiation". In: *Consciousness and Cognition 19 Consciousness and Cognition*, v. 19, 1, p. 447-456, Mar. 2010.

35. FRIED, Itzhak; MUKAMEL, Roy; e KREIMAN, Gabriel. "Internally generated preactivation of single neurons in human medial frontal cortex predicts volition". In: *Neuron,* n. 69, p. 548-562, Feb., 2011.

36. Cf. TÚNEZ FIÑANA, Isaac; e PASCUAL LEONE, Álvaro. *Estimulación magnética transcraneal y neuromodulación. Presente y futuro en neurociencias*. Barcelona: Elsevier, 2014. Há uma breve descrição do experimento de Pascual Leone em RUBIA, Francisco. "Neurociencia y Libertad"..., op. cit., p. 186.

37. Cf. ORTELS, Juan José; RUZ, María; e DEL VALLE INCLÁN, Fernando. "Consciencia, inconsciencia y voluntad"..., op. cit., p. 442. Essa conclusão é especificamente explorada en termos penais em HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y derecho penal". In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 44 e HILLENKAMP, Thomas. "Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung". In: *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 7, ano 60, Mohr Siebeck, abril de 2005. p. 314.

38. Cf. ORTELS, Juan José; RUZ, María; e DEL VALLE INCLÁN, Fernando. "Consciencia, inconsciencia y voluntad"..., op. cit., p. 462. ROTH, Gerhard. "La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío". In: RUBIA, Francisco J. (Ed.). *El cerebro*: Avancers recientes en Neurociencia. Madrid: Editorial Complutense, 2009. p. 108.

39. A informação aparece detalhadamente em GAZZANIGA, Michael S. *El cerebro social.* Trad. Carlos Frade, Madrid: Alianza, 1993. p. 148 e RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad...,* op. cit., p. 71.

Esses recursos de memória são os primeiros consultados pelo cérebro – de forma inconsciente – no processo de tomada de decisões, na busca de *reconhecer* a situação vivida como algo que ocorreu antes, o que permite as reações instintivas e rápidas, tomadas frente a situações de perigo[40]. Assim, a memória tem a última palavra sobre a determinação de boa parte dos desejos, motivos e planos de ação, fora do âmbito controlável pela consciência e o mesmo acontece com a decisão tomada a partir de acudir a ela[41]. Ou seja, se a decisão é condicionada pela memória inconsciente, o conteúdo da decisão será igualmente inconsciente, portanto, incontrolável[42].

A partir de tais descobertas, passou a ser opinião comum no ambiente neurocientífico que a conduta é simples produto de processos neuronais causalmente determinados[43]. Ou seja, tanto os processos conscientes quanto os inconscientes são gerados nos gânglios basais e no sistema límbico, por determinadas ativações eletroquímicas, pelo que têm origem completamente determinada.

1.4. A passagem do discurso clínico para o discurso jurídico (neurociência, liberdade e violência)

Foram essas conclusões neurocientíficas que inspiraram, primeiramente, os próprios cientistas naturais, depois alguns filósofos e juristas a defenderem a ideia de que o modo de abordagem das questões centrais do Direito Penal deveria ser revisto segundo os cânones deterministas redivivos.

O argumento central aceito por eles é de que se a tomada de decisões (liberdade) é causalmente determinada por aspectos inconscientes, a tomada de decisão em favor da realização de atos violentos igualmente será.

Claro está que, ao dotar de fontes deterministas a liberdade de tomada de decisão e, logo, a realização da decisão em um ato violento, estar-se-ia

40. Cf. RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad...,* op. cit., p. 71.

41. Idem.

42. Nesse sentido, RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad...,* op. cit., p. 14.

43. Essa é a avaliação do cenário feita por Jakobs em JAKOBS, Günther. "Individuo y persona". In: *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad.* Madrid: Thomson-Civitas, 2008. p. 169-170. Um bom exemplo dessa opinião é o prêmio Nobel, Francis Crick, que sustenta que "você, suas alegrias e suas penas, suas memórias e suas ambições, seu sentido da identidad pessoal e seu livre arbítrio não são de fato mais que a conduta de uma vasta assembléia de células nervosas e das moléculas a elas associadas" CRICK, Francis. *La búsqueda científica del alma.* Trad. Francisco Páez de la Cadena, Madrid: Debate, 1994. p. 3.

implicitamente pretendendo para as ciências naturais uma apropriação do enfrentamento da questão central do Direito penal, que seria precisamente o castigo pela opção a favor da realização violenta.

1.4.1. A liberdade segundo o postulado neurocientífico

No que refere especificamente à liberdade, os neurobiólogos têm sustentado simplesmente que ela não tem existência empírica, porque a liberdade de vontade exige como pressuposto autores autônomos e capazes de autodeterminação, providos de vontade própria que lhes permitam tomar decisões e orientar ações segundo tais decisões e os experimentos neurocientíficos teriam demonstrado que, ainda que o homem tenha a sensação de estar decidindo sobre suas ações, tal tomada de decisões já foi feita por sua rede neuronal quando chega a ser percebida[44].

Importa ter em conta que já não se trata de colocar em dúvida a concepção de liberdade, mas o que se faz é negá-la diretamente, conforme revelam as posições mais destacadas dos professores Wolf Singer, Wolfgang Prinz e Gerhard Roth.

Gerhard Roth, catedrático de biologia da Universidade de Bremen, considera que "a aparição de estados de consciência é precedida de processos inconscientes muito determinados"[45] e "o ato voluntário aparece depois que o cérebro já decidiu que movimento levará a cabo"[46]. Com isso, entende demonstrado que "nossa sensação de que temos pensamento consciente e que somos senhores de nossas ações é somente uma ilusão"[47]. Por isso, para ele, o Direito Penal baseado na ideia de culpa, focada em livre arbítrio, contraria todas as descobertas das neurociências, havendo uma necessidade urgente de reforma da legislação e do sistema jurídico de responsabilidade, bem como uma nova definição de culpabilidade[48].

---

44. Cf. ORTELS, Juan José; RUZ, María e DEL VALLE INCLÁN, Fernando. "Consciencia, inconsciencia y voluntad"..., op. cit., p. 459; GAZZANIGA, Michael S. *El cerebro social...,* op. cit., p. 100-101 e CRICK, Francis. *La búsqueda científica del alma...,* op. cit., p. 332.
45. Cf. ROTH, Gerhard. *Fühlen, Denken, Handeln*. Wir das Gehirn unser Verhalten steuert. Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 251.
46. Cf. ROTH, Gerhard. *Fühlen, Denken, Handeln*. Wir das Gehirn unser Verhalten steuert. Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 523.
47. ROTH, Gerhard. *Aus Sicht des Gehirns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009. p. 180.
48. As propostas aparecem em ROTH, Gerhard. *Aus Sicht des Gehirns*..., op.. cit., p. 204 e ROTH, Gerhard. "Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie". In:

Por sua vez, Wolfgang Prinz, diretor do Instituto Max Planck de ciências cognitivas e cerebrais humanas de Leipzig, afirmou que a *liberdade de vontade* é uma completa ficção, já que não pode ser cientificamente demonstrada desde um ponto de vista psíquico, constituindo uma quimera equivalente a falar de um unicórnio dentro do plano da zoologia. Prinz concebe o querer como algo completamente determinado desde o ponto de vista físico. Por isso, afirma que "não fazemos o que queremos, mas sim queremos o que fazemos"[49].

Para Wolf Singer, diretor do Instituto Max Planck para a Pesquisa do Cérebro em Frankfurt am Main, "a suposição de que fossemos totalmente responsáveis do que fazemos, porque também poderíamos ter atuado, então, de outro modo, resulta insustentável desde o ponto de vista da neurobiologia"[50]. E, conclui, de modo contundente, que "devemos parar de falar de liberdade"[51].

1.4.2. A violência segundo o postulado neurocientífico

Afirma-se desde as fileiras das neurociências existir comprovação de que os criminosos violentos e as pessoas com personalidade agressiva frequentemente possuem déficits em áreas específicas do cérebro, especialmente nas regiões límbicas, e que tais déficits são capazes de afetar o controle sobre os estados afetivos e emocionais[52].

Uma boa síntese de opinião neurocientífica, em sua fórmula mais acérrima sobre a violência, vem expressa no livro *Anatomy of Violence*, de Adrian

---

DÖLLING, Dieter (Ed.). *Jus humanum-Grundlagen des Rechts und Strafrecht*. estschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Gebundene Ausgabe – 25. November 2003. Berlin: Dunker & Humblot, 2003. p. 43 e ss.

49. "Wir tun nicht was wir wollen, sondern wir wollen was wir tun". Cf. PRINZ, Wolfgang. "Freiheit oder Wissenschaft?" In: CRANACH, Mario von; FOPPA, e Klaus (Ed.). *Freiheit des Entrscheidens und Handelns, Ein Problem der nomologischen Psychologie*. Heidelberg: Asanger, 1996. p. 98.

50. SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild? Gespräche* über *Hirnforschung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 12, 20, 42 e 58 e ss. para um comentário sobre as ideias de Singer, veja-se HILLENKAMP, Thomas. "Strafrecht ohne Willensfreiheit?..., op. cit., p. 313.

51. A frase é citada por HILLENKAMP, Thomas. "Strafrecht ohne Willensfreiheit?..., op. cit., p. 314.

52. MERKEL, Grisha; e ROTH, Gerhard. "Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe". In: GRÜN et al. (Org.). *Entmoralisierung des Rechts*. Maßstäbe der Hirnforsuchung für das Strafrecht. Göttingen: Vanderhoeck & Ruprecht, 2008. p. 68 e GAZZANIGA, Michael S. *El cerebro social...,* op. cit., p. 100.

Raine[53], professor da Universidade de Southern California, que propôs recentemente uma série de medidas de controle preventivo da violência a partir de características neurocientíficas, dirigido inclusive a crianças. O autor não disfarça as conexões com o passado.

Seu livro retoma perigosas categorias como a dos *criminosos natos*[54], prega abertamente que o crime necessita de uma *cura*[55] e chega ao ápice ao propor o que imagina ser o cenário ideal do desenvolvimento das aplicações neurocientíficas para os próximos anos.

Propõe, para o futuro, o desenvolvimento de um programa de rastreamento de criminosos que denomina L.O.M.B.R.O.S.O. (*Legal Offensive on Murder: Brain Research Operation for the Screening of Offenders*)[56], segundo o qual todos os homens com 18 anos ou mais deverão comparecer a um hospital para realizar exame de imagem cerebral e testes de DNA para detecção de tendência à violência, mesmo que não tenham cometido crime algum. Segundo o programa, os que apontarem tendência para a violência deverão repetir o teste anualmente.

O autor chega a imaginar a possibilidade dos avanços dos programas para prevenção de crimes controlando inclusive crianças com uma N.C.S.P. *(National Child screening Program)*[57].

Como Hassemer[58] já tinha advertido quanto ao conteúdo, estratégia e retórica, a discussão sobre neurociências recorda exatamente o modelo lombrosiano.

---

53. Trata-se de RAINE, Adrian. *The Anatomy of Violence.* The biological roots of crime. New York: Vintage Books, 2014. Há, porém, no próprio ambiente neurocientífico, dissidências de tal opinião, como é o caso de Michael Gazzaniga, que afirma que persiste o fato insuperável de que nem todos aqueles que parecem de lesões ou distúrbios idênticos realizam atos violentos, o que vai francamente contra uma tomada de decisão a favor da utilização dos conhecimentos neurocientíficos para o estabelecimento de pautas de responsabilidade por atos violentos. Veja-se em GAZZANIGA, Michael S. *El cerebro social...,* op. cit., p. 106.
54. Cf. RAINE, Adrian. *The Anatomy of Violence...,* op. cit., p. 182 e ss.
55. RAINE, Adrian. *The Anatomy of Violence...,* op. cit., p. 273 e ss.
56. RAINE, Adrian. *The Anatomy of Violence...,* op. cit., p. 341 e ss.
57. RAINE, Adrian. *The Anatomy of Violence...,* op. cit., p. 345 e ss.
58. HASSEMER, Winfried. "Neurociências e culpabilidade em Direito penal". In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e Direito penal*. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2. No mesmo sentido, as fortes advertências de Aniyar de Castro, Lolita. "El regreso triunfal de Darwin y Lombroso: las diferencias humanas en la criminología angloparlante presente en los simposios internacionales de criminología de Estocolmo". In: *Capítulo Criminológico*, v. 36, n. 4, Oct.-Dez. 2008. p. 11.

1.4.3. Uma pretensão de domínio do ambiente jurídico

O discurso empregado faz denotar que a aproximação dos neurocientistas ao saber penal não foi cuidadosa nem superficial. Muito pelo contrário, o que se propôs foi um câmbio radical de perspectiva.

Gazzaniga[59] diz, sem travas, que o propósito é de que algum dia o assunto neurocientífico domine completamente o sistema judicial, com uma matriz determinista absoluta de corte eminentemente *lombrosiano*.

Ou seja, está clara a pretensão de alterar o funcionamento dos mecanismos do ambiente jurídico no que refere à decisão sobre quando reconhecer a responsabilidade penal e que consequência tal reconhecimento gera.

A recuperação dessas perspectivas, recentemente, no momento que o mundo vive hoje, de uma crescente intolerância maniqueísta e um recrudescimento das diferenças e dos preconceitos induz a pensar em que medida as "revelações científicas sobre o cérebro", não são outra coisa além de uma nova roupagem para um velho discurso[60].

E o mais curioso – se não fosse trágico – é que o discurso determinista neurocientífico tem encontrado receptividade em alguns juristas, que aderem sem travas à tal recrudescente perspectiva. Bom exemplo disso é o escrito conjunto de Merkel e Roth[61], no qual ambos criticam como arbitrária a falta de aceitação uniforme das conclusões científicas sobre aspectos internos congênitos e externos estruturais sobre os neuromoduladores pelos Tribunais. Consideram necessário abolir considerações metafísicas sobre liberdade e buscar alternativas ao princípio de culpabilidade no âmbito dos fins da pena[62]. Nesse sentido, defendem que seria necessário que o sistema penal oferecesse um amplo leque de medidas de tratamento (leia-se *medidas de segurança*) baseadas em periculosidade[63].

---

59. Cf. GAZZANIGA, Michael S. *El cerebro ético*. Trad. Marta Pino Moreno, Barcelona: Espasa, 2015. p. 100.
60. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "La pregunta por la libertad de acción"... op. cit., p. 142.
61. Véase MERKEL, Grisha. "Hirnforschung, Sprache und Recht". In: PUTZKE *et al.* (Org.). *Strafrecht zwischen System und Telos*. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 21 e ss. MERKEL, Grisha; e ROTH, Gerhard. "Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe"..., op. cit., p. 74.
62. MERKEL, Grisha. "Hirnforschung, Sprache und Recht"..., op. cit., p. 30 e ss. e MERKEL, Grisha; e ROTH, Gerhard. "Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe"..., op. cit., p. 77, 79 e 83.
63. Cf. MERKEL, Grisha. "Hirnforschung, Sprache und Recht"..., op. cit., p. 30 e ss. e MERKEL, Grisha; e ROTH, Gerhard. "Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe"..., op. cit., p. 91.

O perigo de tais medidas já foi denunciado pela doutrina, que vem se dando conta da reaproximação entre prisão e hospital, pois o *Neuroenchancement* já não se limita aos neurofármacos capazes de melhorar as faculdades emocionais e motivacionais do cérebro, mas chega à estimulação magnética transcraniana, foto-estimulação como forma de lograr controle cerebral, manipulação da memória e várias outras que não só podem curar enfermidades, senão também modular e controlar o raciocínio, independentemente de qualquer legitimidade jurídica[64], podendo chegar a "[...] fazer ressonâncias magnéticas em todos os suspeitos, e internar a todos os criminosos potenciais, da mesma maneira como se interna os portadores de enfermidades contagiosas"[65].

Como referiu Klaus Günther[66],

> [...] se a conduta delitiva é causada por processos cerebrais sobre os que se pode influir, por que deveria a sociedade esperar até que o delito se cometa? Por que não ter um encefalograma geral de todos os cidadãos, de modo que pudesse individualizar-se quem possui uma predisposição ao comportamento delitivo para assim aplicar o tratamento que modifique o seu cérebro? Isto levaria a um amplíssimo controle social e a ulteriores restrições de liberdade individual[67].

Não se pode negar que, em alguma medida, isso já está acontecendo, afinal, em 2003, foi aprovado o *Criminal Justice Act* 224A e 225 na Inglaterra e País de Gales, que permitiu as chamadas IPPs, (*indefinite public protection*), consistente em uma sentença adicional para quem tenha sido considerado com alta probabilidade de reincidência quando sua sentença expire. O Ato entrou em vigor em 2005 e esteve vigente até 2012. Sistema equivalente também foi implantado para menores de 18 anos (*Criminal Justice Act* 226). O sistema só deixou de operar em 2010 devido a um relatório dos inspetores de

64. Cf. MERKEL, Reinhard. "Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentales conditio humana und strafrechtliche Grenzen". *ZStW*, n. 121/4, 2009. p. 919-953. A aproximação recente entre prisão e hospital é também denunciada por Wacquant (WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 177 e ss.).

65. A conclusão crítica é utilizada por Aniyar de Castro, Lolita. "El regreso triunfal de Darwin y Lombroso..., op. cit., p. 20.

66. GÜNTHER, Klaus. "Acción voluntaria y responsabilidad criminal". In: *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Thomson-Reuters, 2012. p. 127.

67. Idem, p. 127. Essa é exatamente a proposta de Raine em RAINE, Adrian. *The Anatomy of Violence...,* op. cit., p. 341 e ss.

estabelecimentos prisionais, que concluíram que os cárceres chegavam a uma insustentável superpopulação. Quando as IPPs foram abolidas pelo *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act*, ao redor de 6.000 detentos ainda remanesceram presos sob justificativa de proteção pública.

Do mesmo modo, a Espanha retomou a prisão perpétua sob o eufemismo de *prisión permanente revisable*, da qual só se logra sair, mediante um diagnóstico positivo de personalidade, uma prognose favorável quanto à reiteração do crime e a reinserção social.

Nesse cenário, não se pode afirmar com certeza que estariam descartadas as punições que visam excluir consequências negativas a todo custo, como as esterilizações e castrações em delitos sexuais, tratamentos médicos debilitantes em delinquentes violentos, intervenções cirúrgicas no cérebro, lobotomias, e um longo etc., que guarda estreita similitude com as posturas amplamente praticadas nos campos de refugiados e prisioneiros pelas ditaduras mais cruéis do século passado[68].

Em resumidas contas, a proposta neurocientífica compreende: a) trocar pena por medida de segurança; b) bases de culpabilidade pelo critério de periculosidade; e c) controle social da criminalidade exercido já não pelo âmbito jurídico, mas pelo âmbito neurocientífico.

Tudo isso é derivação de uma presunção de inexistência da liberdade.

Ou seja, a partir da afirmação de que não há liberdade, que a sensação de liberdade é algo determinado causalmente por descargas elétricas cerebrais, deriva a conclusão de que a opção pela violência é igualmente predeterminada. Pretende-se, a partir daí, uma reorganização do direito, direcionada ao controle de tal violência, que parta de dar por sentado o perfil determinista.

2. Liberdade

A liberdade é fórmula necessária para a convivência entre os seres humanos, especialmente a partir de sua relação com as normas jurídicas que pretendem regular as condutas no âmbito social.

Portanto, quando se verifica um crescimento de discursos críticos à própria existência da liberdade, há um convite implícito aos juristas para que reflitam sobre o que houve com ela. Vale dizer: o que foi feito com a liberdade, a ponto

68. O comentário é de HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y derecho penal". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 52.

de expô-la a um risco de aniquilação a partir da incorporação jurídica do discurso neurocientífico?

Se o fim da liberdade for decretado, igualmente será decretado o fim do direito, especialmente do Direito Penal, já que não haverá qualquer sentido nas regulações de caráter punitivo por violação de normas. Afinal, se tal resultado é pré-condicionado por fatores causais, estes, e não a reflexão jurídica, é que serão essenciais. Chegar-se-ia ao reconhecimento da necessidade de substituição dos juízes por neurologistas e psiquiatras.

Restam, nesse quadro, duas perguntas a responder: como se chegou até essa situação? É possível revertê-la?

2.1. Um projeto equivocado para a liberdade

À primeira pergunta pretende-se responder afirmando que o projeto iluminista de realização da liberdade plena foi entregue nas mãos erradas e, por isso, tendeu ao naufrágio.

Ainda que se pudesse fazer essa análise e tentar demonstrar essa tese, a partir de distintos pontos de vista, pretende-se fazê-lo mediante uma investigação sobre as relações entre liberdade e direito, já que um câmbio radical do alcance jurídico é exatamente aquilo que se propõe desde as fileiras das neurociências. Ademais, a liberdade é algo implicado nas raízes da própria existência do direito.

2.1.1. A liberdade como contraposição ao direito: o mecanismo jurídico como fórmula de opressão organizada

Como existe a experiência humana em primeira pessoa a respeito da capacidade de realização de uma ação, sempre se tomou o exercício da liberdade como objeto de espontaneidade. Parte-se de que o homem, institivamente, faz o que quer, orienta suas ações conforme um desejo interno e privado, um *princípio interno de movimento* o inclina a agir segundo uma finalidade imanente[69]. Toma-se como dado natural a existência de uma vontade ou querer e, consequentemente, o controle dos estágios da ação intencional, a partir simplesmente de seu oposto: a falta de compulsão ou determinação.

Por outro lado, a sociabilização do homem, desde suas origens, foi construindo limites à essa experiência de liberdade absoluta. Vale dizer: na medida

69. ISRAËL, Nicolas. *Genealogia do Direito moderno*. O estado de necessidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 10.

em que se organizou a vida humana em interrelações, as pessoas passaram progressivamente a estabelecer regras de convivência e, principalmente, noções de pertencimento que foram tolhendo o campo de afirmação da individualidade e, com ela, da liberdade em sentido absoluto. Somente dessa forma seria possível a formação dos grupamentos humanos para além do que permite a influência direta dos líderes de grupo. Ou seja, para a formação organizada de grandes grupos humanos, a solução teria que ser a adoção de uma ficção: a ficção da norma, do mito, enfim, da convenção[70].

A forma de delimitação do que chega a ser a liberdade e o próprio fato de que seja possível falar dela, deriva do contraponto entre a experiência interna de poder dar vazão a pretensões e a limitação externa da aceitação de limites a tal vazão. Esses limites são estabelecidos por normas que nos permitem conviver.

Essas normas de convivência começam pela formação dos mitos, de origem religiosa e, quando atingem forma institucionalizada, alcançam a estrutura de *direito*[71]. Resulta fundamental entender que o direito é tão somente uma ficção e não uma realidade empírica.

As instituições jurídicas foram se constituindo tratando precisamente de utilizar o instrumental normativo como fórmula de delimitação do exercício da liberdade plena. Para percebê-lo basta ter em conta que a liberdade jurídica se expressa de forma negativa, ou seja, utilizando as ideias de ordenado, proibido e permitido. Permitido é o que não está nem ordenado nem proibido, pelo que, nem tudo está permitido, há limites. Esses limites consistem precisamente no que é ordenado, que é tudo o que devemos fazer sob pena de sofrer sanção e o proibido é tudo o que se deve omitir sob pena de sofrer uma sanção.

O surgimento da ideia de lei enquanto norma, surgiu naturalmente como uma fórmula de convivência, de origem religiosa ou mística, praticamente como uma consequência direta e necessária da própria existência das crenças, vinculando as pessoas[72].

Portanto, desde as primeiras formulações normativo-jurídicas, a liberdade se pôs em plano antagônico ao direito. As normas, assim, eram expressão de imposição e limitação do que se pode ou não fazer.

70. A isso refere Harari em HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*. Uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcantonio, Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 35-36.

71. Cf. HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*. Uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcantonio, Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 36.

72. Nesse sentido, COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 13. ed. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1971. p. 205.

O homem reconhecia, de entrada, sua submissão a um poder maior – frequentemente vinculado ao caráter religioso – e se submetia voluntariamente a cumprir determinadas obrigações para receber o favor do deus. De regra, tais normas tinham por fonte quem era reconhecido como mais próximo do Deus, mais valoroso, seja o soberano ou o sacerdote[73].

O direito formou-se como o veículo de imposição de vontade e compressão da liberdade. Ou seja, em sua conformação inicial, o direito representou o instrumento de realização da antítese da liberdade.

Isso fica bem claro em *A cidade Antiga* de Fustel de Coulanges[74], ao referir-se o autor à civilização grega onde o Estado controlava simplesmente tudo por meio de suas regras. Não apenas a situação social de cada pessoa, sua educação, suas posses e, inclusive, suas crenças. Simplesmente não se conhecia liberdade em nenhum aspecto da vida privada. A autoridade do Estado se impunha com caráter quase divino. O Estado tinha um direito de justiça sobre os cidadãos. Podia castigar alguém ainda que não fosse culpado, e só porque assim aconselhava seu interesse[75].

Tomás de Aquino afirmava que se deve presumir a liberdade do ser humano, pois, se não for assim, seriam inúteis conselhos, exortações, preceitos, proibições e inclusive prêmios e castigos[76].

Igualmente, Santo Agostinho[77] considerava a liberdade um atributo da vontade.

Essa mesma ideia de livre arbítrio que punia o pecado sustentava a punibilidade da transgressão jurídica.

A liberdade, então, deixa de ser uma expressão livre para converter-se em livre escolha dos seres humanos frente às normas, constituindo-se em um

73. Cf. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 13. ed. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1971. p. 188 e ss.

74. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 13. ed. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1971. p. 236 e ss. Também em BRANDÃO, Claudio. "O Direito no pensamento jurídico medieval". In: BRANDÃO, Cláudio Brandão; SALDANHA, Nélson; FREITAS, Ricardo (Coord.). *História do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

75. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...,* op. cit., p. 405.

76. AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira et al. São Paulo: Loyola, 2005. v. I. q. 83. a. 1.

77. SANTO AGOSTINHO. *Diálogo sobre o livre-arbítrio*. Ed. bilíngue latim-português. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001. p. 239.

elemento positivo tão somente enquanto ajustada aos preceitos religiosos e/ou jurídicos. A mesma construção de caráter religioso que foi justificando a imposição pelas normas na antiguidade, persistiu na Idade Média, onde o Direito Canônico oferecia um discurso de justificação para a imposição do castigo derivado de sua violação, consistente na escolha livre (livre arbítrio) de ofender a Deus. Por essa via se introduz, no Direito Penal, o livre arbítrio religioso e a culpa que deriva do pecado, obediente à fórmula de um direito natural, como justificação para a imposição – ainda arbitrária – do castigo penal[78].

Paralelamente à construção de uma culpa penal, as fontes das normas se multiplicam na medida exata em que se multiplicam as razões de pertencimento.

O pertencimento a grupo traduzia a força necessária para sobreviver em um mundo onde a regra era a imposição pela força.

As identidades sociais do período medieval não são únicas, mas múltiplas. A fragmentação provocada pela derrocada do Império Romano permitiu a dissolução do pertencimento e o homem medieval pertencia já não mais somente a um lugar (uma terra, ou gleba)[79] exclusivamente, mas também a uma religião específica (pois havia a possibilidade politeísta, ainda que com a prevalência do catolicismo), a um grêmio profissional ou guilda (dos pedreiros, carpinteiros etc.) que compunham sua identidade[80].

A submissão voluntária aos rituais (normas) do grupo, que constituíam a representação do poder, era algo muito menos gravoso para o indivíduo do que ter que defender-se só da violência[81]. O homem não via a si mesmo como uma

78. Sobre essa conexão histórica, veja-se, enciclopedicamente ASÚA, Luíz Jiménez. *Tratado de Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. v. V. p. 108 e ss.

79. O pertencimento do servo à gleba deriva do processo de feudalização que sucede a derrocada do Império Romano, com a semi-escravização derivada da guerra, que vinculou o homem à terra do conquistador, a qual só poderia ser abandonada por uma benção autorizativa. Cf. BRANDÃO, Claudio. "O Direito no pensamento jurídico medieval"..., op. cit., p. 137.

80. Essas múltiplas identidades, no mundo de hoje, são compendiadas no Estado, tal como refere Elias, em ELIAS, Norbert. *A sociedade de indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 102, ao referir que "as funções relativas à proteção e ao controle do indivíduo, previamente exercidas por pequenos grupos, como a tribo, a paróquia, o feudo, a guilda ou o Estado, vai se transferindo para Estados altamente centralizados".

81. A violência é aqui um contraponto do poder, no sentido *antifoulcaultiano* preconizado por Hannah Arendt em ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. especialmente p. 60-74.

personalidade autônoma, mas sim como o membro de um grupo, no qual tinha um papel a cumprir que era seu objetivo e sua realização.

2.1.2. A liberdade como projeto. O ideal de conversão do direito em um aliado da liberdade

A quebra de paradigma do direito que trata de converter a liberdade de prisioneira do direito à condição de meta a ser alcançada, começa com as ideias liberais e individualistas do Iluminismo, associadas à secularização, que tem por eixo uma fórmula de liberdade individual[82].

A liberdade deixa de ser uma justificativa de imposição do castigo e passa a interessar como meta de realização do próprio direito. O direito deve deixar o papel de instrumento de imposição de poder em troca do papel de garantidor da liberdade individual[83].

Esse é o projeto iluminista para o direito.

Enquanto que a liberdade natural como atributo da vontade é uma *faculdade* ou *poder atuar de outro modo*, a liberdade jurídica é simples *direito* ou *autorização*. Estar autorizado a fazer algo é ter *direito* de proceder de determinada maneira. Liberdade como atributo de vontade é o poder de expressão livre, mas a liberdade jurídica é uma fórmula intersubjetiva de convivência.

No entanto, afirma-se impossível o exercício da liberdade natural sem aniquilação mútua[84], o que permite justificar a concessão de parte dessa liberdade para realizar o máximo possível dela[85], dentro do quadro do direito. Novamente se trata de uma submissão à liberdade possível. Porém, desta feita, o caráter libertário do Iluminismo pretende utilizar precisamente o direito como veículo emancipatório do homem e realizador de sua liberdade.

É possível identificar a *liberdade jurídica* proposta pelos contratualistas como uma espécie de delimitação da fórmula de liberdade natural, considerada

82. Segundo Rouanet, "caberia à Ilustração, levando adiante os fermentos individualizadores da Renascença, liberar plenamente o indivíduo, extraindo-o da matriz coletiva". ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 15.

83. "A autonomia política consistia para a Ilustração na liberdade de ação do homem no espaço público". ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*..., op. cit., especialmente p. 17.

84. Veja-se HOBBES, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2014. especialmente, p. 143-148.

85. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Librairie Générale Française, 2011. p. 79.

destrutiva a partir de certos limites. Pretende-se garantir, pelo direito, a possibilidade de atuar livremente, apenas vedando-se tal exercício frente àquilo que o direito proíbe.

Inverte-se a lógica. Já não se trata de um direito que visa dizer o que fazer, mas de um direito que parte de admitir que se pode fazer tudo, exceto aquilo que ele proíbe de modo expresso.

A liberdade jurídica é a faculdade de fazer ou não tudo o que não está ordenado ou proibido.

O marco desse novo papel para o direito – veículo de afirmação da liberdade – tem em Beccaria seu referente mais relevante. É no *Dei delitti i delle pene* que se afirma que toda pena e todo ato de autoridade que não derive de absoluta necessidade é tirânica e que o exercício do direito a castigar só pode ser exercido para defender a população em geral da usurpação particular[86].

Por outro lado, ainda que siga a liberdade pensada como livre arbítrio, o homem começa a fundar as razões do controle jurídico na sua própria, e não mais no paradigma religioso. O motivo pelo qual decido é a razão e não a submissão à crença[87]. Nem por isso abandona a ideia de que se presume livre para decidir sua conduta com base na tomada de decisões, em escolher seu próprio destino. Por isso, não obstante a pretensão de cientificidade, a responsabilidade não perde sua justificativa metafísica.

Ocorre que os ideais iluministas incluíam a busca da verdade por um método científico e um rigor filosófico, que levaram à ideia de autonomia a associar-se à de liberdade[88].

Produto dessa época, Immanuel Kant[89] entendia a liberdade precisamente como o exercício da autonomia baseada na razão, com o que, o exercício da

86. BECCARIA. *Dei delitti i delle pene*. Ed. compilada por Renato Fabietti, Milano: Mursia, 1973. p. 8.

87. "A autonomia intelectual estava no cerne do projeto civilizatório da Ilustração. O objetivo básico era libertar a razão do preconceito, isto é, da opinião sem julgamento. Até então, a inteligência humana tinha sido tutelada pela autoridade, religiosa ou secular. [...] Tratava-se de sacudir todos os jugos que tolhiam a liberdade de pensar, de desprender a razão de todas as custódias [...]". ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade...,* op. cit., p. 16.

88. "Donde a importância crucial da educação, única forma de imunizar o espírito humano contra as investidas do obscurantismo. Donde a importância da ciência, que substituía o dogma pelo saber [...]". Idem.

89. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Abril cultural, 1974. p. 238.

liberdade dependia precisamente de liberar o ser humano da superstição e dos falsos conhecimentos para que ele possa conduzir livremente segundo a razão moral adequada.

2.1.3. O confinamento científico da liberdade

Ocorre que entre as muitas pretensões do Iluminismo, ao menos uma derivou em um fragoroso equívoco que quiçá tenha sido precisamente o ponto de naufrágio do projeto para a liberdade: a crença que a razão residia na ciência.

A ideia de livrar-se das crenças religiosas tinha o claro objetivo de valorização da condição humana do indivíduo, por um lado evitando o pertencimento que, implica, necessariamente submissão a regras de grupo e, por outro, afastando-se das justificações místicas em favor da justificação racional.

Entretanto, o avanço do cientificismo antropocêntrico que brotou do próprio Iluminismo, viu crescer exponencialmente a importância das ciências e seus postulados na estruturação de tudo o que pudesse ser apresentado como racional.

Acreditou-se que as ciências seriam capazes de servir de veículo de realização do projeto iluminista como um todo.

Particularmente para o Direito Penal, isso significou algo que a doutrina normalmente trata como uma *superação* dos conceitos formais e materiais de crime, em favor de um conceito analítico[90].

Adotar esse modelo para a explicação do crime significava, por um lado, dar-lhe perfil de ciência, pela adoção do método analítico[91], o que terminava

90. Veja-se, a respeito, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 187-189. No Brasil, por todos, DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 394-397.

91. Análise é o método de decomposição do todo em partes e o consequente estudo das partes como forma de compreender o todo. Perceba-se que é exatamente isso o que faz Von Liszt, no seu Tratado da virada do Século XIX para o XX, ao tentar descrever o modo pelo qual se deve estudar o crime. O autor propunha examinar o conteúdo do "fato criminoso" e descrever, detalhadamente, suas características, que, a seu ver, deveriam ser as características de ser um ato humano, que fosse contrário ao direito, e que fosse culpável. Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1999. v. II. p. 262-253. Perceba-se que a abordagem própria da teoria do delito segue sendo essa, pois ainda se realiza, majoritariamente, um estudo do crime, buscando "as características comuns que deve ter qualquer conduta (ação ou omissão), para ser considerada delito", como referem MUÑOZ CONDE, Francisco

completado pela própria incorporação de conceitos próprios de ciências naturais, como um conceito de ação da física *newtoniana* e um conceito psicológico de culpabilidade[92].

Como bem refere Roxin, "o pensamento naturalista do final do século XIX, que tentava reconduzir todos os conceitos jurídicos a dados empíricos explicáveis pelas ciências naturais"[93].

Havia uma crença cega em que a ciência seria capaz de resolver todos os problemas da humanidade e que a ciência emanciparia o homem, devolvendo-lhe finalmente a liberdade perdida na bruma dos tempos.

Mas não foi assim.

A liberdade não fez mais que trocar de algoz, remanescendo prisioneira.

Prisioneira, em primeiro lugar, do modelo das ciências – não apenas as naturais, mas todas as classes de ciências – que aspiram a uma pretensão de afirmação do binômio verdade/falsidade e operam na dinâmica do absoluto.

As primeiras fórmulas de teoria do delito, procuraram uma fórmula de descomposição do fenômeno delitivo em elementos mais básicos de estudo e, trataram de incorporar, na medida do possível, concepções cientificamente afirmadas.

Uma delas era a ideia de vinculação entre o físico e o psíquico.

Ofereceu-se, com isso, um *locus* para a ideia de liberdade dentro da estrutura da teoria do delito, reduzindo seu âmbito de importância. Esse papel foi representado pela culpabilidade, com clara inspiração na psicologia, entendida como vínculo psicológico entre o autor e seu fato delitivo, a relação subjetiva entre o sujeito e seu resultado[94]. Vale dizer, o sujeito é livre para querer ou não

---

e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte General..., op. cit., p 187-189. No Brasil, por todos, DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*. Parte Geral..., op. cit., p. 394-397. Metodologicamente, segue sendo a mesma fórmula levada a cabo por Darwin ao estudar a vida desde um ponto de vista puramente biológico, em cujas conclusões chega a definir a origem das espécies como única, a partir dos estudos das variantes de todas as suas ramificações. Veja-se DARWIN, Charles. *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*. London: John Murray, 1859. especialmente o conclusivo capítulo XV.

92. Perceba-se que, para von Liszt, a ação era "casua voluntária ou não impeditiva de uma modificação do mundo externo" e a culpabilidade "relação subjetiva entre o ato e o autor". LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*..., op. cit., p. 297 e p. 388.

93. ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Algemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munchen: Beck, 2006. p. 855.

94. LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*..., op. cit., p. 387-388.

o resultado e essa é uma questão a ser dirimida por apenas um dos elementos do conceito analítico de crime.

Tanto é assim que autores como Beling associavam a reprovação jurídica a uma *livre* determinação psíquica. Dizia ele:

> Para reprovar um homem por seus atos e, em conseqüência, castigá-lo, é indispensável que aqueles sejam a expressão de sua própria personalidade, pela qual ele responde, como dono de seu atuar; que seu atuar seja a expressão de uma espontaneidade existente nele (autodeterminação) conforme à qual ele poderia decidir por ou contra a ação[95].

Rapidamente (no primeiro quarto do Século XX), a influência da concepção de uma dualidade científica converteu o conceito puramente psicológico de culpabilidade em outro, capaz de incorporar um perfil normativo[96], no sentido de reprovabilidade (*Vorwerfbarkeit*). O dolo e a culpa (antes formas) passaram a constituir somente um elemento a mais na culpabilidade, que se complementava agora com a imputabilidade e um espaço para a discussão do limite de exigência que se pode impor ao sujeito para a obediência à norma cujo conteúdo tenha compreendido.

Convém notar aqui que a discussão sobre a liberdade começa a ser relegada a um âmbito normativo, como juízo de reprovação em face das possibilidades de exigência de um comportamento ajustado à norma, ainda que seja concorrentemente relevante a pretensão do sujeito.

A culminação do modelo de reprovação alcança um zênite na conversão total da culpabilidade em um elemento normativo da teoria do delito, por meio da quebra do *dolus malus* promovida pelo finalismo, especialmente em Welzel. Ao propor que a ação consistia, antes de tudo, no direcionamento de uma finalidade, trouxe o dolo e a imprudência como elementos subjetivos já para o

95. BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*. Trad. Santiago Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 64.

96. Para essa construção foram decisivas as contribuições de Reinhard Frank (FRANK, Reinhard. "Über den Aufbau des Schuldbegriffs". Gießen: Alfred Töpelmann, 1907), Berthold Freudenthal (FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld and Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Zugleich ein Beitrag zur Kritik dses Entwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Tübingen: JC.B. Mohr, 1922), James Goldschmidt (GOLSCHMIDT, James. "Normativer Schuldbegriff". In: HEGLER, August [Ed.]. *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70*. Geburtstag 16. August 1930. Tübingen: JC.B. Mohr, 1930) e August Hegler (HEGLER, August. "Die Merkmale des Verbrechens". In: *ZStW*, v. 36, 1915. p. 189).

âmbito da ação típica, para ser reconhecido como dolo natural, o modo como se orienta finalisticamente o proceder, restando para a culpabilidade só aspectos normativos.

Mesmo dentro desses aspectos, alguns deles passavam a desconsiderar a questão da liberdade, a partir de sua ausência, por presunções condicionantes congênitas (inimputabilidade) ou circunstanciais (erro), reduzindo, ainda mais, o âmbito de discussão sobre a liberdade, que ficava restrito à questão da exigibilidade de conduta diversa. Para Welzel, "a essência da culpabilidade reside na 'reprovabilidade' (no 'poder ao invés disso' do autor em relação à sua estruturação antijurídica da vontade)"[97]. No entanto, todas as categorias da culpabilidade, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa seguiram correspondendo a compasso binário de afirmação/negação, verdadeiro/falso, da ciência clássica.

A evolução das sucessivas construções jurídicas que tiveram por eixo uma dogmática da imputação, exatamente por esse perfil dogmático[98], conduziram a uma progressiva redução do espaço de discussão a respeito da liberdade dentro da própria, até que ela foi aninhada em um canto do âmbito da culpabilidade, trabalhada pela fórmula de inexibilidade de conduta diversa.

A partir de então, a liberdade foi aprisionada na culpabilidade, dentro da fórmula *do poder atuar de outro modo* e, ainda que ocasional e intuitivamente combatida[99] prevalentemente foi mantida a partir de uma presunção de culpabilidade normal[100] que somente cede diante das exceções explicitadas pela quebra de um de seus juízos normativos.

---

97. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 167.

98. Sobre o caráter científico da dogmática, veja-se MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte General..., op. cit., p. 187-189. No Brasil, por todos, DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*. Parte Geral..., op. cit., p. 202 e ss.

99. A possibilidade de atuação alternativa como essência da reprovação da culpabilidade foi impugnada inicialmente por Karl Engisch, então catedrático de München, em sua famosa monografía de 1963 (ENGISCH, Karl. *Die Lehre von Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: Walter de Gruyter, 1963. p. 37 e ss.). Cinco anos mais tarde, Danner também se ocupou do tema em DANNER, Manfred. *Gibt es einen freien Willen?* Hamburg: Kriminalistischer Verlag, 1967. p. 114-115 e DANNER, Manfred. *Warum es keinen freien Willen gibt*. Hamburg: Kriminalistischer Verlag, 1968. p. 71.

100. Veja-se GÜNTHER, Klaus. Hirnforschung und strafrechlicher Schuldbegriff. *KJ* 39, 2006. p. 119.

Esse segue sendo o ponto de discussão da liberdade em todas as fórmulas jurídicas posteriores, seja na culpabilidade como suposição de normalidade, de Klaus Günther[101], na culpabilidade como abordabilidade normativa (*normative Ansprechbarkeit*), de Roxin[102], a culpabilidade como quebra de fidelidade ao Direito de Kindhäuser[103] ou a culpabilidade como reprovação a partir das funções preventivas da pena, como preconizam Winfried Hassemer[104] e Wolfgang Frisch[105].

A conclusão é que um pequeno ponto dentro da culpabilidade culminou sendo o único espaço que a ciência dogmática concedeu para a discussão da liberdade no plano do Direito Penal, promovendo, com isso, uma redução inaceitável de importância da questão para o direito.

Nota-se, pois, o resultado do grande equívoco que foi escolher a ciência como a base de organização de uma estrutura jurídica que pretendia converter-se em realizadora da liberdade.

2.2. A liberdade como construção jurídica: o eixo existencial da interação entre ação e norma no direito

A única forma de correção desse equívoco está em retornar a liberdade para o seu lugar lógico de eixo central de estruturação do direito, base da intersecção entre as normas e as condutas[106], pressuposto da estruturação da forma como vemos o mundo.

Foi o que intuiu Schünemann[107], ainda de modo incipiente, quando sustentou que o constructo social da liberdade depende de uma superação da *falácia naturalista* e da *falácia normativista* recorrendo à linguagem.

---

101. GÜNTHER, Klaus. Hirnforschung und strafrechlicher Schuldbegriff. *KJ* 39, 2006. p. 119-120.

102. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Algemeiner Teil*. Band I..., op. cit., p. 868-875.

103. KINDHÄUSER, Urs. *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho*. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Trad. Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996. p. 18.

104. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 288-291.

105. FRISCH, Wolfgang. "Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidade"..., op. cit., p. 35-36.

106. Tal como proposto por Vives Antón em VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 325 e ss.

107. "Dadas as singularidades lingüísticas de uma sociedade e, em especial, em conformidade com a convincente tese central de Humboldt e Whort, se coloca de manifesto

A ideia de uma liberdade mais ampla remonta, na realidade, ao "eu penso", de Immanuel Kant[108], que sustentou que a liberdade é nada mais que uma pura ideia, pelo que, jamais seria possível provar sua existência a partir das leis da natureza. Claro que Kant pensava de um ponto de vista diferente, considerando a liberdade uma suposição da razão e não produto da linguagem. No entanto, já então tinha percebido a impossibilidade de que considerações causais pudessem interferir em tal ideia.

Schünemann[109] parte de considerar que a realidade social é uma construção de sentido que a linguagem torna possível, pelo que ela não se resume a uma sensação subjetiva do sujeito, mas a uma realidade pré-constituída pela linguagem. A tese de Schünemann se estrutura sobre o interacionismo simbólico e a concepção filosófica da linguagem, mas se resume a uma fórmula de culpabilidade, quando a base de seu raciocínio contém muito mais que isso, pois se apoia em uma lógica apta para oferecer orientação para a totalidade do ordenamento jurídico.

Não só o sentido da culpabilidade é expressão de liberdade intersubjetiva, mas toda a estrutura das ações e das normas tem por base a linguagem, pelo que a liberdade resulta ser um constructo linguístico que ocupa muito mais espaço que um simples canto obscuro da teoria do delito.

2.2.1. Liberdade como pressuposto da ação

Vives Antón oferece dois argumentos básicos para a demonstração de que na raiz do reconhecimento das ações encontra-se a ideia de liberdade:

---

uma determinada visão do mundo, dificilmente discutível, ao menos no caso das línguas indogermânicas, o arraigado do livre arbítrio nas formas gramaticais mais elementares. Com efeito, a construção das frases com um sujeito agente e um objeto que sofre a ação, assim como as formas gramaticais da voz ativa e da passiva, mostra uma visão do mundo conformada pelo sujeito ativo e, em última instância, por sua liberdade de ação, que constitui um ponto de partida do qual não se pode prescindir enquanto tais estruturas lingüísticas dominem nossa sociedade". Cf. SCHÜNEMANN, Bernd (Ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: Walter de Gruyter, 1984. p. 153. Há versão em espanhol, como SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del Derecho penal*: Cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991. p. 155.

108. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 2. ed. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 163.

109. SCHÜNEMANN, Bernd. "Culpabilidad. El estado de la cuestión". In: ROXIN, Claus; Jakobs, Günter; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael (Org.) *Sobre el estado de la teoría del delito*. Trad. David Felip i Saborit y Ramón Ragués i Vallés. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2000, reimp. 2016. p. 110.

um argumento conceitual, baseado em Kant[110] e um argumento linguístico, baseado em Wittgenstein[111].

Quanto ao argumento conceitual, afirma[112] que o próprio Kant sustenta ser a liberdade uma característica inerente à ação: se há ação, há liberdade, ou seja, só é possível atuar sob a condição da ideia de liberdade.

Efetivamente, na fundamentação da Metafísica dos Costumes Kant afirma que

[...] todo ser que não pode agir senão sob a ideia de liberdade é, por isso mesmo, verdadeiramente livre em sentido prático, quer dizer, valem para ele todas as leis que estão inseparavelmente unidas à liberdade[113].

Isso é correto porque não posso descrever um evento como ação senão pressupondo que o faço, e que, portanto, não é algo que simplesmente acontece.

Se pensasse ser algo determinado causalmente, sem controle ou interferência pessoal, então não poderia dizer que o faço, mas sim que acontece. Caso saiba ou suponha que uma força natural, material ou psicológica levanta meu braço, não posso afirmar que eu levanto o braço[114]. Deve haver uma razão para que se mova o braço. Portanto, se há razões, há liberdade, pois razões não podem ser concebidas se não como determinantes da aceitação das decisões. Desse modo, se o que determinasse a aceitação das decisões fosse qualquer tipo de impulso (físico ou psíquico), e não razões, então não teria sentido falar de razões. Mas, se as razões determinam a aceitação das decisões, à margem de qualquer dependência causal, então há liberdade, que é a capacidade de guiar-se pela razão. Se não há liberdade, não há razão alguma, nem teórica nem prática, não tem sentido conceber o mundo, nem mesmo como mundo sem liberdade, porque não se pode usar argumentos com os quais afirmar essa concepção ou preferi-la perante a outras, já que nada pode ser comparado sem o recurso às razões.

Dessa forma, resulta indiferente que não se possa provar a existência da liberdade, porque, uma vez que é necessário pressupor a liberdade para raciocinar, quem assim procede deve submeter-se às regras como se fosse realmente livre, a despeito da falta de prova empírica a respeito disso. Assim, "as mesmas

110. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*..., op. cit., p. 327-328.

111. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*..., op. cit., p. 328-333.

112. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*..., op. cit., p. 327.

113. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*..., op. *cit.,* p. 81.

114. O exemplo foi explorado originalmente por WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Ithaca-London: Cornell University Press, 1971. p. 86-87, como aspectos "interno" e "externo" da ação.

leis que obrigam a um ser realmente livre valem também para um ser que não possa agir senão sob a ideia da própria liberdade"[115].

Como se nota, para a constatação de que a liberdade é pressuposto indeclinável da ação basta que se observe como se faz para identificar uma ação em sentido comum.

Uma ação difere de um acontecimento – evento naturalístico – a partir de que está vinculada a um autor. Uma ação possui um autor, enquanto um evento natural, não. Por outro lado, não basta o vínculo a alguém para estabelecer a existência da ação, dado que há aspectos pertencentes ao autor que não são ação, mas sim sua própria composição. Assim se estabelecem as diferenças entre os atributos de um autor que o constituem ou que são condutas por ele realizadas. Sobre os atributos do ser do autor, não há opções. A pessoa é o que é, sem qualquer variante. Ao contrário, uma ação pressupõe precisamente a opção de constituir algo que o autor faz ou não. Ou seja, é intrínseco da ação a possibilidade de sua ocorrência ou não, uma manifestação de sentido. A ação se relaciona ao autor, identificada a partir precisamente da liberdade de ação, consistente na possibilidade alternativa de que se realize ou não, com sentido.

É aqui que encontra lugar o segundo argumento – o argumento linguístico, a que refere Vives Antón, explorando um exemplo de Danto.

Quanto interpretamos ter havido uma omissão, no sentido de uma abstenção em fazer algo, temos que reconhecer que só é possível abster-se de algo que se poderia optar por fazer, portanto, a lógica das abstenções presume a liberdade. Pelas mesmas razões, entender algo como uma ação presume liberdade. Um comportamento, por mais condicionado que esteja, não poderá ser comparável à queda de uma pedra por força da gravidade[116].

A imagem manifestada pela linguagem – que é precisamente a representação de ação e omissão – é logicamente irredutível à imagem científica, pois a intencionalidade não é algo que possa ser capturado pela rede das categorias físicas, neurofisiológicas etc.

A liberdade de atuar, portanto, não é algo no mundo físico, fora do sujeito, nem uma percepção interna ou faculdade metafísica. Trata-se de algo situado nos jogos de linguagem e práticas sociais que regulam nosso modo de vida, funcionando, ao mesmo tempo, como pressuposto e fundamento das ações[117].

---

115. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*... op. cit., p. 81, nota 17.

116. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*..., op. cit., p. 332.

117. Cf. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*..., op. cit., p. 343 e RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "La pregunta por la libertad de acción"..., op. cit., p. 153.

Se a ação é algo *contextual, linguístico*, e não *físico*, resulta óbvio que nenhum conceito de determinado estado físico, mesmo que cerebral, pode definir a *ação*, menos ainda sua condição essencial de ação que pode ser atribuída a um autor.

A liberdade de ação faz parte das certezas a partir das quais organizamos, inclusive nossas dúvidas e confirmações. É parte do que Wittgenstein qualificava de *eixos* que estão fora de dúvida e que estruturam nossa forma de pensar[118].

2.2.2. Liberdade de ação como base da norma jurídica

Assim como a existência da ação depende do pressuposto de liberdade de ação, o mesmo se pode dizer do próprio sistema normativo.

O argumento linguístico ou *wittgensteiniano* explorado por Vives Antón também o demonstra.

Deve-se partir da análise da linguagem em sentido de uma *gramática profunda*, *filosófica* ou *lógica*, e não à gramática superficial, ou seja, não o conteúdo das regras de gramática, mas a existência de regras que permitem performar uma gramática[119].

A ideia de seguimento de regras é o que constitui o elemento de definição da ação. Ou seja, as ações são reconhecidas e distinguidas dos simples fatos por meio dessa ideia. Usar uma linguagem presume seguir regras: as regras de uma gramática, cuja modalidade poderá ser contingente; mas cuja existência é necessária logicamente.

Seguir regras implica captar o sentido e, por conseguinte, determinar-se conforme tal sentido (ou contra o sentido, se assim se deseja), o que não tem nada a ver com uma determinação causal.

As regras de comunicação gramatical são completamente diferentes das leis da natureza: pois uma regra pode ou não ser seguida (pode também ser infringida), enquanto que uma lei natural deixa de ser tal, se os fatos não a confirmam[120].

---

118. "341. Es decir, las preguntas que hacemos y nuestras dudas descansan sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de duda, son – para expresar de algún modo – los ejes sobre los cuales giran aquellas. 342. Es decir, que en la práctica no se pone en duda ciertas cosas pertenecientes a la lógica de nuestras investigaciones científicas". WITTGENSTEIN, Ludwig. "Über Gewissheit". *Wittgenstein*. Madrid: Gredos, 2009. v. I. p. 730.

119. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal*..., op. cit., p. 329.

120. Nisso precisamente reside o equívoco linguístico *kelseniano* de pressupor sua *Grundnorm* na máxima de que todas as normas devem ser cumpridas. Trata-se do equívoco

Portanto, a pergunta sobre como posso seguir uma regra não é uma pergunta sobre as causas, e sim sobre as razões que guiam a conduta e traz ínsita a presunção de que eu posso determinar-me por elas, ou seja, sou livre para segui-las ao falar.

O espaço normativo, portanto, depende do reconhecimento de uma margem de indeterminação[121], ou seja, um espaço onde caibam as opções de fazer ou não fazer. Não tem sentido uma norma cujo conteúdo seja algo inevitável ou algo que, de nenhuma maneira, possa ocorrer.

As relações humanas formam-se como experiências intersubjetivas, portanto, linguísticas. A liberdade se forma como experiência intersubjetiva que define o espaço de cada indivíduo dentro de uma realidade social compartilhada, de interação. Isso, e não outra coisa, é a liberdade: uma construção linguística.

Tanto é assim que perde sentido tentar conceber a liberdade a partir de um sujeito isolado. Se existisse uma única pessoa no mundo, não faria qualquer sentido falar de liberdade. A própria suposta *experiência no cérebro* sobre a sensação de liberdade, jamais se teria formado no cérebro da única pessoa existente no universo.

Só é possível a formação dessa *experiência de liberdade* a partir da experiência da interação e, portanto, a liberdade enquanto sensação em primeira pessoa, é apenas uma reprodução interna do constructo social derivado da linguagem.

E é por isso que nenhuma construção empírica que pretenda desalojar a liberdade como centro de organização do direito pode lograr fazê-lo. Não se pode pretender afastar um constructo social derivado de interação a partir da invalidação de sensações internas, e menos ainda, valendo-se de instrumentos causais empíricos.

Deste modo, se é a própria sociedade que compõe as regras jurídicas que pretendem regular a convivência entre as pessoas de modo a estabelecer as liberdades individuais, "o Direito não pode ignorar uma realidade pela qual ele mesmo está constituído"[122].

---

de transcender para as regras intersubjetivas humanas (normas) a dinâmica da estrutura de uma lei natural.

121. Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*... op. cit., p. 345.

122. SCHÜNEMANN, Bernd. "Culpabilidad. El estado de la cuestión"... op. cit., p. 110.

A prova disso é que

> […] não é possível representar (linguisticamente) um ordenamento jurídico construído por completo partindo de que as condutas humanas estão determinadas, pois, nesse caso, deveríamos poder descrever todos os casos sociais juridicamente relevantes com o modelo dos procesos naturais, algo que (como o leitor pode comprovar por si mesmo) resulta absolutamente impossível[123].

Basta observar como se constroem as orações a respeito das narrativas causais-naturais e as orações a respeito de razões. Vives Antón[124] aponta que não enunciamos gramaticalmente com o mesmo sentido orações descritivas-causais e orações a respeito de razões ou motivos. Quando digo que "creio que deva existir ordem no tráfego" não se trata de um enunciado sobre causas, pois não se descreve o giro do volante diante das placas de sentido obrigatório e quando afirmamos "por amor à sua mãe carregou sobre os ombros a pesada mesa", isso não significa que o afeto filial levante o móvel. Os dois tipos de enunciados não são equivalentes. Razões não são causas.

No exato sentido do que aqui se defende, aponta Ramos Vázquez que a liberdade é uma *praxis*, um constructo que se forma e se valida no espaço intersubjetivo[125] da linguagem, pelo que ela constitui nosso mundo e, como tal, nosso modo de ver o direito.

A análise das normas é algo distinto da pesquisa sobre as leis da natureza, só tem sentido a partir da pressuposição da liberdade de ação, que se converte, assim, no pressuposto sobre o qual – necessariamente –, deve girar a sistemática[126].

Também Habermas sustenta que a visão que ampara a responsabilidade penal corresponde ao fato de que os que estão envolvidos *no* e *pelo* processo de imputação "se entendem sobre algo no mundo objetivo, ante a tela de fundo de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente"[127], do que deriva que, o que quer que se pretenda afirmar sobre o direito deverá ter por fonte,

123. SCHÜNEMANN, Bernd. "Culpabilidad. El estado de la cuestión"..., op. cit., p. 110.

124. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*..., op. cit., p. 341.

125. Cf. RAMOS VAZQUEZ, José Antonio. *Ciencia, libertad y Derecho penal*... op. cit., p. 250.

126. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*..., op. cit., p. 345.

127. HABERMAS, Jürgen. "Naturalismo e religião". In: *Entre naturalismo e religião*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 189.

necessariamente, tal intersubjetividade. Portanto, se o saber jurídico depende de perspectivas de interação, logicamente esse saber não pode ser alcançado no plano da teoria do conhecimento pelos meios disponíveis pelas as ciências naturais, que são de caráter objetivo-descritivo[128].

3. A modo de conclusão: a inviabilidade da pretensão neurocientífica

Sendo assim, se norma e ação têm por base a liberdade e essa não encontra-se atrelada à perspectiva causal-naturalista, parece óbvio que a pretensão neurocientífica de erosão da estrutura jurídico-penal carece de fundamento e só teve lugar devido a uma submissão indevida, derivada de contingências históricas, do direito ao método das ciências naturais.

Parece que o sonho iluminista de emancipação da liberdade que foi construída na opressão do pertencimento, tinha um caminho a percorrer que permanece virgem.

Tal evento pode estar relacionado a escolhas infelizes, a saber: a redução da razão à ciência e a tomada desta como leme para guiar a construção do direito como ferramenta de afirmação da liberdade.

Tanto uma quanto outra levaram à redução de espaço da questão da liberdade e a pretensão de dar a tal questão uma resposta binária que, por ser assim, embute a exclusão.

É hora de tomar outro caminho e de romper com essa escolha.

É preciso reconhecer, para a liberdade, o papel fundante que ocupa na estruturação da vida de relação: um pressuposto das ações e das normas e, como tal, o eixo central da construção do direito.

Isso se faz a partir de admitir que a liberdade é um constructo derivado da interação social a partir de normas de convivência, com caráter de pura ideia compartilhada de mundo.

Afirma Vives Antón[129] que sem liberdade não há ação, nem razões, nem maneira alguma de conceber o mundo. Se executamos ações, isto é, se razões, intenções, desejos etc. dirigem nossa conduta segundo regras e se, conforme essas regras, outorgamos significado às condutas, as afirmações que a liberdade

128. HABERMAS, Jürgen. "Naturalismo e religião". In: *Entre naturalismo e religião*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 191.

129. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*..., op. cit., p. 343.

comporta são apenas a de que tudo isso que vivemos é real e não há nada nela que possa ser demonstrado[130]. Isto porque a afirmação da liberdade não é uma afirmação sobre o que existe, mas sobre os fundamentos. É uma justificação e a cadeia de justificações é finita, pois do contrário nada seria justificável, perdendo-se em um regresso ao infinito da causalidade. Com a afirmação da liberdade, chegamos ao núcleo onde já não cabe escavar[131].

Daí que se pode chegar às seguintes conclusões:

> a) sem liberdade (entendida como capacidade de autodeterminar-se por razões) não tem sentido falar de ação; b) que a liberdade é incompatível com uma concepção determinista do mundo –; c) que a ação – tal como a concebemos – é incompatível com uma concepção do mundo físico presa em termos de matéria e energia[132].

A liberdade de ação constitui o ponto de união entre a doutrina da ação e a da norma: pois só se os movimentos corporais não se acham inteiramente regidos por leis causais, só se há uma margem de indeterminação que permita falar das ações como distintas dos fatos naturais, é possível pretender que essas sejam regidas por normas[133].

Portanto, a pretensão do discurso de interferência na estrutura jurídica, a partir das descobertas das neurociências, resulta completamente irrealizável já no plano lógico[134].

A liberdade de ação não coincide com os objetos a que aludem as pesquisas neurocientíficas e não guarda nenhuma relação com uma concepção de livre arbítrio, pelo que não pode ser refutada a partir de premissas deterministas.

Nem é o caso, segundo parece, de demonstrar a insuficiência lógica do determinismo duro, basta com demonstrar que a discussão neurocientífica se assenta sobre objeto que escapa totalmente à liberdade concebida desde o ponto de vista linguístico ou intersubjetivo[135].

---

130. Idem.
131. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*..., op. cit., p. 343.
132. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*..., op. cit., p. 344.
133. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*..., op. cit., p. 345.
134. Para Ramos Vázquez, simplesmente "a questão da liberdade não pode ser contestada pela neurociência". RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "La pregunta por la libertad de acción"..., op. cit., p. 140.
135. Véase VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. "Neurociencia y determinismo...", op. cit., p. 227-231.

A liberdade não é a experiência em primeira pessoa acerca da liberdade.

A liberdade tampouco é uma estrutura de sinapses produz sensação de autossuficiência.

A liberdade não é.

A liberdade não tem ser, não tem ciência, não se explica, nem descreve.

Liberdade se vive, é nosso quadro de mundo.

O que se perde com a falta da liberdade não é ela, mas a própria essência da humanidade.

Se ela não há, nós não somos.

Referências

Aniyar de Castro, Lolita. "El regreso triunfal de Darwin y Lombroso: las diferencias humanas en la criminología angloparlante presente en los simposios internacionales de criminología de Estocolmo". In: *Capítulo Criminológico*, v. *36,* n. 4, Oct.-Dez. 2008.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira et al. São Paulo: Loyola, 2005. v. 1.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ASÚA, Luíz Jiménez. *Tratado de Derecho penal*. 2. ed, Buenos Aires: Losada, 1963. v. V.

BECCARIA. *Dei delitti i delle pene*. Ed. compilada por Renato Fabietti, Milano: Mursia, 1973.

BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*. Trad. Santiago Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BINDING, Karl; HOCHE, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Dir. de Trad. Eugenio Raul Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2009.

BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.

BRANDÃO, Claudio. "O Direito no pensamento jurídico medieval". In: BRANDÃO, Cláudio Brandão; SALDANHA, Nélson; FREITAS, Ricardo (Coord.). *História do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 13. ed. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1971.

CRICK, Francis. *La búsqueda científica del alma*. Trad. Francisco Páez de la Cadena. Madrid: Debate, 1994.

DANNER, Manfred. *Gibt es einen freien Willen?* Hamburg: Kriminalistischer Verlag, 1967.

DANNER, Manfred. *Warum es keinen freien Willen gibt*. Hamburg: Kriminalistischer Verlag, 1968.

DARWIN, Charles. *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*. London: John Murray, 1859.

DELGADO GARCÍA, José M. "Hacia una neurofisiología de la libertad". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Compatibilismo humanista. Una propuesta de conciliación entre Derecho penal y Neurociencias". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

ELIAS, Norbert. *A sociedade de indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

ENGISCH, Karl. *Die Lehre von Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: Walter de Gruyter, 1963.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Derecho penal y Neurociencia. ¿Una relación tormentosa?" In: *InDret*, Barcelona, n. 2, Universitat Pompeu Fabra, abril de 2011.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas, Vookseller, 1996.

FRANK, Reinhard. Über *den Aufbau des Schuldbegriffs*. Gießen: Alfred Töpelmann, 1907.

FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld and Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Zugleich ein Beitrag zur Kritik dses Entwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Tübingen: JC.B. Mohr, 1922.

FRIED, Itzhak; MUKAMEL, Roy y KREIMAN, Gabriel. "Internally generated preactivation of single neurons in human medial frontal cortex predicts volition". In: *Neuron,* n. 69, Feb., 2011.

FRISCH, Wolfgang. "Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidade". In: SÁNCHZ, Feijóo (Org.). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Trad. Bernardo Feijóo Sánchez. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012Trad. .

GALTON, Francis. *Inquiries into Human Faculty and Its Development*. London: McMillan, 1883.

GARÓFALO, Raffaele. *La Criminología.* Trad. Pedro Dorado Monteiro. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2005.

GAZZANIGA, Michael S. *El cerebro ético*. Trad. Marta Pino Moreno. Barcelona: Espasa, 2015.

GAZZANIGA, Michael S. *El cerebro social*. Trad. Carlos Frade. Madrid: Alianza, 1993.

GOLSCHMIDT, James. "Normativer Schuldbegriff". In: HEGLER, August [Ed.]. *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70*. Geburtstag 16. August 1930. Tübingen: JC.B. Mohr, 1930.

GÜNTHER, Klaus. Hirnforschung und strafrechlicher Schuldbegriff. *KJ* 39, 2006.

GÜNTHER, Klaus. "Acción voluntaria y responsabilidad criminal". In: *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Thomson-Reuters, 2012.

HABERMAS, Jürgen. "Naturalismo e religião". In: *Entre naturalismo e religião*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

Haggard, Patrick e Eimer, Martin. "On the relation between brain potentials and de awareness of voluntary movements". In: *Experimental Brains Research,* v. 126, 1999.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve história da humanidade*. Trad. Janaína Marcantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HASSEMER, Winfried. "Neurociências e culpabilidade em Direito penal". In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e Direito penal*. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HAYNES, John Dylan. "Unconscious determinants of free decisions in the human brain". *Nature Neuroscience*, n. 11, 2008.

HAYNES, John Dylan. "Decoding and predicting intentions". *Annals of New York Academy of Science,* v. 1224, 2011.

HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. *ZStW,* v. 36, 1915.

HILLENKAMP, Thomas. "Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung". *Juristen Zeitung,* Tübingen, n. 7, ano 60, Mohr Siebeck, abril de 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y derecho penal". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

HOBBES, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ISRAËL, Nicolas. *Genealogia do Direito moderno*. O estado de necessidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JÄGER, Christian. "Libre determinación de la voluntad". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

JAKOBS, Günther. "Individuo y persona". In: *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 2. ed. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Abril cultural, 1974.

Keller, I.; Heckhausen, H. "Readiness Potentials Preceding Spontaneous Motor Acts: Voluntary vs. Involuntary Control". In: *Electroencephalography and clinical Neurophysiology,* n. 76, 1990.

KINDHÄUSER, Urs. La culpa penal en un Estado democrático de Derecho. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LIBET, Benjamin. "Do We Have Free Will?" *Journal of Consciousness Studies*, v. 6, n. 8-0, 1999.

LIBET, Benjamin. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action". *The Behavioral and Brain Sciences*, n. 8, 1985.

LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle, Granada: Comares, 1995.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Quintiliano Saldaña, Madrid: Reus, 1999. v. II.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MERKEL, Grisha e ROTH, Gerhard. "Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe". In: GRÜN et al. (Org.). *Entmoralisierung des Rechts*. Maßstäbe der Hirnforsuchung für das Strafrecht. Göttingen: Vanderhoeck & Ruprecht, 2008.

MERKEL, Grisha. Hirnforschung, Sprache und Recht. In: Putzke et al. (Org.). *Strafrecht zwischen System und Telos*. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

MERKEL, Reinhard. Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentales conditio humana und strafrechtliche Grenzen. *ZStW*, n. 121/4, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ORTELS, Juan José; RUZ, María; DEL VALLE INCLÁN, Fernando. Consciencia, inconsciencia y voluntad. In: MOLINA, Bajo; MELLERO, Fuente; CARILLO, Lupiañesz; CUERVA, Rueda (Coord.). *Mente y Cerebro*. Madrid: Alianza, 2016.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. "El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión. Bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia". *InDret*, n. 2. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, abril de 2011.

PRINZ, Wolfgang. "Freiheit oder Wissenschaft?" In: Cranach, Mario von; FOPPA, Klaus (Ed.). *Freiheit des Entrscheidens und Handelns, Ein Problem der nomologischen Psychologie*. Heidelberg: Asanger, 1996.

RAINE, Adrian. *The Anatomy of Violence*. The biological roots of crime. New York: Vintage Books, 2014.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "La pregunta por la libertad de acción". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Ciencia, libertad y Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ROTH, Gerhard. "La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío". In: RUBIA, Francisco J. (Ed.). *El cerebro*: Avancers recientes en Neurociencia. Madrid: Editorial Complutense, 2009.

ROTH, Gerhard. "Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie". In: DÖLLING, Dieter (Ed.). *Jus humanum-Grundlagen des Rechts und Strafrecht*. estschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Gebundene Ausgabe – 25. November 2003. Berlin: Dunker & Humblot, 2003.

ROTH, Gerhard. *Aus Sicht des Gehirns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

ROTH, Gerhard. *Fühlen, Denken, Handeln*. Wir das Gehirn unser Verhalten steuert. Frankfurt: Suhrkamp, 2003.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Librairie Générale Française, 2011.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Algemeiner Teil*. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munchen: Beck, 2006.

RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad*. Barcelona: Crítica, 2009.

RUBIA, Francisco. "Neurociencia y Libertad". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

SANTO AGOSTINHO. *Diálogo sobre o livre-arbítrio*. Ed. bilíngue latim-português. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001.

Schneider, Kurt. "Die Schichtung des emotionalen Lebens und der Aufbau der Depressionszustände". In: *Zeitschrift für die gesamte Neurologie und Psychiatrie*, n. 59, 1920.

SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del Derecho penal*: Cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd (Ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: Walter de Gruyter, 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Culpabilidad. El estado de la cuestión". In: ROXIN, Claus; Jakobs, Günter; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael (Org.) *Sobre el estado de la teoría del delito*. Trad. David Felip i Saborit y Ramón Ragués i Vallés, Cizur Menor: Thomson Reuters, 2000, reimp. 2016.

SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Gespräche über Hirnforschung. Frankfurt: Suhrkamp, 2003.

SIONG SOON, Chun; BRASS, Marcel; HEINZE, Hans-Jochen; HAYNES, John Dylan. "Unconscious determinants of free decisions in the human brain". *Nature Neuroscience,* n. 11, 2008.

Trevena, Judy e Miller, Jeff. Brain preparation before a voluntary action: Evidence against unconscious movement initiation. *Consciousness and Cognition 19 Consciousness and Cognition*, v. 19, 1, Mar.- 2010.

TÚNEZ FIÑANA, Isaac; PASCUAL LEONE, Álvaro. *Estimulación magnética transcraneal y neuromodulación*. Presente y futuro en neurociencias. Barcelona: Elsevier, 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. "Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica". In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Punis os pobres*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEI ER, Bettina. "¿Refutan las ideas de la neurociencia el concepto de culpabilidad del § 20 del Código penal?" In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). *Neurociencias y Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. "Über Gewissheit". *Wittgenstein,* Madrid, v. I, Gredos, 2009.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Explanation and Understanding*. Ithaca-London: Cornell University Press, 1971.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Liberdade da vontade, neurociência e culpabilidade, de Maria Luiza Gorga e Guilherme Lobo Marchioni – *RBCCrim* 114/99-129 (DTR\2015\9160); e
- Neurociências e culpabilidade em direito penal, de Winfried Hassemer – *RBCCrim* 100/211-225 (DTR\2013\407).

Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico

Hate speech criminalization and freedom of speech: an analysis of the art. 20 of Law 7.716/89 from the perspective of the legal good theory

Tatiana Badaró

Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2016).
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012).
Professora de Direito e Processo Penal.
Advogada criminalista em Belo Horizonte/MG.
tatianambadaro@gmail.com

Recebido em: 22.07.2017
Aprovado em: 16.01.2018
Última versão do (a) autor (a): 29.01.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo toma parte na discussão sobre a admissibilidade da proibição dos discursos de ódio diante das exigências de liberdade de expressão e tolerância política nas atuais sociedades democráticas. Pretende-se contribuir para esse debate a partir da análise da criminalização dos discursos de ódio sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. Primeiramente, este trabalho estabelece uma definição preliminar de discurso de ódio e apresenta dois modelos opostos de restrição da liberdade de expressão (norte-americano e alemão), indicando o caminho tomado pelo direito brasileiro. Em seguida, investiga, com enfoque especial no tipo penal definido pelo art. 20 da Lei 7.716/89, os autênticos bens jurídico-penais atingidos pelos discursos de ódio. A partir desse ponto, busca analisar a estrutura típica fornecida por tal dispositivo, a

Abstract: This article takes part in the discussion about the admissibility of the prohibition of hate speech considering the demands of free speech and political tolerance in today's democratic societies. It is intended to contribute to this debate by analyzing the criminalization of hate speech from the perspective of the legal good theory. First, this work establishes a preliminary definition of hate speech and presents two opposing freedom of speech limitation models (American and German), indicating the path taken by Brazilian law. It then investigates, centering the attention on the art. 20 of the Law 7.716/89, the authentic legal goods affected by hate speech. From this point, it seeks to analyze the structure of the crime's legal definition provided by such device, in order to establish application criteria capable of avoiding an excessive restriction on freedom of speech.

Badaró, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 145. ano 26. p. 531-569. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

fim de estabelecer critérios de aplicação aptos a evitar uma excessiva restrição à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Discurso de ódio – Liberdade de expressão – Teoria do bem jurídico – criminalização – Lei 7.716/89.

Keywords: Hate speech – Freedom of speech – legal good theory – criminalization – Law 7.716/89.

Sumário: 1. Introdução. 2. Discurso de ódio: definição preliminar. 3. Modelos de proibição do discurso de ódio. 3.1. Estados Unidos. 3.2. Alemanha. 4. Restrições à liberdade de expressão no Direito Penal brasileiro. 5. As palavras podem ferir?. 6. Se, quando e como o discurso de ódio ofende bens jurídico-penais. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No[1] dia 22 de maio de 2017, um atentado terrorista na cidade Manchester, Inglaterra, matou 22 pessoas e deixou mais de 50 feridas. No mesmo dia da tragédia, uma internauta postou o seguinte comentário em sua página no *Facebook*: "Só lamento que tenha sido em Manchester e não na Bahia. Seria lindo ver aquela gente nojenta e escurinha da Bahia explodindo"[2].

Após as eleições de 2010, a vitória de Dilma Rousseff com ampla vantagem no Nordeste foi seguida pela publicação por uma estudante de Direito, no *Twitter*, da mensagem: *"Nordestino não é gente. Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado!"*[3]. O resultado das eleições de 2014 também acarretou uma avalanche de comentários de ódio contra nordestinos nas redes sociais[4].

1. Artigo escrito para a disciplina *Temas de direito político: Liberdade de expressão, (in) tolerância e propaganda eleitoral*, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Agradeço ao Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira e aos colegas da disciplina pelos debates, críticas e sugestões. Agradeço à amiga Profa. Flávia Siqueira pelo auxílio na revisão e aprimoramento do texto final.
2. Disponível em: [http://g1.globo.com/bahia/noticia/mp-investiga-internauta-que-fez-post-lamentando-que-ataque-de-manchester-nao-tenha-ocorrido-na-ba.ghtml]. Acesso em: 27.05.2017.
3. *A estudante foi denunciada pelo crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89 e condenada a 1 ano, 5 meses e 15 dias de prisão*. Disponível em: [https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/16/justica-condena-universitaria-por-preconceito-contra-nordestinos-no-twitter.htm]. Acesso em: 27.05.2017.
4. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,apos-reeleicao-de-dilma-eleitores-do-nordeste-sao-atacados-nas-redes-sociais,1583393]. Acesso em:

Durante o debate das eleições de 2014, um dos candidatos à presidência, questionado sobre suas propostas para a efetivação dos direitos da população LGBT, respondeu que "Aparelho excretor não reproduz" e, também, equiparou homossexualidade a pedofilia e doença mental, bem como convocou a "maioria" a ter coragem para enfrentar "essa minoria"[5].

Em evento no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, no dia 03 de abril de 2017, um deputado federal afirmou em seu discurso: "Eu fui num quilombo. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada. Eu acho que nem para procriador ele serve mais. Mais de R$ 1 bilhão por ano é gasto com eles"[6].

No mesmo ritmo em que avançam os movimentos políticos e sociais pela afirmação dos direitos de grupos minoritários, cresce sistematicamente a visibilidade de discursos que incitam o ódio e a discriminação contra negros, índios, mulheres, homossexuais, transexuais, muçulmanos etc. De fato, a internet contribuiu para elevar a níveis antes inimagináveis o alcance e a propagação dos discursos que perpetuam estigmas contra minorias sociais[7].

Nesse contexto, os mesmos grupos minoritários que, por tantas vezes ao longo da história, socorreram-se à liberdade de expressão para reivindicar direitos passam a incluir em suas pautas demandas pela restrição dos usos abusivos dessa liberdade[8]. Um exemplo disso são as vozes dentro do movimento

---

27.05.2017. Além das mensagens de ódio contra nordestinos, as eleições de 2014 e o processo de impeachment em 2015 foram marcados por mensagens de misoginia contra a Presidente Dilma.

5. "Aparelho excretor não reproduz (...). Vamos acabar com essa historinha. Eu vi agora o santo padre, o papa, expurgar – fez muito bem – do Vaticano um pedófilo. Então, gente, vamos ter coragem. Nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria. Vamos enfrentá-los. (...) o mais importante é que esses que têm esses problemas realmente sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas bem longe da gente, bem longe mesmo porque aqui não dá". Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/levy-fidelix-e-condenado-em-r-25-mil-por-declaracoes-homofobicas/]. Acesso em: 27.05.2017.
6. Disponível em: [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/mpf-processa-bolsonaro-por-ofensas-a-populacao-negra-em-evento-no-rio.ghtml]. Acesso em: 27.05.2017.
7. Sobre o tema: [http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/02/ha-um-aumento-sistematico-de-discurso-de-odio-na-rede-diz-diretor-do-safernet.html]. Acesso em: 27.05.2017.
8. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech. Disponível em: [www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-spee-

feminista que, nos últimos tempos, lançaram-se no combate à pornografia por considerar que ela incentiva a opressão e a violência contra mulheres[9]. Ocorre que proibir os discursos de ódio, principalmente com o emprego do Direito Penal, torna-se uma questão especialmente complexa e polêmica quando confrontada com as exigências de liberdade de expressão e de tolerância em um Estado Democrático de Direito.

A liberdade de externar a consciência individual no espaço público, manifestando ideias e opiniões, é um direito fundamental essencial a qualquer democracia. A partir da livre expressão do pensamento, os seres humanos desenvolvem a sua personalidade e exercem a sua autonomia. Ademais, a participação democrática dos cidadãos na arena política depende de condições adequadas ao livre embate entre as diferentes concepções de mundo. Para isso, os cidadãos não podem ter receio de sofrer punições pelo simples fato de assumirem determinada posição em um debate político.

Por outro lado, a tolerância também é uma exigência da democracia. A noção de tolerância política envolve a aceitação da participação política dos grupos aos quais nos opomos, permitindo que eles expressem ideias das quais discordamos[10]. De fato, não é necessário exigir tolerância entre os que pensam igual, e sim entre os que pensam diferente.

Diante disso, os debates acerca da proibição dos discursos de ódio expõem dilemas envolvendo o denominado "paradoxo da democracia". Uma democracia deve, obrigatoriamente, conviver com os discursos antidemocráticos? Deve tolerar que os intolerantes digam absolutamente qualquer coisa? A liberdade de expressão compreende a liberdade de insultar, humilhar, depreciar e propagar o ódio contra outras pessoas?

---

ch-daniel-sarmento.pdf]. Acesso em: 27.05.2017. Tais grupos correspondem ao que Sánchez denomina de "gestores atípicos da moral" (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62), enquanto Karam fala em "esquerda punitiva" (KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos,* Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan.-jun. 1996. p-79-92).

9. Vide, por exemplo, os trabalhos da jurista e ativista feminista Catharine Mackinnon.

10. Sobre o conceito de tolerância política: HARELL, Allison. The limits of tolerance in diverse societies: hate speech and political tolerance norms among youth. *Canadian Journal of Political Science*, 43:2, june, 2010. p. 407-432; PETERSEN, Michael; SLOTHUUS, Rune; STUBAGER, Rune; TOGEBY, Lise. Freedom for all? The strength and limits of political tolerance. *British Journal of Political Science*, v. 41, issue 3, jul. 2011. p. 581-597.

O presente artigo pretende contribuir para esse debate, analisando a incriminação dos discursos de ódio a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico. Para tanto, após estabelecer uma definição preliminar de discurso de ódio, apresentam-se os modelos de restrição desses discursos adotados pela legislação e jurisprudência nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. Em seguida, investiga-se, com enfoque especial no tipo penal definido pelo art. 20 da Lei 7.716/89, se os discursos de ódio ofendem autênticos bens jurídico-penais. A partir da identificação dos bens jurídicos ofendidos, busca-se estudar a estrutura típica do dispositivo em questão, a fim de estabelecer critérios de aplicação aptos a evitar uma excessiva restrição à liberdade de expressão[11].

2. Discurso de ódio: definição preliminar

O discurso de ódio, expressão traduzida do inglês *hate speech*, envolve "uma série de falas e dimensões excludentes, reflexos de preconceitos que vão se sobrepondo no decorrer da história"[12]. Essas diversas falas podem ser definidas a partir de três critérios: conteúdo da mensagem; uso típico e consequências.

a) Conteúdo da mensagem: Com base no primeiro critério, o discurso de ódio é aquele que expressa intensa antipatia por um grupo, ou por indivíduo a ele pertencente, quando esse grupo costuma ser distinguido em razão de determinadas características. Nessa linha, *hate speech* designa 'manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivada por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física, mental e orientação sexual'[13]. Para Simpson, um discurso será considerado de ódio sempre

11. Ressalta-se que o artigo não tem como objetivo examinar a eficácia da criminalização do discurso de ódio no combate ao preconceito e à discriminação. Com efeito, há pesquisas que indicam que as condenações criminais por incitação ao ódio aumentaram a popularidade de alguns políticos (SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for this party. *Party Politics*, v. 21(1), march, 2015. p. 115-130). Para uma crítica à eficiência da proibição penal do discurso de ódio, Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um silêncio incômodo – Crítica à incriminação do discurso de ódio. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 52, jan.-jun., 2008. p. 163-194.

12. PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam. 2015. 346f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2015. p. 91.

13. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* "hate speech".

que transmitir desprezo por um grupo ou indivíduo baseado na sua identidade, independentemente de como é usado e de quais sejam os seus efeitos[14].

b) Uso típico do discurso: Conforme o segundo critério, discurso de ódio é aquele utilizado para difamar[15], incentivar, promover, propagar e justificar o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo e qualquer outra forma de ódio fundada na intolerância[16], bem como para atacar e subordinar outras pessoas, desqualificando-as como detentores de direitos[17]. Assim, 'esse discurso se caracteriza por incitar a discriminação contra pessoas que partilham de uma característica identitária comum'[18]. Brugger explica que o discurso de ódio possui dois usos típicos: insultar a vítima e incitar os demais a discriminá-la. Abrange, portanto, palavras, símbolos e gestos que 'tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas'[19].

c) Consequências do discurso: Segundo o terceiro critério, o discurso de ódio pode ser identificado por suas consequências deletérias para os indivíduos alvo do ataque. Nessa definição, o conceito compreende formas de expressão que provocam sentimentos de estresse, ansiedade, medo, humilhação, dor, vergonha e perda de dignidade em suas vítimas.

A expressão pode se referir a qualquer ato comunicativo verbal ou simbólico, incluindo insultos, apelidos raciais, retratações bestiais, epítetos, atos de

14. SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm, and hate speech. *Law and Philosophy*, 32, 2013. p. 701.

15. Waldron entende o discurso de ódio como difamação de um grupo (*group libel*) (WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. *2009 Oliver Wendell Holmes Lectures*, v. 123, 2010. p. 1609).

16. Vide o conceito fornecido pela Recomendação n. 97 (20) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre Discurso de Ódio, registrado em: ALCALÁ, Carmen Quesada. La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 30, 2015.

17. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

18. SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*. São Paulo, 7 (2), jul.-dez. 2011. p. 446.

19. BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista Direito Público*. Brasília, n. 15, jan.-fev.-mar., 2007. p. 118.

assédio e perseguição, bem como alguns discursos políticos e religiosos extremistas, afirmações sobre a periculosidade de determinados grupos e convocações de unidade contra o grupo odiado[20]. Compreende, ainda, o uso de certos 'símbolos de ódio' (*hate symbols*), como suásticas e cruzes em chamas, e a proibição ou a exclusão dos grupos em determinados espaços por meio, por exemplo, de placas com os dizeres "apenas brancos" e "judeus não são bem-vindos"[21].

Na visão de Yong[22], essas definições de *hate speech* são demasiado amplas, pois abarcam diferentes tipos de discursos que causam diferentes tipos de dano. O autor identifica quatro categorias de discursos de ódio: 1) discriminação direcionada (insultos ou intimidação contra indivíduos determinados em razão de sua base identitária); 2) discriminação difusa (idêntica à hipótese anterior, porém contra indivíduos indeterminados); 3) defesa política organizada em prol de políticas de exclusão e/ou de eliminação (sustentação pública de políticas de limpeza étnica e repatriação forçada, por exemplo) e 4) outras assertivas de fato ou de valor que constituem um juízo adverso sobre um grupo identitário definido (falas pejorativas que associem certos grupos raciais ou religiosos à criminalidade e à doença, por exemplo). Para Yong, o discurso (1) não está coberto pela liberdade de expressão e deve ser proibido; (2) e (3) estão cobertos, mas não protegidos, podendo ser restringidos e (4) está coberto e protegido, devendo ser livre.

Rosenfeld[23] diferencia o discurso de ódio em forma, cujo conteúdo discriminatório é evidente, do discurso de ódio em substância. Este último diz respeito a declarações ou mensagens codificadas que, embora concebidas para transmitir intenso desprezo, não veiculam insultos de forma explícita, como é o caso da negação do Holocausto. Segundo o autor, no bojo desse tipo de discurso, mostra-se problemático delimitar a fronteira entre o debate erudito, científico ou político e o fomento velado ao ódio racial. Por isso, é mais fácil justificar a proibição do discurso de ódio em forma, ainda que esse também não seja sempre utilizado de forma degradante que legitime a sua repressão.

20. SIMPSON, Robert Mark. *Dignity, harm, and hate speech*, cit., p. 701-702; WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation:* the visibility of hate, cit., p. 1600.
21. SIMPSON, Robert Mark. *Dignity, harm, and hate speech*, cit., p. 701-702; WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation:* the visibility of hate, cit., p. 1600.
22. YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? *Res Publica*, v. 17, 2011. p. 394-402.
23. ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima, v. 11, n. 11, 2005. p. 158.

O *hate speech* pode estar presente nas falas, nos diálogos e mesmo no próprio vocabulário[24]. Porém, segundo Waldron[25], os discursos de ódio que devem nos preocupar são aqueles que, por qualquer meio de divulgação, tornam-se parte do meio visível em que vivemos. Para o autor, o discurso só se torna particularmente danoso, produzindo efeitos duradouros, quando continua a ressoar mesmo após a "morte" da palavra dita.

Com efeito, o discurso de ódio é composto por dois elementos básicos: discriminação e externalidade. Trata-se, portanto, de "manifestação segrecionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor"[26]. Os atingidos são referidos como inferiores ou, nas palavras de Waldron, como indignos da mesma cidadania dos emissores dessa manifestação.

Diante disso, opta-se por definir discurso de ódio, em um primeiro momento, como o discurso que incentiva o ódio, o preconceito e a discriminação contra minorias sociais vulneráveis em razão de cor, etnia, religião, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, procedência nacional ou regional etc.[27]. Por conseguinte, o conceito abarca toda forma de expressão, verbal ou simbólica, que visa humilhar, depreciar, excluir ou oprimir determinados grupos sociais hipossuficientes.

---

24. É o caso de vocábulos como *nigger*, viado e traveco. Nota-se que, atualmente, alguns movimentos sociais têm optado por reagir a essa forma de discurso de ódio por meio da ressignificação de alguns vocábulos. Um exemplo disso é a "marcha das vadias" (*slutwalk*), protesto feminista organizado em diversos países desde 2011. Sobre o tema, Cf. PRESTES, Érika Aparecida. A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

25. WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation*: the visibility of hate, cit., p. 1600.

26. SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. *Discurso de ódio em redes sociais*: jurisprudência brasileira, cit., p. 447.

27. Há quem critique a enumeração das características que motivam as manifestações de intolerância, argumentando que, apesar de haver os casos mais graves e recorrentes, não se pode limitar o discurso de ódio apenas a esses casos (SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. *Discurso de ódio em redes sociais*: jurisprudência brasileira, cit., p. 448). Registra-se que a enumeração já foi declarada inconstitucional nos Estados Unidos, como se vê em *R.A.V vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Contudo, no que toca ao Direito Penal, a enumeração é importante do ponto de vista da taxatividade e para excluir do âmbito da incriminação discursos que, ainda que intolerantes, não servem à promoção da discriminação contra grupos vulneráveis (veja-se, por exemplo, os discursos intolerantes propagados entre torcidas de times de futebol rivais).

A noção de discurso de ódio se inclui em uma categoria mais ampla que é a dos crimes de ódio, que faz referência a todas aquelas condutas criminosas, violentas ou não, motivadas por racismo, xenofobia, machismo, homofobia, transfobia etc. Os *hate crimes* se caracterizam pela eleição da vítima, local ou objetivo da infração em razão de sua, real ou aparente, conexão, simpatia, filiação, apoio ou pertencimento a um grupo identitário[28].

Ressalta-se que o discurso de ódio não se confunde com o discurso meramente inconveniente, "que veicula opinião minoritária, oposicionista ou ideologicamente oposta à de um grupo ou de uma maioria"[29]. Os discursos que aqui nos interessam são aqueles que, por seu conteúdo, opõem-se "às bases do sistema democrático e pluralista idealizado e forjado pela Constituição da República"[30].

3. Modelos de proibição do discurso de ódio

3.1. Estados Unidos

A liberdade de expressão, garantida pela primeira emenda à Constituição, é tida pela jurisprudência dos Estados Unidos como um direito fundamental quase que absoluto e hierarquicamente superior aos demais[31]. Como resultado, as leis penais norte-americanas tendem a proibir apenas a calúnia e a difamação contra indivíduos determinados, não punindo a injúria nem as ofensas praticadas contra grupos identitários[32].

28. ALCALÁ, Carmen Quesada. *La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos*: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española.
29. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Um silêncio incômodo* – Crítica à incriminação do discurso de ódio, cit., p. 167.
30. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Um silêncio incômodo* – Crítica à incriminação do discurso de ódio, cit., p. 167.
31. Cf. LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. Diferentemente de Constituições como a brasileira e a alemã, a Constituição norte-americana, além de trazer a liberdade de expressão como o primeiro direito a ser elencado, não prevê limitações explícitas à liberdade de expressão (BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio*? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 123).
32. Aqui os termos calúnia, difamação e injúria são utilizados no sentido atribuído pela legislação brasileira (artigos 138, 139 e 140 do Código Penal).

Para os tribunais norte-americanos, só podem ser punidos os discursos políticos[33] que produzam um risco iminente de dano à ordem e à paz pública, isto é, que sejam capazes de conduzir a uma imediata reação violenta da audiência (*fighting words*)[34]. Há uma diferenciação entre o discurso que incita a violência e o discurso que incita o ódio e a discriminação, de forma que apenas o primeiro pode ser proibido[35].

Portanto, todo discurso político que não constitui um claro e concreto perigo de violência está incluído no âmbito do legítimo exercício da liberdade de expressão. Além desse parâmetro, as restrições mais facilmente admitidas são aquelas consideradas "neutras", ou seja, não relacionadas ao conteúdo do discurso, mas a circunstâncias de tempo, lugar e forma[36].

A fundamentação filosófica desse posicionamento pode ser encontrada na obra *On Liberty*, na qual o pensador inglês Stuart Mill defende a liberdade de expressão como meio de atingir a verdade. Os argumentos de Mill, de matriz liberal e utilitarista, podem ser assim sistematizados: a) como o ser humano é falível, não é possível afirmar de antemão, com absoluta certeza, a falsidade de uma ideia para excluí-la do debate; b) deve-se permitir que mesmo as ideias falsas sejam defendidas, como uma forma de testar e fortalecer as ideias verdadeiras e c) não é recomendável confiar aos governos o poder de suprir ideias do debate público, ainda que com o aval da vontade da maioria[37].

---

33. A referência é o discurso político *lato sensu*, cuja tutela constitucional nos Estados Unidos é reforçada. Registra-se que outros discursos recebem uma proteção menos intensa (por exemplo, a propaganda comercial) ou são considerados fora do alcance da primeira emenda (por exemplo, as obscenidades) (SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech).

34. *Chaplinsky vs. New Hhampshire,* 315 U.S. 568 (1942). Destaca-se que, sob a categoria *fighting words*, só podem ser incluídos os dizeres proferidos durante um diálogo cara a cara (LOEWY, Arnold H. A dialogue of hate speech. *Florida State University Law Review*. Florida, v. 36, issue 1, article 4, 2008. p. 68).

35. ROSENFELD, Michel. *El discurso del* ódio *en la jurisprudencia constitucional*: análisis comparativo, cit., p. 167.

36. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech.

37. MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Writings*. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. Para Dworkin, o Estado que visa impedir que as pessoas sejam expostas a opiniões e convicções consideradas perigosas ou ofensivas é paternalista, pois está negando a responsabilidade moral de seus cidadãos (DWORKIN, Ronald. *The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 200).

Daí que a doutrina norte-americana da liberdade de expressão defende a promoção de um "mercado livre de ideias", no qual qualquer ideia, por mais odiosa e extremista, pode ser livremente debatida. Nessa visão, o discurso de ódio só pode ser combatido com mais discurso, não sendo proveitoso inviabilizá-lo ou relegá-lo à invisibilidade por meio de proibições[38]. Assim, o que se deve fazer perante os discursos intolerantes e antidemocráticos é permitir que venham à esfera pública para que, aos serem confrontados com outros discursos mais racionais, percam a sua força persuasiva.

Essas diretrizes, aplicadas até as últimas consequências pelas Cortes norte-americanas, levaram à declaração de inconstitucionalidade de leis que criminalizavam as mensagens de ódio e produziram alguns precedentes importantes:

> Em 1969, a Suprema Corte norte-americana reverteu a condenação por apologia ao crime de líder da Ku Klux Klan em Ohio que organizou um encontro, transmitido ao público pela televisão, no qual pessoas encapuzadas queimavam cruzes e proferiam discursos contra negros e judeus. Na filmagem, o referido líder afirma que 'os crioulos (*nigger*) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel', além de dizer que, se a raça caucasiana continuasse a ser prejudicada, a Ku Klux Klan iria se vingar[39].
>
> Em 1978, a Suprema Corte de Illinois autorizou e assegurou proteção policial para uma passeata organizada pelo Partido Nacional-Socialista da América, em que as pessoas usariam uniformes militares nazistas e portariam bandeiras com suásticas. A passeata ocorreria no município de Skokie, no subúrbio de Chicago, cuja maioria da população era formada por judeus e sobreviventes do Holocausto[40].
>
> Em 2011, a Suprema Corte manteve decisão em desfavor do pai de um fuzileiro morto durante a ocupação do Iraque, que pedia indenização em razão de um piquete realizado pela *Westboro Baptist Church* em frente ao local em que o filho era velado. O grupo religioso afirmava em seu ato que a culpa

38. Nessa linha: DWORKIN, Ronald. *The moral reading of the American Constitution*. Essa argumentação está presente no voto minoritário do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus n. 82.424/RS (vide item 4 i*nfra*).

39. *Brandemburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Esse julgamento contrariou precedente anterior, de 1952, no qual a Suprema Corte manteve a condenação por difamação coletiva (*group libel*) de indivíduo que distribuiu panfletos em Chicago nos quais acusava os negros de serem responsáveis por estupros, roubos e outros crimes, convocando os brancos a se unirem contra os negros e evitarem a miscigenação racial (*Beauharnais vc. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952)).

40. *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978).

> pela morte de soldados é dos Estados Unidos e das forças armadas que atraíram a ira de Deus ao tolerarem a homossexualidade[41].

Apesar de amplamente majoritária, a tese que concede proteção constitucional ao discurso de ódio não é unânime nos Estados Unidos, sendo questionada pelos autores conhecidos como *outsiders* (Catharine Mackinnon, Mary Matsuda, Richard Delgado, Charles Lawrence, dentre outros)[42]. Esses autores, de maneira geral, trazem para o debate a preocupação em compatibilizar a liberdade de expressão com o princípio da igualdade, previsto pela 14ª Emenda da Constituição americana.

3.2. Alemanha

A memória recente do Holocausto, que teve como um de seus fatores a propaganda oficial de ódio contra judeus, ciganos e outras minorias, fez com que a Alemanha engajasse sua legislação e jurisprudência no sentido de coibir e punir o discurso de ódio[43-44].

A liberdade de expressão está consagrada no art. 5.1 da Lei Fundamental alemã e, apesar de sua inegável importância, é tida como um direito fundamental como qualquer outro, não preponderando, no plano abstrato, sobre os demais. Assim, os tribunais alemães estão atentos à necessidade de ponderar a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, empregando o princípio da proporcionalidade à luz da centralidade conferida pela ordem jurídica à dignidade da pessoa humana[45].

---

41. *Snyder vs. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).
42. Os argumentos dos referidos autores serão apresentados no tópico 5 (*infra*).
43. LOEWY, Arnold H. *A dialogue of hate speech*, cit., p. 74.
44. Em janeiro de 2018, entrou em vigor, na Alemanha, a Lei conhecida como NetzDG, que obriga as plataformas de internet (*Facebook*, *Twitter*, *Google* etc.) a excluir conteúdos ofensivos, no prazo de 24 horas depois de recebida a notificação, e a bloquear os usuários responsáveis. As plataformas podem ser multadas em até 50 milhões de euros pelo descumprimento da nova legislação. Uma parlamentar do partido de extrema direita *Alternative für Deutschland* (AfD) já teve suas contas no *Facebook* e no *Twitter* bloqueadas com base na NetzDG. (Disponível em: [www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447]. Acesso em: 27.01.2018).
45. ROSENFELD, Michel. *El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional*: análisis comparativo, cit., p. 179.

Nessa linha, o Tribunal constitucional alemão desenvolveu as seguintes regras de ponderação a serem aplicadas nos casos concretos: a) caso haja manifestação de opinião que constitua insulto, o direito da personalidade prevalecerá; b) caso haja afirmação de fato, a liberdade de expressão não prevalecerá sobre o direito à personalidade se a afirmação for falsa e c) mesmo no caso em que a informação de fato seja verdadeira, há que se considerar o interesse público pela divulgação da informação[46].

O Código Penal alemão (StGB) pune em seu § 185, com pena de prisão de até um ano ou multa, o insulto coletivo ou difamação de grupos, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) o grupo atacado deve ser um grupo pequeno; b) as características desse grupo devem diferir das do público em geral; c) o ataque deve ser dirigido a todos os membros do grupo e não a seus membros individualmente e d) o ataque deve se fundar em característica inalterável ou atribuída pelo público em geral e não pelo próprio grupo (p. ex. étnicas, raciais, físicas, mentais etc.)[47].

Já o § 130 do Código Penal tipifica a incitação ao ódio contra setores da população, especialmente contra grupos identificados pela nacionalidade, raça, religião ou origem étnica, e a proposição de medidas violentas ou arbitrárias contra eles. A pena é de prisão de três meses a cinco anos. A doutrina indica como bem jurídico protegido a "paz pública", aduzindo que o objetivo do dispositivo é evitar um clima favorável a crimes de ódio[48]. Contudo, a configuração do tipo penal não depende do perigo claro e iminente de dano, como ocorre nos Estados Unidos, satisfazendo-se com o perigo abstrato[49].

---

46. 90 BVerGE 241. 248 F. (1994); 93 BVerfGE 266. 294 (1995). Em relação à regra "c", interessante citar o caso *Lebach* (35 BVerfGE 202. 245 (1973)), em que a Corte Constitucional proibiu a exibição de programa de televisão que reconstituiria um crime ocorrido há muito tempo. Entendeu-se que não havia interesse público atual no debate do caso, sendo que a exibição do programa inviabilizaria a ressocialização do culpado que sairia em breve da prisão.

47. BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio*? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 127. No caso Tucholski I (93 BVerfGE 266. 300 f. (1995)), o Tribunal Constitucional alemão anulou a condenação de um professor de ciências sociais, pacifista que se opunha à participação da Alemanha na Guerra do Golfo em 1991, que havia sido processado pelo crime do § 185 do StGB por exibir, no para-choque de seu veículo, um adesivo com os dizeres "os soldados são assassinos". A Corte entendeu que se tratava de crítica à atuação das instituições em matéria de interesse público, estando constitucionalmente protegida.

48. BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio*? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 128-129.

49. Trata-se de crime de preparação, conforme se definirá na sequência.

O § 130.3, por sua vez, pune com pena de prisão de até cinco anos ou multa o discurso que promova a denominada "mentira de Auschwitz", isto é, a aprovação, negação ou minimização, em público ou em reunião e de forma capaz de perturbar a paz pública, do genocídio cometido sob o Nacional Socialismo[50]. Brugger diferencia a modalidade "simples" do delito, que se reduz à afirmação de que o Holocausto não ocorreu ou de que não ocorreu na magnitude relatada, e a modalidade "qualificada", em que a negação é "acompanhada por conclusões normativas adicionais ou por chamamentos à ação"[51]. Conforme observa Rosenfeld, a criminalização da negação do Holocausto "simples" desperta polêmicas envolvendo a adequada diferenciação entre opinião e fato, bem como em relação aos limites da liberdade acadêmica e científica[52].

Com efeito, Estados Unidos e Alemanha adotam modelos diametralmente opostos no que diz respeito à proibição do discurso de ódio. Essa diferença pode ser atribuída, em parte, ao reconhecimento, pela doutrina constitucional alemã, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nessa visão, os direitos e garantias constitucionais, inclusive o direito à igualdade, vinculariam não apenas o Estado, mas também, ainda que em menor medida, os particulares. Para o pensamento norte-americano, alheio a essa ideia, apenas a discriminação e o preconceito que se tornam política oficial de Estado violam a Constituição, sendo indiferentes quando praticados pelos particulares[53].

---

50. Em 1994, o Tribunal Constitucional chancelou a decisão do governo alemão de exigir, como requisito para autorizar uma reunião pública em que discursaria David Irving, historiador revisionista britânico, que não se proferisse discurso de negação do Holocausto (90 BVerfGE 241-255 (1994)).

51. BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio*? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 128-129. Registra-se que o uso de símbolos nazistas é tipificado pelo § 86a.

52. ROSENFELD, Michel. *El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional*: análisis comparativo, cit., p. 183. A negação do Holocausto "simples" se enquadra no que Rosenfeld denomina "discurso de ódio em substância".

53. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech. A noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais também é influente na doutrina e jurisprudência brasileiras: "As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados." (STF, RE 201819, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2ª T. , j. 11.10.2005, *DJ* 27.10.2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

Nota-se que o modelo norte-americano é isolado no cenário internacional, tendo em vista que a proibição do *hate speech* é admitida na grande maioria dos países. Assim, países como Canadá, França, Espanha e Inglaterra, entre vários outros, possuem leis que, de alguma maneira, criminalizam discursos de ódio[54].

4. Restrições à liberdade de expressão no Direito Penal brasileiro

No Brasil, as restrições penais à liberdade de expressão não são uma novidade trazida pela temática da criminalização do discurso de ódio, conforme demonstram os tipos penais de incitação ao crime (art. 286 do CP), apologia de crime ou criminoso (art. 287 do CP), induzimento ou instigação ao uso indevido de droga[55] (art. 33, § 2º, da Lei 11.343/2006), induzimento ou instigação ao suicídio (art. 122 do CP), divulgação de segredo e violação de segredo profissional (art. 153 e 154 do CP), divulgação de fato inverídico em propaganda eleitoral (art. 323 do Código Eleitoral), ultraje a culto (art. 208 do CP), ato, escrito ou objeto obsceno (art. 233 e 234 do CP), desacato[56] (art. 331

54. Sobre o tema, Cf.: ALCALÁ, Carmen Quesada. *La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos*: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. Vide o art. 510 do Código Penal espanhol: "1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía."

55. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADIn 4.274 para dar interpretação conforme a Constituição a esse dispositivo, dele excluindo as manifestações de opinião e os debates a respeito da legalização do uso de drogas, como a denominada "marcha da maconha". (ADI 4274, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 23.11.2011, Acórdão Eletrônico *DJe*-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-00146).

56. Em dezembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de controle de convencionalidade, afastou a tipificação penal do desacato por violação ao art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica que garante a liberdade de expressão. O precedente ressalta que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se manifestou no sentido de que as leis de desacato silenciam críticas ao poder público e criam

do CP), calúnia (art. 138 do CP e art. 324 do Código Eleitoral), difamação (art. 139 do CP e art. 325 do Código Eleitoral) e injúria (art. 140 do CP e art. 326 do Código Eleitoral), entre outros.

De forma mais evidente, a Lei 7.170/1983, última a definir, no período da ditadura militar, os crimes contra a Segurança Nacional, proibia a propaganda pública de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa, de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social e de guerra (art. 22). Previa como crime, ainda, a incitação à subversão da ordem política ou social, à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis e à luta com violência entre as classes sociais (ar. 23)[57].

O Brasil é signatário de documentos internacionais que recomendam a restrição da liberdade de expressão com vistas a combater os discursos de incitação ao ódio e à discriminação. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a todos o direito à proteção legal contra qualquer incitamento à discriminação (art. 7º) e contra ofensas a sua honra e reputação (art. 12). A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto 65.810/1969, estabelece o compromisso de que os Estados-partes declarem delitos puníveis por lei a difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais e qualquer

injustificada desigualdade entre os agentes do Estado e os particulares. (STJ, REsp 1640084/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T. , j. 15.12.2016, *DJe* 01.02.2017). Contudo, no mês de maio de 2017, a Terceira Seção do STJ alterou esse entendimento e manteve a tipificação do crime de desacato, afirmando que a CIDH não possui precedente sobre o crime de desacato atrelado ao Brasil e que a própria Corte já declarou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto (STJ, HC 379.269/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, rel. p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, 3ª T. Seção, j. 24.05.2017, *DJe* 30.06.2017).

57. Nos períodos ditatoriais, esse tipo de incriminação, constante das diversas leis de Segurança Nacional, foi empregado na perseguição aos opositores do regime e aos partidários de ideologias políticas ligadas ao comunismo. Em caso julgado no ano de 1967, o Supremo Tribunal Federal trancou processo a que respondia um advogado, denunciado perante a Justiça Militar por ter proferido, pelo rádio, discurso em que teria manifestado "seu descontentamento pela vitória da revolução de março de 1964" e provocado animosidade contra as Forças Armadas. A Corte entendeu que, como o discurso supostamente subversivo foi proferido em campanha eleitoral, eventuais excessos da liberdade de expressão só poderiam ser punidos nos termos do Código Eleitoral e não da Lei de Segurança Nacional, sob pena de impossibilitar candidaturas oposicionistas. (STF, HC 44161, rel. Min. Victor Nunes, 1ª T. , j. 21.08.1967, *DJ* 11.09.1967 PP-02776 EMENT VOL-00701-02 PP-00772).

incitamento à discriminação racial (art. IV, *a*). Já a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que "A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência". A mesma disposição consta do art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto 592/1992.

A Constituição brasileira assegura a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, incisos IV e IX), mas também garante a inviolabilidade da honra, imagem e privacidade das pessoas (art. 5º, inciso X). Por outro lado, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, inciso III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como seu objetivo (art. 3º, inciso IV). Além de garantir o direito à igualdade (art. 5º, *caput*), dispõe que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, inciso XLI) e que "a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5º, inciso XLII).

Por certo, as recomendações de incriminação extraídas das convenções internacionais e do texto constitucional, ainda que formuladas semanticamente como mandados, não obrigam o legislador ordinário a criminalizar o discurso de ódio[58]. Afinal, cabe ao legislador os juízos de necessidade e utilidade da intervenção penal, não tendo a Constituição e as cartas internacionais de direitos a função de regular a conduta dos indivíduos. Todavia, os dispositivos supracitados indicam a possibilidade, em tese, de uma responsabilização *a posteriori* em concreto, inclusive criminal, pelos excessos e abusos no exercício da liberdade de expressão, vendando-se a censura prévia em abstrato (art. 220, § 2º, CR)[59].

De fato, o direito brasileiro se afasta do modelo norte-americano, alinhando-se aos vários países que punem determinados discursos de ódio. Uma demonstração disso é a Lei 9.459/1997 que acrescentou o § 3º ao art. 140 do Código Penal, instituindo a figura da injúria qualificada, cuja pena é de reclusão de um

58. Sobre o tema: BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 124-134.

59. PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam, cit., p. 12.

a três anos e multa[60]. O crime consiste em ofender a honra subjetiva de uma pessoa determinada, utilizando-se de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa[61] ou portadora de deficiência. O Supremo Tribunal Federal, provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade desse dispositivo, entendeu que o repúdio ao discurso de ódio está em conformidade com os limites impostos à liberdade de expressão pelos princípios da igualdade e da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas[62].

Mais relevante para os fins deste trabalho é o art. 20, *caput*, da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 9.459/97, que tipifica: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião[63] ou procedência nacional". A pena prevista é de reclusão de um a três anos e multa e, diferentemente do crime de injúria qualificada, os dizeres não precisam ser dirigidos a uma pessoa determinada[64]. O § 1º do referido artigo pune, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou

60. Viana critica a introdução do crime previsto no art. 140, § 3º, no Código Penal e não na Lei 7.716/89, pois tal opção legislativa afastou a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do crime (VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). *Direito criminal contemporâneo*. Brasília: Kiron, 2012. p. 114).

61. Acrescentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

62. "A Lei n. 9.459/97 acrescentou o § 3º ao artigo 140 do Código Penal, dispondo sobre o tipo qualificado de injúria, que tem como escopo a proteção do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações, pois não seria possível acolher a liberdade que fira direito alheio, mormente a honra subjetiva. 2. O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio." (STF, HC 109676, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T. j. 11.06.2013, Processo Eletrônico *DJe*-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013).

63. Waldron explica que cumpre às leis que criminalizam o discurso de ódio contra minorias religiosas reprimir aviltamentos à dignidade e à reputação dos membros do grupo religioso e não críticas às suas crenças e convicções. Assim, por exemplo, deve-se proibir discursos islamofóbicos que sustentem que todos os muçulmanos são terroristas, mas não blasfêmias contra Maomé. Todavia, o autor reconhece que essa distinção nem sempre é simples nos casos concretos, conforme demonstra a polêmica envolvendo as charges em que o profeta Maomé é retratado com bombas e explosivos. (WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation*: the visibility of hate, cit., p. 1612).

64. SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e discriminação:* análise jurídico-penal da Lei n. 7716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 126.

propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Por fim, o § 2º prevê modalidade qualificada do crime previsto no *caput*, quando praticado por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, punido com pena de dois a cinco anos de reclusão e multa[65].

No ano de 2003, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus 82.424/RS referente ao conhecido "caso Ellwanger". O escritor e editor gaúcho, Siegfried Ellwanger, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89 por ter distribuído livros, escritos por autores nacionais e estrangeiros, que divulgavam mensagens antissemitas. Na oportunidade, o STF manteve a condenação de Ellwanger, aduzindo que "O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra"[66]. Embora o Brasil não criminalize, como na Alemanha, a simples negação, minimização ou aprovação do Holocausto, a Corte brasileira entendeu que há crime quando a revisão histórica é utilizada para "incutir ódio, discriminação e distinção em relação a categorias de pessoas"[67].

O Projeto de Lei 122/2006, apelidado de "Projeto de Criminalização da Homofobia"[68], pretendia alterar o art. 140, § 3º, do Código Penal e a Lei

65. O art. 20 foi acrescentado à Lei n. 7.716/89 pela Lei n. 8.081/90. A redação original punia, com pena de reclusão de dois a cinco anos, as condutas descritas no *caput* apenas quando praticadas pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, que, com a nova redação, tornou-se a modalidade qualificada.

66. HC 82424, Relator(a): Min. Moreira Alves, rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003, *DJ* 19.03.2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Nesse julgamento, prevaleceu o entendimento de que o antissemitismo é uma forma de racismo e, por consequência, imprescritível. Para uma análise mais profunda do julgado, Cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica de teor ético-discursiva a novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

67. Em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto vencido, sustentou que a versão deturpada, incorreta e ideológica de um fato histórico constante dos livros do denunciado não tem capacidade de produzir discriminação e preconceito contra o povo judeu, tendo em vista que o Brasil não possui histórico de antissemitismo.

68. Para uma análise crítica do PL 122/2006, Cf. CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de*

7.716/89 para incluir a discriminação e o preconceito de gênero, orientação sexual e identidade de gênero[69]. Criticado pela bancada religiosa no Congresso, por supostamente violar as liberdades de expressão e religiosa, o projeto acabou apensado ao Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012). Tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados, projeto que visa definir os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos voltados a coibi-los (PL 7.582/2014)[70].

Em relação ao art. 20, *caput*, da Lei 7.716, a redação atual, ao falar em procedência nacional e não em origem como o art. 140, § 3º, do Código Penal, exclui o preconceito e a discriminação em razão de procedência regional. Apesar disso, nos recentes episódios de discursos de ódio contra os nordestinos em geral, o Ministério Público tem oferecido denúncia e o Poder Judiciário tem condenado pela prática desse crime. Ocorre que a aplicação do dispositivo a esses casos configura, a toda evidência, analogia *in malam partem*.

Observa-se, ainda, que o art. 20, *caput*, da Lei 7.716/89, em contraste com as legislações de outros países e as convenções internacionais, não utiliza o termo ódio e sim os termos discriminação e preconceito. Sabe-se que o preconceito é uma opinião ou ideia preconcebida, que pode, em alguns casos, resultar em aversão irracional a algo ou alguém. Como preconceito alude a uma predisposição psíquica, Silva afirma que apenas a discriminação pode ser proibida, porquanto constitui uma prática ofensiva ao direito à igualdade. Assim, a discriminação, diferentemente do preconceito, "por se manifestar em uma conduta, ou na vontade exteriorizada do homem, projetada no mundo, pode ser regulada pelo direito".[71]

Ciências Criminais. São Paulo, n. 99, 2012. p. 187-211. O autor entende que o direito penal deve se limita a intervir nos casos de "condutas violentas praticadas contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestir e trangêneros motivadas por preconceito ou discriminação" (CARVALHO, Salo. *Sobre a criminalização da homofobia:* perspectivas desde a criminologia queer, cit., p. 205).

69. O Supremo Tribunal Federal rejeitou denúncia contra deputado evangélico que publicara na rede social *Twitter* mensagem de conteúdo homofóbico, por não estar o fato previsto em lei como crime. O argumento da imunidade parlamentar já havia sido afastado em razão da ausência de elo entre a mensagem veiculada e o desempenho do cargo eletivo. (STF, Inq 3590, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T. , j. 12.08.2014, Acórdão Eletrônico *DJe*-177 DIVULG 11-09-2014 PUBLIC 12.09.2014).

70. PRESTES, Érika Aparecida. *A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil*, cit., p. 175-176.

71. SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 116.

Em verdade, o tipo penal em questão é excessivamente abrangente, aberto e vago, abarcando as mais diversas condutas que, na Alemanha, estão distribuídas em, pelo menos, três tipos penais próprios. Ademais, a presença, ao lado de "induzir" e "incitar", do verbo-núcleo "praticar" faz, em um primeiro momento, com que o dispositivo alcance todas as condutas incriminadas pelos demais tipos legais elencados do art. 3º ao 14 da lei[72]. Por isso, esse tipo penal é tratado como figura subsidiária ou residual[73], o que não afasta por completo os problemas decorrentes da sua amplitude.

5. As palavras podem ferir?

Há um antigo provérbio infantil em inglês que diz: "Paus e pedras podem quebrar meus ossos, mas palavras jamais vão me ferir"[74]. A concepção de que os discursos de ódio não prejudicam ninguém tem como consequência incluí-los na categoria das meras imoralidades, das quais o Direito não pode se ocupar[75]. No estágio atual, não é mais tarefa do Direito, e sim da Moral, tornar as pessoas melhores e afastá-las do mal.

Na visão de Butler, as palavras podem nos ferir porque somos seres linguísticos que precisam da linguagem para existir. Para a autora, a vulnerabilidade do ser humano diante da linguagem é uma consequência de sua própria constituição linguística.[76] A linguagem é uma prática social cotidiana que conforma de diferentes formas a realidade em que as pessoas vivem. Por conseguinte, o discurso não é apenas representação da realidade, mas também construção, reprodução e desconstrução dessa realidade, inclusive no que toca às estruturas sociais de dominação e subordinação[77].

Nesse quadro, Foucault não vê o discurso como o "elemento transparente ou neutro em que a política se pacifica", mas como o instrumento de poder

72. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 327.

73. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Um silêncio incômodo* – Crítica à incriminação do discurso de ódio, cit., p. 188.

74. Tradução livre de "Sticks and stones may break my bones, but words will never hurt me".

75. Cf.: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1.

76. BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Sintesis, 2009. p. 16.

77. VAN DIJK, Teun A. *Discurso e poder*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002. p. 56 e 133.

por meio do qual a política exerce, de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes[78]. Segundo o autor, a história ensina que o "discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou sistemas de dominação, mas aquilo por que e pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar"[79].

Na análise de Austin[80], o ato de fala não se reduz à enunciação de palavras com significado. Para além desse caráter locutório, o ato de fala também pode revelar, desde que presentes as condições adequadas, dimensões ilocutórias e perlocutórias. A dimensão ilocutória se manifesta quando o enunciado se realiza pela fala, isto é, o próprio ato de fala já concretiza um agir (prometer, informar, ameaçar etc.). A dimensão perlocutória ou performativa, por sua vez, vincula-se aos efeitos da fala sobre a audiência (convencer, induzir, instigar, ofender etc.). As dimensões ilocutória e perlocutória demonstram que os discursos são capazes de agir sobre o mundo.

Por certo, a linguagem é veículo de definição de identidades e diferenças na sociedade, o que evidencia o poder que os discursos têm de estigmatizar, excluir e oprimir. Daí serem as palavras capazes de exercer diretamente um tipo pouco visível de violência, a dita simbólica[81]. A identificação dessa violência nas sociedades multiculturais de hoje exige que se compreenda o contexto histórico e social em que ela se desenvolve, bem como que se dê voz a suas vítimas e se faça ouvir os relatos de suas experiências[82].

Para Waldron[83], a "poluição ambiental" produzida pelos discursos de ódio atinge a garantia que deve ser dada a todos os cidadãos de uma "sociedade bem ordenada", conforme definição emprestada do filósofo John Rawls, de que o seu *status* de dignidade está assegurado. Com efeito, esses discursos perpetuam

78. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 9.

79. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*, cit., p. 10.

80. AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

81. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989. p. 15.

82. Nesse sentido: DELGADO, Richard. Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling. *Harvard Civil Rights Liberties Law Review*, v. 17, 1982. p. 146.

83. WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation*: the visibility of hate, cit., p. 1620. Para uma crítica a essa visão: SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm and hate speech, cit., p. 717-726.

as hierarquias sociais baseadas na identidade ao reforçar a convicção de que as posições subalternas historicamente atribuídas a determinadas minorias se mantêm válidas e aplicáveis. Por isso, o autor defende que é preciso "limpar" o ódio visível na esfera pública, a fim de garantir que os grupos vulneráveis sigam suas vidas livres do medo, da discriminação e da humilhação.

Por outro lado, Eribon destaca que há um *continuum* linguístico e social entre o discurso de ódio e as práticas de discriminação: "entre o insulto 'negro imundo' e as leis que proíbem os casamentos inter-raciais nos Estados Unidos nos anos sessenta há uma continuidade perfeita e evidente"[84] (tradução nossa). A mesma relação pode ser feita, por exemplo, entre os discursos higienistas que promulgavam que os negros eram transmissores de doenças e os banheiros de uso exclusivo da população branca, tão comuns no segregacionismo norte-americano e no *apartheid* sul-africano. De fato, a escravidão, o segregacionismo, a perseguição contra ciganos e judeus, o apedrejamento de mulheres e homossexuais pelo talibã etc., antes de serem práticas consolidadas, foram também uma ideia defendida[85].

No mesmo sentido, Mackinnon explica que a discriminação é criada e aplicada a partir das palavras, uma vez que a hierarquia social não existe senão incorporada em significados e expressa pela comunicação[86]. A autora questiona a lógica em punir uma ofensa quando dirigida contra um indivíduo, mas não quando dirigida contra um grande grupo de pessoas[87]. Afinal, não há diferença entre um cartaz escrito *nigger die* em um local público e um bilhete enviado a uma pessoa negra com os mesmos dizeres que justifique o primeiro ser considerado liberdade de expressão política e o segundo crime de ameaça.

Segundo Matsuda[88], os discursos de ódio, sejam dirigidos a pessoas determinadas ou indeterminadas, destroem a autoestima e o autorrespeito das suas

84. "(…) entre el insulto 'sucio negro' y las leyes que prohibían los matrimonios interraciales en Estados Unidos hasta los años sesenta hay una continuidad perfecta y evidente" (ERIBON, Didier. *Identidades: reflexiones sobre la cuestión gay*. Trad. José Miguel Marcén. Barcelona: Bellaterra, 2000. p. 58).

85. LAWRENCE III, Charles R. If the hollers let him go: regulating racist speech on campus. *Duke Law Journal*, v. 1990, n. 3, jun. 1990. p. 443.

86. "Social inequality is substantially created and enforced – that is, done – through words and images. Social hierarchy cannot and does not exist without being embodied in meanings and expressed in communications". MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p 13.

87. MACKINNON, Catharine. *Only words*, cit., p. 52.

88. MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech: considering the victim's story. In: CRENSHAW, Kimberlè Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.;

vítimas, que acabam, ainda que inconscientemente, tomando os repetidos insultos como verdadeiros. Isso leva a um sentimento de impotência diante da agressão, tornando mais difícil para as vítimas confrontar de maneira igual e equilibrada os emissores das mensagens de ódio.

Por isso, Fiss chama a atenção para o efeito silenciador que o discurso de ódio exerce sobre grupos que, tradicionalmente, já são vulneráveis. O autor defende a necessidade de silenciar a voz de alguns, especificamente daqueles que estão inibindo o debate público, para que possam ser ouvidas as vozes dos outros[89]. A omissão do Estado nesse tocante, em uma sociedade marcada pela subalternização e opressão de determinados grupos, constitui postura em favor da manutenção dos privilégios dos grupos hegemônicos[90].

Os privilégios e as desvantagens sociais afetam a acessibilidade dos indivíduos aos debates públicos, de forma que a capacidade das vozes de serem ouvidas e o seu potencial de convencimento estão sujeitos a critérios desiguais que nada tem a ver com a qualidade dos argumentos. Logo, o "mercado livre de ideias" de que tanto falam autores como Dworkin é um modelo ideal e abstrato que não se verifica na realidade concreta ou, pelo menos, não para as minorias historicamente vulneráveis. Por outro lado, ainda que se verificasse, será que as experiências práticas justificam o otimismo em confiar cegamente que a racionalidade e as melhores ideias prevaleceriam nesse livre mercado?

A dimensão perlocutória ou performativa dos discursos de ódio não pode ser desprezada, tendo em vista a relação entre a sua difusão e as estatísticas de crimes de ódio. De fato, os discursos racistas são uma forma de propaganda que

---

MATSUDA, Mari J. *Words that wound. Critical race theory*. Assaultive Speech, and the First Amendment. Boulder: Westview Press, 1993. p. 25.

89. FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 30-33. De maneira diversa, Dworkin sustenta que a afirmação de que o discurso racista "cala" as minorias raciais possui força empírica incerta e que não parece razoável supor que a livre circulação de opiniões política, mesmo as psicologicamente danosas, ofenda a igualdade (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 515).

90. FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão:* estado, regulação e diversidade na esfera pública, cit., p. 130. Fiss critica a visão de que a ausência de regulamentação representa necessariamente mais liberdade e que qualquer intervenção do Estado significa censura. Para o autor, o Estado pode ser um opressor, mas pode ser também uma fonte de liberdade (FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*, cit., p. 28).

visa insensibilizar e persuadir consumidores, sobretudo em períodos de crise econômica, a comprar um produto que, pelo menos nos Estados Unidos, ainda pode ser livremente vendido: o ódio racial[91]. Conforme assevera Prates, "Não precisamos ir até o Holocausto judaico para comprovarmos o poder perverso que as palavras podem desvelar", bastando lembrar o caso de Ruanda, em que a difusão de ódio contra a etnia Tutsi, por meio de jornal, rádio e televisão, foi assimilada a tal nível pelos Hutus que incitou um verdadeiro genocídio[92].

Nesse cenário, não faz sentido insistir na prevalência da liberdade de expressão daqueles que proferem discursos de ódio, em detrimento dos interesses daqueles que são atacados, sob o argumento de que esse é o preço que se deve pagar para viver uma democracia. Há que se ter em mente que tais "custos da democracia" estão distribuídos de maneira desigual na sociedade, não sendo justo exigir que as minorias continuem a carregar o pesado fardo da manutenção da tolerância ilimitada[93].

6. Se, quando e como o discurso de ódio ofende bens jurídico-penais

Como visto acima, os discursos de ódio não são "apenas palavras", mas já constituem um agir capaz de ferir tanto quanto "paus e pedras", o que justifica certas restrições, nesse âmbito, à liberdade de expressão. A questão que agora se coloca é se o Direito Penal pode, ao menos em tese, jogar algum papel nessa restrição. A resposta a essa questão passa, em nosso sistema jurídico, pela identificação dos bens jurídicos[94] ofendidos pelo discurso de ódio.

Conforme explicita Sarmento, "as manifestações de ódio, preconceito e intolerância tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas

91. PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito:* o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam, cit., p. 132. Como negar, por exemplo, que a agressão de um jovem norte-americano de origem chinesa em Detroit por outros jovens que, durante a violência, gritavam que ele era o culpado por estarem desempregados esteja relacionada com a propagada antiasiática que ocorria nas indústrias automobilísticas da cidade? O exemplo é de Matsuda, citado por PRATES, Ibid., p. 134.

92. PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito:* o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam, cit., p. 134.

93. LAWRENCE III, Charles R. *If he hollers let him go*: regulating racist speech on campus, cit., *passim*.

94. Sobre a noção de bem jurídico-penal: BADARÓ, Tatiana. *Bens jurídico-penais supraindividuais*.

vítimas – angústia, revolta, medo, vergonha"[95]. Todavia, por essa perspectiva, o tema da criminalização do discurso de ódio reascende a antiga polêmica sobre se o Direito Penal deve se ocupar do menoscabo a sentimentos[96]. Ainda na década de 1970, a dogmática alemã foi responsável por assentar o entendimento de que "meros sentimentos" não constituem bens jurídico-penais, uma vez que não caberia ao Direito Penal afastar dos cidadãos as emoções negativas[97].

Segundo Roxin, o único sentimento passível de tutela penal é o sentimento de segurança. Assim, o crime de incitação ao ódio e à discriminação de parcelas da população, por razões étnicas, religiosas ou de orientação sexual, justifica-se por ser "tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade livre de medo"[98]. Contudo, uma proteção penal de sentimentos que vá além dessas balizas é incompatível com uma sociedade multicultural e tolerante.

Para Hörnle, a grande maioria dos crimes produz nas pessoas reações psicológicas desagradáveis (frustração, decepção, ressentimento etc.), mas apenas em relação àqueles delitos nos quais não é possível vislumbrar violação a direitos de terceiros é que se pode afirmar que a proibição penal se volta exclusivamente à tutela de sentimentos[99]. Assim, para a autora, a incitação a medidas violentas ou arbitrárias contra partes da população (tipificado, como visto, pelo § 130 do Código Penal alemão) expõe a perigo bens jurídicos como a vida, a liberdade e a propriedade dos grupos visados[100]. Porém, a criminalização da utilização de símbolos nazistas e da negação do Holocausto (§ 86a e § 130.3 do Código Penal alemão) serve apenas a evitar a indignação e a comoção social decorrentes da

95. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech.

96. Cf. BADARÓ, Tatiana. *Bens jurídico-penais supraindividuais*, cit., p. 191-195.

97. HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 384.

98. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

99. HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el STGB*, cit., p. 384. Para a autora, os crimes contra a honra e de ameaça, por exemplo, são autênticos delitos contra sentimentos. Entretanto, deve-se reconhecer que, mais do que provocar um sentimento de insegurança, o crime de ameaça também atinge o bem jurídico-penal liberdade, no que toca especificamente à liberdade psíquica. Da mesma forma, para além da perturbação de sentimentos, a honra se apresenta como um bem inerente ao reconhecimento de direitos da personalidade.

100. HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el STGB*, cit., p. 388-389.

quebra de "tabus modernos" da sociedade alemã[101]. Hörnle afirma que tais condutas, em geral, praticadas por pessoas isoladas ou por grupos e movimentos parcamente organizados, não podem ser legitimamente tipificadas com base na alegação de que produzem um longínquo perigo indireto para o Estado Democrático de Direito[102].

Na visão de Feinberg, o uso público de símbolos do nazismo e da K.K.K, apesar de não causar danos permanentes aos interesses de outras pessoas, é conduta apta a incutir estados mentais indesejados, tais como medo, ansiedade, vergonha e incômodo. Tais símbolos insultam, afrontam, ameaçam e incitam a violência, pois estão ligados a atrocidades cometidas na História recente. Logo, a proibição penal da suástica e da cruz em chamas, por exemplo, não viola a liberdade de expressão, uma vez que são utilizadas não com o propósito de participação no debate democrático, mas de chocar, ofender, aterrorizar e intimidar, inexistindo qualquer valor social em permiti-los[103].

Roxin afirma que a incriminação da negação ou minimização do genocídio cometido durante o regime nazista é meramente simbólica e ilegítima, porquanto não serve à proteção de bens jurídicos. O autor define como simbólicas as leis que "não são necessárias para a convivência pacífica", mas perseguem fins extrapenais, por exemplo, tranquilizar o eleitorado e criar uma boa imagem do Estado. Assim, a "negação total ou parcial de fatos históricos que não supõem uma aprovação do delito não prejudica a vida em comum das pessoas vivas, sobretudo porque os fatos já estão provados e sua realidade histórica é geralmente reconhecida"[104].

---

101. HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el STGB*, cit., p. 391-392.

102. HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el STGB*, cit., p. 397-398.

103. FEINBERG, Joel. *Offense to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1985. v. 2. p. 90-93. Para o autor, a incriminação desse tipo de conduta se justifica com base no *offense principle* e não no *harm principle*, que fundamenta a maioria dos crimes.

104. "La negación total o parcial de hechos históricos que no supone una aprobación del delito no perjudica la vida en común de las personas vivas, sobre todo porque estos hechos se han probado y su realidad histórica es generalmente reconocida" (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 451). Na mesma linha, Ordeig sustenta que a "mentira de Auschwitz" ofende tão somente o "sentimento de escândalo", que não pode ser alçado à categoria de bem jurídico-penal, uma vez que a Lei Fundamental alemã ampara as liberdades de expressão e opinião mesmo daqueles que estão "errados" (ORDEIG, Enrique

Deve-se evitar classificar os discursos de ódio como crimes contra a paz pública, como o faz o Código Penal alemão. A doutrina define a paz pública como o sentimento de segurança coletiva, ou seja, a avaliação subjetiva de um número indeterminado de pessoas acerca da segurança jurídica geral numa dada sociedade. Nessa conceituação, a paz pública é uma abstração impalpável e alheia aos dados da realidade, apta, portanto, a embasar a criminalização de condutas completamente inofensivas do ponto de vista objetivo[105].

Com efeito, a proibição penal de condutas que afetam apenas sentimentos é expediente inadmissível, fazendo-se necessário investigar a existência de bens jurídico-penais subjacentes a cada uma das figuras típicas que, à primeira vista, aparentam estar voltadas à tutela de sentimentos[106]. Portanto, caso não se identifique, para além do mero sentimento, a presença de ofensa a um autêntico bem jurídico-penal, a criminalização da conduta é infundada. Em geral, noções abstratas e imprecisas como paz pública, ordem pública e segurança pública ocultam por trás de si autênticos bens jurídicos individuais[107].

Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 21). Bunzel, Schmidt e Stolle concordam que a negação do Holocausto não se justifica pela Constituição, tratando-se de delito que só foi recepcionado em razão de compromissos internacionais (BUZEL, Michael; SCHMIDT, Juana; STOLLE, Peer. Primera sesión. Teoría del bien jurídico y *harm principle*. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 423).

105. HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 387 *et seq*; BADARÓ, Tatiana. *Bens jurídico-penais supraindividuais*, cit., p. 192-193. Waldron também critica essa tendência na doutrina norte-americana: "public order is a complicated idea, and preventing fighting or violence from breaking out – that very narrow sense of *keeping the peace* – is only one of its dimensions. Public order might also comprise society's interest in maintaining among us a proper sense of one another's social or legal *status*." (WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation*: the visibility of hate, cit., p. 1604). Os crimes contra a paz pública correspondem aos que, na Itália, são denominados crimes contra a ordem pública. A doutrina italiana diferencia a ordem pública em sentido normativo ou ideal da ordem pública em sentido material (Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 124-125). A noção de ordem pública em sentido normativo é extremamente formalista e a de ordem pública em sentido material se confunde com o sentimento de tranquilidade e segurança coletiva.

106. BADARÓ, Tatiana. *Bens jurídico-penais supraindividuais*, cit., p. 194.

107. ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 19, v. 91, p. 400. Salienta-se que desvelar essa ocultação é essencial para explicitar as estruturas delitivas empregadas pelo legislador (BADARÓ, Tatiana. *Bens jurídico-penais supraindividuais*, cit., p. 194).

De antemão, salienta-se que a dignidade humana não pode ser indicada como o bem jurídico ofendido pelas mais variadas modalidades de discursos de ódio. A dignidade humana não constitui, em si mesma, um bem jurídico-penal, mas é o fim último do sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito e o fundamento da ordem constitucional brasileira[108]. Desse modo, a dignidade humana integra, em tese, a *ratio legis* das normas jurídicas e do Direito como um todo e tem como função orientar a postulação dos bens jurídico-penais, não podendo ser confundida com o bem jurídico ofendido pela conduta criminosa. Além disso, considerando a amplitude da noção e a dificuldade de conceituar, em concreto, o que se entende por dignidade humana, há o risco de que o recurso à expressão seja banalizado, convertendo-se em mero instrumento retórico apto a justificar toda e qualquer incriminação.

A nosso ver, condutas tipificadas pelo art. 20 da Lei 7.716/89 afetam bens jurídicos concretos de "pessoas de carne e osso", podendo-se identificar como bens ofendidos:

a) Honra[109]: O discurso de ódio atinge a honra subjetiva, no que se refere à autoestima pessoal, dos membros de grupos sociais historicamente fragilizados. De uma forma muito semelhante ao que ocorre com práticas como o *bullying*, os insultos contra minorias vulneráveis podem causar dor e sofrimento mental, bem como 'desencadear verdadeiras crises de identidade em suas vítimas'[110]. Certo é que 'a autoestima é um bem absolutamente fundamental para o indivíduo, que se conecta não só ao seu bem-estar psíquico, mas à sua própria capacidade de eleger e de perseguir autonomamente os seus planos de vida'[111]. Além disso, a honra objetiva dos indivíduos também é ofendida, pois a repetição dos insultos 'acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas têm dos integrantes destes grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos'[112]. Assim, ofendem esse bem jurídico-penal, falas como: 'índios são

108. No mesmo sentido: BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005). *Revista Fórum de Ciências Criminais*. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan.-jun., 2015. p. 55-56.

109. Não se adentrará aqui na polêmica sobre se a honra carece de tutela pelo direito penal ou se deve ser protegida apenas no âmbito civil, que já conta com o instituto da reparação pelo dano moral. Para os fins do presente artigo, é suficiente a constatação de que a honra constitui um bem jurídico-penal do ponto de vista de uma teoria pessoal.

110. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech. No mesmo sentido: MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech: considering the victim's story, cit., p. 17-51.

111. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech.

112. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech.

preguiçosos e inúteis', 'muçulmanos são terroristas', 'quilombolas são animais que não servem nem para procriar', 'nordestino não é gente' e 'homossexuais são doentes e pedófilos', sendo que as duas últimas não estão tipificadas pelo art. 20 da Lei 7.716/89. Nota-se que as condutas abarcadas pela previsão da lei específica se diferenciam das abarcadas pelo art. 140, § 3º, do Código Penal por se dirigirem contra a honra de pessoas indeterminadas. O art. 140, § 3º, do Código Penal exige a produção de um dano efetivo para o bem jurídico de pessoa determinada. Já o art. 20 da Lei 7.716/89 se satisfaz com a produção de um perigo de dano para bem jurídico individual de uma pluralidade de pessoas indeterminadas, ou seja, trata-se do que se denomina de crime de perigo comum. Nesse caso específico, como o resultado de perigo não foi inserido pelo legislador como elemento expresso do tipo penal, estamos diante de crime de perigo abstrato e não concreto. Essa análise revela a desproporcionalidade entre as penas fixadas para os dois delitos em questão: um crime de dano e um crime de perigo abstrato punidos com pena idêntica, a despeito da diferença na gravidade dos resultados exigidos por cada tipo penal[113]. Ressalta-se que, naqueles casos em que um mesmo insulto que utiliza elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, além de causar dano à honra da pessoa determinada a que é dirigido, também reflete nas honras individuais dos demais membros do grupo identitário, haverá concurso formal entre os crimes previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal e art. 20 da Lei 7.716/89. Isso porque o dano sofrido por um dos membros do grupo identitário não exaure o potencial lesivo da conduta proibida, o que afasta os princípios do concurso aparente de normas e determina a aplicação do concurso de crimes[114].

b) Liberdade: O discurso de ódio, muitas vezes, intimida os indivíduos atacados, fazendo com que eles não se sintam seguros o suficiente para se manifestar livremente na esfera pública. Logo, o potencial que esses discursos têm de silenciar suas vítimas perante uma situação de opressão é contraproducente para o livre desenvolvimento do debate democrático. De fato, falas como 'lésbicas merecem ser estupradas' e o uso da suástica nazista em defesa do antissemitismo ofendem o bem jurídico-penal liberdade psíquica (liberdade de escolher fazer, deixar fazer ou deixar de fazer), assim como se dá com o crime de ameaça. Afinal, ao incutir medo nas mulheres homossexuais e na comunidade judaica,

113. Cf. GRECO, Luís. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, abr.-jun. 2004. p. 114.

114. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. 2006. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito)., Belo Horizonte: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2006. p. 150-151.

tais condutas podem lhes obstruir o livre exercício da autonomia e o desenvolvimento da personalidade na esfera pública. Apesar disso, como já dito, o discurso de ódio contra lésbicas é atípico e o uso da suástica nazista com o fim de divulgar o nazismo é tipificado pelo art. 20, § 1º, da Lei 7.716/89. Observa-se que o crime de ameaça (art. 147 do Código Penal) se diferencia do crime do art. 20 da Lei 7.716/89 pelo fato da fala ameaçadora se direcionar a uma pessoa determinada e não a uma pluralidade de pessoas indeterminadas provenientes de um grupo identitário vulnerável. Essa comparação, mais uma vez, revela a falta de razoabilidade do legislador na previsão de penas: o crime de ameaça, que é de dano à liberdade psíquica, é punido com pena de 1 a 6 meses ou multa, consideravelmente inferior às penas do art. 20 da Lei 7.716/89, que alcança condutas que expõem a perigo abstrato a liberdade psíquica de pessoas indeterminados. Aqui cabem as mesmas considerações feitas acima a respeito da possibilidade de concurso de crimes. O discurso de ódio também pode revestir a estrutura de uma incitação ao crime e à violência, como ocorre com a já referida fala '*Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado*'[115]. A incitação de pessoas indeterminadas à prática de crime de ódio por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional configura o crime do artigo 20 da Lei 7.716/89[116]. O bem jurídico afetado dependerá do tipo de crime incitado, podendo ser a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio etc. A previsão da lei extravagante afasta a aplicação do art. 286 do Código Penal, que tipifica a incitação ao crime, punida com pena de três a seis meses ou multa. Apesar da discrepância entre as penas, ambos os crimes são de perigo abstrato, mais especificamente de preparação[117]. O crime do Código Penal, diferentemente da incitação ou instigação à crime de ódio, reserva-se apenas às hipóteses de incitação pública à prática de crime determinado e não genérico[118].

c) Igualdade: Os discursos de ódio podem incentivar e estimular que outras pessoas também discriminem os integrantes do grupo social atacado, frustrando as pretensões de constituição de uma sociedade mais igualitária

115. Como já dito, tendo em vista que o art. 20, *caput*, da Lei 7.716/89 se refere apenas à "procedência nacional" e não a origem como faz o art. 140, § 3º, do Código Penal, o discurso de ódio por procedência regional não está tipificado em lei, sendo que as punições penais que vem ocorrendo nesses casos afetam o princípio da legalidade, mais especificamente a violação da analogia *in malam partem*.

116. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 3. Parte Especial – Arts. 250 a 359-H. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 212-213.

117. Falaremos sobre essa categoria mais adiante.

118. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 211.

e livre do preconceito. Por certo, tais falas promovem o desprezo pelas suas vítimas e potencializam o seu ostracismo social. Ademais, a constante desumanização e ridicularização de minorias insensibiliza a população, gradualmente, perante situações de grave violação a direitos fundamentais desses grupos. Com efeito, os discursos de ódio 'criam um ambiente que reforça o preconceito, mesmo entre indivíduos equilibrados que provavelmente nunca chegariam ao ponto de expressarem-se de forma violenta contra minorias'[119]. Assim, da mesma forma que as condutas descritas nos artigos 1º ao 13 da Lei 7.716/89, a indução ou incitação de pessoas indeterminadas à prática de condutas descritas nesses tipos ofende o bem jurídico-penal individual 'igualdade', titularizado por uma pluralidade de pessoas indeterminadas pertencentes a determinado grupo identitário. É o caso, por exemplo, de declarações que instiguem estabelecimentos educacionais privados a não admitirem alunos e alunas transexuais nem a contratarem professores homossexuais. Tais condutas, embora ofensivas, não estão tipificadas pela Lei 7.716/89 por ausência de referência à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. No entanto, as mesmas declarações, caso dirigidas contra refugiados haitianos, por exemplo, incidiriam na previsão legal, por se tratar de discriminação por procedência nacional. Observa-se que, também em relação às condutas que afetam o bem jurídico 'igualdade', o art. 20 da Lei 7.716/89 se estrutura sob a forma de delito de preparação[120]. Os crimes de preparação descrevem condutas que, não obstante incapazes de gerar, sozinhas, dano efetivo ou perigo concreto de dano para o bem jurídico, podem servir de base para a prática de fatos ofensivos a bens jurídicos[121]. De fato, as condutas voltadas direta e mediatamente a

119. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech.

120. Em seu trabalho, Waldron parece caracterizar o discurso de ódio como crime de acumulação, por entender que tais discursos aumentam o preconceito visível na sociedade.

121. HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 290-291. A respeito dos crimes de preparação em: BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*, cit., p. 267-275. A incitação a medidas violentas ou arbitrárias contra partes da população, tipificada pelo art. § 130.1, do Código Penal alemão, também é crime de preparação. Sobre essa controversa modalidade de crime de perigo abstrato, Hörnle explica que: "Las expresiones instigadoras de la generalidad pueden originar peligros para la vida, la salud, la propiedad, etc. de los miembros de una parte determinada de la población si otras personas se sienten aludidas por la incitación. Con tales delitos de peligro se amplía considerablemente la punibilidad, adelantándola, ya que para la aparición de una lesión o de un peligro concreto para víctimas concretas es preciso un paso intermedio: las personas incitadas por el agitador deben realizar los hechos punibles como

determinar ou instigar outras pessoas a praticar condutas ofensivas, em razão de seu claro caráter de contribuição delitiva, produzem um perigo proibido de dano a bens jurídicos. Todavia, verifica-se, mais uma vez, a desproporcionalidade das penas previstas pelo legislador, uma vez que ao crime de perigo e preparatório previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89 é cominada pena idêntica à prevista para condutas danosas, situadas em fases mais avançadas do *iter criminis*. Daí que, por exemplo, aquele que incita à criação de elevadores separados para negros e brancos nos edifícios e aquele que impede uma pessoa negra de utilizar o elevador social (art. 11) estão sujeitos à mesma pena restritiva de liberdade.

A tipificação do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, como de qualquer crime de perigo abstrato, depende de dois requisitos: 1) idoneidade da conduta para causar dano ao bem jurídico e 2) não insignificância dessa possibilidade de dano ao bem jurídico. Ademais, deve-se ter em conta, para a definição do que seria um "risco não insignificante", que quanto mais grave o possível dano, menos provável ele precisa ser; e quanto mais provável o dano, menos grave ele precisa ser.[122]

Tais requisitos devem ser averiguados conforme as circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração, principalmente, o sujeito que profere o discurso, o lugar em que é proferido, o meio pelo qual foi difundido, o grupo atacado pelo discurso, a audiência à qual ele se destina e o contexto histórico, social e cultural que circundam o ato de fato. Logo, por exemplo, um mesmo discurso pode se apresentar como apto a incitar à discriminação quando proferido perante uma audiência composta por crianças e adolescentes, mas não quando proferido perante pessoas maiores e capazes de refletir criticamente a respeito das ideias expostas.

Além disso, a vulnerabilidade fática do grupo identitário atacado pelo discurso de ódio é indispensável ao reconhecimento da periculosidade não insignificante de dano aos bens jurídicos acima identificados[123]. Isso porque o efeito

---

resultado de su decisión responsable. Sin embargo, la imputación de estos peligros es posible porque, como en todas las incitaciones explícitas, el agitador no puede ampararse en que tenía confianza en la conducta conforme a derecho del sujeto al que incitó." (HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 389).

122. BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*, cit., p. 258.

123. Na mesma linha, Sarmento afirma que "deve haver uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros de grupos hegemônicos quando ataquem estas minorias". (SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech).

silenciador, intimidador e perpetuador de hierarquias sociais é, praticamente, exclusivo do discurso de ódio contra minorias, que também se apresenta potencialmente mais danoso à autoestima das suas vítimas.

Por outro lado, é preciso ter em conta a distinção entre discurso de ódio e discurso meramente censurável, isto é, aquele discurso que, embora reprovável, intolerante e preconceituoso, não se volta preponderantemente a incitar ao ódio e à discriminação contra grupos hipossuficientes. Dessa forma, por exemplo, os discursos ultrajantes e depreciativos que se apresentam idôneos a transmitir uma ideia relevante ao exercício da liberdade de expressão política, científica, artística ou religiosa devem, em princípio, serem tolerados. A intervenção penal deve se reservar àqueles casos em que sequer se pode falar em autêntico discurso, entendido como diálogo intersubjetivo, pois o propósito de promover o medo, a violência psicológica e a discriminação predomina sobre eventual conteúdo comunicativo da mensagem.

No mais, destaca-se que a ofensividade a bens jurídico-penais, apesar de condição necessária, não é por si só suficiente para justificar a proibição penal de um discurso. Aliás, a incriminação visa atingir apenas os casos mais graves de uso abusivo e injustificado da liberdade de expressão e não todos os casos em que há perigo de dano a bens jurídicos. Por isso, cabe à doutrina estabelecer, a partir da análise dos casos concretos, critérios extras aptos a orientar e delimitar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/89.

7. Conclusões

O Direito penal brasileiro, afastando-se do modelo norte-americano, alinha-se a países como a Alemanha ao criminalizar determinadas modalidades de discurso de ódio. Daí que aquele que emite ou propaga esse tipo de discurso pode estar sujeito à responsabilização penal, bem como à civil e administrativa. A ordem constitucional brasileira, conquanto não obrigue que se proíba toda e qualquer mensagem "odiosa", impede que discursos que incitem ao ódio, à violência e à discriminação contra grupos identitários sejam incluídos no espectro da liberdade de expressão protegida.

Nesse quadro, o art. 20 da Lei 7.716/89 introduz tipo penal pluriofensivo, que alcança discursos preconceituosos e discriminatórios que ofendem, principalmente, algum desses três bens jurídico-penais: honra, liberdade psíquica e igualdade. Nos casos de incitação à prática de crime de ódio, o bem jurídico ofendido dependerá do tipo de crime incitado, podendo ser a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio etc.

Para a configuração da figura típica, é necessária a exposição a perigo de dano dos bens jurídicos individuais pertencentes a uma pluralidade de pessoas indeterminadas, provenientes do grupo identitário objeto de ataque. Trata-se de crime de perigo comum e abstrato, sendo que, em alguns casos, estrutura-se como crime de preparação. Essa característica é importante para distingui-lo de outros crimes como os previstos pelo art. 140, § 3º, e art. 147, ambos do Código Penal.

O tipo penal em questão merece algumas críticas. Em primeiro lugar, o legislador errou em congregar sob uma mesma espécie típica gama tão diversa de condutas. O mais adequado seria desmembrar a figura criminosa em mais de um tipo penal, conforme o bem jurídico especificamente atingido, de forma semelhante ao feito pelo legislador alemão. Com isso, a descrição das condutas proibidas poderia ser aprimorada do ponto de vista da taxatividade, delimitando-se melhor o alcance de cada tipo penal, e as penas cominadas poderiam ser adequadas à gravidade de cada violação ao bem jurídico. De fato, o legislador não observou o princípio da proporcionalidade ao fixar para crime de perigo abstrato pena igual ou até mais severa do que a prevista para crimes de dano contra o mesmo bem jurídico.

Além disso, mostra-se necessária uma atualização das categorias de discurso preconceituoso e discriminatório previstas pelo tipo penal. Assim, ao lado dos elementos de raça, cor, etnia e religião, deveriam ser incluídos gênero, orientação sexual e identidade de gênero. A elementar "procedência nacional" deveria ser substituída pelo termo origem, a fim de também abarcar a procedência regional. Por outro lado, o legislador acertou ao excluir da incriminação o discurso de ódio em razão de ideologia política, pois, em contextos de crise política como o atual, poderia levar a uma hipercriminalização com riscos de instrumentalização do aparato penal para fins de censura e perseguição política.

Por fim, verifica-se que a excessiva amplitude típica do art. 20 da Lei 7.716/89 deve ser corrigida a partir de critérios aptos a orientar a sua aplicação concreta. Há que se analisar, com base nas circunstâncias do caso concreto, se o discurso emitido possui idoneidade para produzir um perigo não insignificante de dano a bens jurídicos. A vulnerabilidade fática do grupo minoritário "odiado" é o primeiro e mais importante dado a ser considerado.

Ademais, o aplicador deve considerar se a mensagem, conquanto preconceituosa e discriminatório, possui algum valor social que a fundamente enquanto exercício da liberdade de expressão. Logo, recomenda-se cautela, por exemplo, na proibição penal de livros, filmes, músicas, peças de teatro e pesquisas científicas, em relação aos quais se mostram mais adequadas outras medidas de restrição ou controle (notas explicativas, classificação etária etc.). O controle penal, também nesse âmbito, deve ser a *ultima ratio*.

8. Referências bibliográficas

ALCALÁ, Carmen Quesada. La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 30, 2015.

AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). *Revista Fórum de Ciências Criminais*. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan.-jun. 2015. p. 53-72.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista Direito Público*. Brasília, n. 15, jan.-fev.-mar. 2007. p. 117-136.

BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Sintesis, 2009.

BUZEL, Michael; SCHMIDT, Juana; STOLLE, Peer. Primera sesión. Teoría del bien jurídico y *harm principle*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 99, 2012. p. 187-211.

DELGADO, Richard. Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling. *Harvard Civil Rights Liberties Law Review*, v. 17, 1982. p. 133-181.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ERIBON, Didier. *Identidades:* reflexiones sobre la cuestión gay. Trad. José Miguel Marcén. Barcelona: Bellaterra, 2000.

ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 91, jul.-ago. 2011. p. 392-409.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. v. 1. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Offense to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. v. 2. New York: Oxford University Press, 1985.

FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GRECO, Luís. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, abr.-jun. 2004. p. 89-147.

HARELL, Allison. The limits of tolerance in diverse societies: hate speech and political tolerance norms among youth. *Canadian Journal of Political Science*, 43:2, jun. 2010. p. 407-432.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. 2006. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos,* Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p-79-92, jan.-jun. 1996.

LAWRENCE III, Charles R. If the hollers let him go: regulating racist speech on campus. *Duke Law Journal*, v. 1990, n. 3, jun. 1990. p. 431-483.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LOEWY, Arnold H. A dialogue of hate speech. *Florida State University Law Review*. Florida, v. 36, issue 1, article 4, 2008. p. 67-78.

MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech: considering the victim's story. In: CRENSHAW, Kimberlè Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. *Words that wound.* Critical race theory. Assaultive Speech, and the First Amendment. Boulder: Westview Press, 1993.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Writings*. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica de teor ético-discursiva a novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ORDEIG, Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

PETERSEN, Michael; SLOTHUUS, Rune; STUBAGER, Rune; TOGEBY, Lise. Freedom for all? The strength and limits of political tolerance. *British Journal of Political Science*, v. 41, issue 03, jul. 2011. p. 581-597.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 3. Parte Especial – Arts. 250 a 359-H. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam. 2015. 346f. Tese (Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2015.

PRESTES, Érika Aparecida. *A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil*. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima, v. 11, n. 11, 2005. p. 153-198.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e discriminação:* análise jurídico-penal da Lei 7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do* hate speech. Disponível em: [www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf].

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um silêncio incômodo – Crítica à incriminação do discurso de ódio. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 52, jan.-jun. 2008. p. 163-194.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV.* São Paulo, 7 (2), jul., dez. 2011. p. 445-468.

SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm, and hate speech. *Law and philosophy*, 32, 2013.

SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for this party. *Party Politics*, v. 21(1), march, 2015. p. 115-130.

VAN DIJK, Teun A. *Discurso e poder.* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002.

VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). *Direito criminal contemporâneo*. Brasília: Kiron, 2012.

WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. *2009 Oliver Wendell Holmes Lectures*, v. 123, 2010. p. 1597-1655.

YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? *Res Publica*, v. 17, 2011. p. 385-403.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito penal e livre expressão de convicções religiosas, de Marcos Felix de Oliveira – *RBCCrim* 132/287-329 (DTR\2017\1432); e
- Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (*hate crimes*) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadunidense, de Roger Raupp Rios e Claudia Maria Dadico – *RBCCrim* 141/119-156 (DTR\2018\8688).

Direito penal e pós-modernidade: a proporcionalidade como instrumento de correção da expansão irrazoável da intervenção penal

Criminal law and post-modernity: the proportionality as a correctional instrument for the unreasonable expansion of the criminal intervention

Thiago Baldani Gomes de Filippo

Doutorando em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Docente da Escola Paulista da Magistratura. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis (SP).
tfilippo@tjsp.jus.br.

Recebido em: 23.10.2017
Aprovado em: 16.01.2018
Última versão do autor (a): 23.01.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho objetiva fornecer algumas considerações iniciais para a concretização dos campos normativos do princípio da proporcionalidade. Parte da premissa de que a pós-modernidade é uma das causas de expansão irrazoável do Direito Penal. Para tentar conter essa expansão, o texto analisa algumas das principais teorias minimalistas de *civil law* e de *common law.* Em seguida, conclui pela necessidade de ser elaborada uma teoria que atenda às particularidades do sistema penal nacional, implicando na adequação de serem analisados os tipos e as respectivas penas à luz do princípio da proporcionalidade, com a densificação de cada um de seus corolários, a fim de que sejam aplicados no campo penal, como forma de racionalidade à edição de leis incriminadoras.

Palavras-chave: Pós-modernidade – Expansão – Irracionalidade – Proporcionalidade – Densificação.

Abstract: This paperwork aims to furnish some initial considerations for the concretion of the principle of proportionality's normative fields. It departures from the premise that post-modernity is one of the causes for the Criminal Law´s unreasonable expansion. In order to refrain such expansion, this text analysis some of the main civil law and common law minimalist theories. Then, it concludes for the necessity of setting a theory which complies with national criminal system´s particularities, implying on the adequacy of the analysis of criminal statutes and their respective sanctions in the light of the principle of proportionality, with the densification of each one of its corollaries, focusing of their application on the criminal field, as a mean of rationality for the edition of criminal laws.

Keywords: Post-modernity – Expansion – Unreasonable – Proportionality – Densification.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre a pós-modernidade. 3. Pós-modernidade e Direito Penal. 3.1. Teorias minimalistas. 3.1.1. Teorias minimalistas no âmbito do *civil*

law. 3.1.2. Teorias minimalistas no âmbito do *common law*. 4. A proporcionalidade como limite à intervenção penal. 4.1. A busca pela densificação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Vivemos os efeitos da pós-modernidade, que redunda na contemplação de uma sociedade plural, dinâmica, amplamente informacional, com um desapreço por dogmas e movida por uma gama ampla de atividades arriscadas. No Direito Penal, o fenômeno auxilia no aparecimento de uma tipificação desmedida, que acaba por proscrever condutas distantes de representar um *conteúdo* de crime. Por outro lado, penas são exacerbadas de maneira aleatória, a depender dos interesses em jogo, que acabam por violar o mínimo de racionalidade que se deve exigir do trabalho do legislador.

Com isso, o Direito Penal expande-se em demasia. Ele cresce desordenadamente, de modo extensivo e intensivo, desapegado das bases mínimas de um rigor científico. Nessa linha, torna-se oportuno o desenvolvimento de teorias minimalistas, que acabam por fornecer ferramentas úteis à aposição da intervenção penal nos trilhos razão, mediante critérios próprios de um Direito Penal liberal.

Há diversas teorias jurídicas, tanto de *civil law*, quanto de *common law*, que procuram estabelecer as bases para a racionalidade da intervenção penal. No entanto, nenhuma delas pode ser transposta acriticamente ao sistema jurídico brasileiro. A uma, porque, por si próprias, são objetáveis. A duas, porque as vicissitudes do Direito Penal pátrio demandam adaptações necessárias. Evidencia-se, com isso, a necessidade de ser elaborada uma teoria da criminalização adequada às peculiaridades do nosso ordenamento jurídico. Parece ser oportuno que essa construção parta de preceitos constitucionais, que *conforme* a dogmática penal, iluminando-a de valores democráticos. O princípio da proporcionalidade é aquele que está em melhores condições de desempenhar esse papel. Impõe-se, contudo, que sejam densificados os seus campos normativos, para que sua função deixe de ser meramente retórica e produza os esperados efeitos concretos.

2. Considerações gerais sobre a pós-modernidade

A pós-modernidade[1], tal como desenvolvida por Lyotard, pode ser compreendida como uma manifestação do pensamento que se corporificou a partir

1. Enquanto a *pós-modernidade se* refere a um período histórico específico, o *pós-modernismo* pode ser entendido como uma forma de cultura contemporânea (EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge

da segunda metade do século XX, que coloca em xeque várias ideias clássicas, como razão, identidade, verdade, progresso, as grandes narrativas e os fundamentos definitivos da explicação.[2]

Com ela, o ideal cartesiano de evolução social do modernismo e suas consequentes ideias positivistas de ordem, sistema, coordenação e progresso,[3] passaram a ser substituídos por transformações sociais velozes, que nem sempre indicam progresso, mas refletem uma "interpretação desconstituísta do desenvolvimento social moderno."[4] Observa-se uma emancipação dos valores que, no passado, fundavam as sociedades, como a humanidade e a razão, a verticalidade e a hierarquia.[5]

O pós-modernismo repudia as propostas de exatidão e de dogmas, para se assentar em noções fluidas, flexíveis, substituindo-se o *certo* e o *errado* por respostas mais ou menos adequadas para casos específicos, considerado o binômio "tempo-espaço", privilegiando-se a "heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras na redefinição do discurso cultural".[6]

A sociedade plural também se notabiliza pela supressão ou redução de barreiras às informações, que passam a circular de maneira cada vez mais intensa e sofisticada,[7] além de serem elaboradas e processadas de maneira cada vez mais veloz, de modo que, como profetizou Virilio, em pouco tempo, ao lado da

---

Zahar editor, 1998. p. 7). Mas há outras nomenclaturas, que enfatizam diferentes enfoques do contexto pós-moderno, como "sociedade de informação", "sociedade de consumo", "sociedade pós-industrial" (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: 1991. p. 11), bem como a expressão "sociedade de risco", de particular interesse para este trabalho e cunhada por Ulrich Beck.

2. EAGLETON, Terry. *Op. cit.*, p. 7.
3. As ideias de *ordem* e *progresso*, esculpidas em nossa bandeira nacional, trazem a tônica positivista do modernismo, tão bem-aceita no Brasil, justamente pela capacidade, ainda que de certa forma ilusória, de estabelecimento de conceitos rígidos e pretensamente corretos, cuja grandeza prender-se-ia exatamente a sua "capacidade de resistir `a fluidez e `a mobilidade da vida" (HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 158).
4. GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 13.
5. DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 229.
6. HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 19.
7. GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do muro de Berlim e subsequente colapso das torres gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 635.

poluição do meio ambiente, passaria a existir a *poluição informacional*, causada por meio da *expansão generalizada da informação*,[8] que alteraria a configuração dos espaços, compreendendo-se a criação de um ambiente virtual, ao lado do ambiente real, disfarçando-se, no âmbito daquele, as mazelas reais do ser, por meio de seleções artificiais das imagens.[9]

Paralelamente a essa realidade, no contexto referido por Bauman como "modernidade liquida", constata-se a frouxidão dos vínculos humanos e, tendencialmente, os indivíduos se voltam apenas para si, tornando-se mais difícil se praticar a solidariedade,[10] o que contribui para a diminuição da sensação de segurança pelo compartilhamento do medo, principalmente daqueles considerados *indesejados*, por pertencerem às *novas classes perigosas*, entendidas por Bauman como aquelas compostas por grupos privados pelo progresso econômico do exercício de qualquer atividade útil, frequentemente referenciados como *socialmente desajustados*, *criminosos* ou *elementos antissociais*.[11] Acentua-se, para essas categorias, a finalidade preventiva especial negativa da pena, alicerçado em seu escopo *neutralizador* de seus supostos "impulsos criminosos", mediante o seu afastamento do convívio social.[12]

Outra faceta da pós-modernidade desvela-se pela enfática expressão *sociedade do risco*. Segundo BECK, a humanidade deixou de experimentar uma simples industrialização, própria da modernidade simples ou ortodoxa, para vivenciar a modernidade reflexiva, diante da intensificação da industrialização.[13] Nesse âmbito, haveria a substituição da lógica de produção social de ri-

8. VIRILIO, Paul. *A arte do motor.* Trad. Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996. p. 123-124.

9. Idem, ibidem, p. 127.

10. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 30.

11. Segundo Bauman, as novas classes perigosas "são aquelas conhecidas como inadequadas à reintegração e programadas inassimiláveis, já que não se pode conceber uma função útil que sejam capazes de exercer após a '"reabilitação'. Não são apenas excessivas, mas *excedentes*. Estão excluídas *permanentemente* – um dos poucos casos de 'permanência' que a modernidade liquida não apenas permite, mas promove ativamente." (BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 74-75).

12. BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 729.

13. BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997. p. 11 e ss.

quezas pela de produção social de riscos, desencadeando-se estes, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, em uma medida até então desconhecida.[14]

O complexo de relações globais que conecta os indivíduos por meio de interações, perceptíveis ou não, viabiliza o chamado *fenômeno mariposa*, de modo que pequenas variações podem ser amplificadas por uma grande cadeia de conexões, gerando efeitos catastróficos na origem.[15] O risco passa a adquirir contornos universais, inviabilizando-se respostas prontas, com pretensão de universalidade, porque a adequada contenção de riscos, quase que invariavelmente, apresenta-se condicionada a um sem-número de fatores, muitas vezes inéditos e inter-relacionados universalmente, de modo que as instituições estatais, em geral, e os membros de poder, em particular, acabam por se deparar com uma missão hercúlea, identificada por Bauman: "encontrar soluções *locais* para problemas e dilemas *concebidos globalmente*".[16]

Por assim dizer, o desenvolvimento tecnológico se apresenta em um contexto de ambiguidade, pois, ao mesmo tempo em que ele é enaltecido por setores econômicos, políticos e sociais, esses mesmos âmbitos acabam por buscar instrumentos que impliquem na redução desse desenvolvimento, visando à contenção dos riscos a ele atrelados. Sobreleva-se, com isso, a figura do gestor do risco, papel que, no espaço público, pode ser desempenhado pelo legislador, ao fixar regras abstratas de conduta, ou mesmo pelo juiz, ao decidir casos concretos.[17]

3. Pós-modernidade e Direito Penal

A partir do século XVII, a epistemologia passou a ocupar lugar central na reflexão filosófica e a própria filosofia procurou se legitimar perante a ciência, abrindo-se campo propício para a dogmatizacão da ciência, que teve o seu ápice no Círculo de Viena (1919-1936), em que se pretendia a reconstrução da

14. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastiao Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.

15. ESPINOSA, Emilio Lamo de. *De bruces con la postmodernidad. Ignorancia, poder y comunicacion en la sociedad del riesgo*. Politica Exterior, v. XV, n. 80, mar.-abr. 2001. p. 13.

16. BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 89.

17. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

ciência a partir de uma reflexão filosófica também científica, uma "ciência da ciência", cunhando-se o sistema do positivismo lógico.[18]

No entanto, o momento de apogeu do Círculo de Viena logo cedeu ao início de sua derrocada. Uma dessas causas foi a necessidade prática de serem encontradas respostas para as novas questões oriundas do progresso científico vertiginoso do final do século XIX,[19] abrindo-se espaço para a *desdogmatização* da ciência.

No campo do direito, diversos de seus conceitos tradicionais passaram a se inclinar a supostos anseios sociais. Na época moderna, a ênfase repousava sobre a *validade* das normas. Basta lembrar que, para a teoria de Kelsen, expressão do positivismo jurídico, a importância residia na constatação de que uma norma jurídica, de cunho deontológico, deve retirar o seu fundamento de validade em outra norma jurídica hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até se alcançar a Norma Hipotética Fundamental. A análise do jurista, portanto, deveria recair sobre os aspectos eminentemente formais, como a estrutura e a hierarquia, de modo que não comporiam o seu objeto de estudo os *valores* que antecederam a criação das normas, tampouco as *consequências sociais* de sua aplicação.[20] Em contraste, no espeque na pós-modernidade, pouco importa ser o sistema jurídico formalmente válido, se a norma não se reveste de eficácia social, de modo que os novos atos estatais, nas três esferas de poder, passam a priorizar aquilo que a norma pode alterar no mundo dos fatos, o que torna o direito muito mais complexo e instável, porque exposto às dinâmicas sociais.[21]

Especialmente no âmbito do Direito Penal, os efeitos da sociedade do risco são sentidos de maneira intensa. Como bem apontou De Giorgi, a "política descarrega sobre o direito o risco de suas decisões, produzindo-se uma

18. SANTOS, Boaventura Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 1989. p. 22-23.

19. Souza Santos também indica outras duas causas para o fenômeno. Uma delas seria a dificuldade extrema para a completa dogmatização da ciência, por conta das abissais divergências entre os próprios filósofos. A outra seria a constatação de que a ciência envolve uma gama ampla de virtudes, como a imaginação e a criatividade, a disponibilidade de submissão a críticas e o caráter cooperativo das investigações científicas, que devem ser cultivados nos planos moral e no político, avessos à ideia de dogmatização (SANTOS, Boaventura Souza, *Op. cit.*, p. 24).

20. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 182-184.

21. Idem, ibidem, p. 207.

modalidade legislativa que sobrecarrega e deforma a conceitualidade jurídica. Fragilizam-se figuras dogmáticas estabilizadas e surgem outras, com o escopo de controlar o risco".[22]

Essa suposta necessidade da gestão intransigente dos riscos indesejados e a ilusão de que o ramo mais *agressivo* do ordenamento jurídico teria o condão de solucionar os mais diversos problemas sociais causados pela sensação de insegurança,[23] possibilita o florescimento, ao lado do chamado *Direito Penal nuclear*, de matiz tradicional, que cuida da ideia de crime comissivo de dano individual, do chamado *Direito Penal do risco*, da sociedade de risco, ou de perigo,[24] cujos estudos iniciais se devem ao trabalho de Prittwitz, no início dos anos 1990.[25]

No bojo deste, acaba por ser arruinado o hermetismo tradicional do Direito Penal, de base científica, abalando-se a estrutura dos tipos penais pelos reclames de eficácia/eficiência punitiva, além de se relativizarem os pilares fundamentais da dogmática penal clássica: por um lado, alarga-se o conceito de bem jurídico, para abarcar uma série de bens coletivos, de caráter não apenas intermediário, no sentido de que possam ser reconduzidos a um bem jurídico individual, mas também os bens jurídicos institucionais, que existem por si sós, independentemente dessa referência;[26] por outro, o próprio conceito de bem jurídico parece ser desprezado, porque muitos tipos refletem simples infrações de deveres, a partir de concepções hegelianas;[27] avultam-se os crimes omissivos, especialmente os impróprios, expandindo-se o conceito do garantidor;[28] flexibilizam-se regras de imputação e antecipa-se a tutela penal para atividades que provocam riscos intoleráveis ao sistema, de modo que os tipos penais

22. DE GIORGI, Raffaele, *Op. cit*., p. 235.
23. SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 155.
24. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125 e ss.
25. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime:* aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 53.
26. GUIRAO, Rafael Alcácer. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-08, 2002. p. 8. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html]. Acesso em: 12.10.2017.
27. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 282.
28. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 41-42.

passam a assumir a função de fixarem fronteiras entre os riscos tolerados e os riscos proibidos.[29] Em muitos casos, o Direito Penal acaba por deixar de cumprir o seu real papel de proteção a bens jurídicos relevantes, para ocupar uma função psicanalítica de estabilização das expectativas sociais.[30]

Sob o enfoque das sanções penais, parece que a pós-modernidade acaba por enaltecer a necessidade de se incrementar a qualidade e a quantidade de penas,[31] por conta de alguns fatores, tais como o sentimento de medo gerado pela existência de atividades muito arriscadas; o risco que se quer incutir ínsito aos indivíduos que pertençam às "novas classes perigosas"; além da utilização descontrolada da tutela penal para o atendimento de alguns novos interesses ou de outros, especialmente pertencentes a alguns grupos da esquerda política,[32] ou promovidos por gestores atípicos da moral.[33]

Com isso, o Direito Penal passa a se expandir desordenadamente, de maneira *extensiva*, abarcando a proteção de interesses que outrora lhe eram indiferentes, e também de modo *intensivo*, com o alargamento das sanções penais,[34]

29. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 108.

30. HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales:* una perspectiva critica ante el derecho penal en peligro. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales: Madrid, v. 46, fasc. 1, jan.-abr. 1993. p. 82.

31. A qualidade e a quantidade desproporcionais de penas não são próprios da pós-modernidade. Esses problemas já eram vistos desde as ordenações portuguesas (v. BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 13-30) e, contemporaneamente, marcam não apenas os tipos próprios do Direito Penal do Risco, mas tipos tradicionais, como o recente exemplo trazido pela Lei 13.330/2016, que elevou a pena do furto e da receptação de *semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes*.

32. Como a defesa da criminalização de ofensas contra valores coletivos, como os direitos dos trabalhadores, das mulheres, do meio ambiente, das minorias em geral, o racismo, além da simpatia que repousam sobre os crimes de "colarinho-branco" (SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: Edisofer S.L., 2011. p. 71).

33. Gestores da "moral coletiva". Tradicionalmente burgueses conservadores. Passam a assumir essa função as "associações de ecologistas, feministas, consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), antidiscriminatórias (contra as ideologias racistas e sexistas, por exemplo) ou, de modo geral, as organizações não-governamentais que protestam contra a vulneração dos direitos humanos". (SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva, op. cit., p. 66).

34. O recrudescimento das sanções é o que mais se verifica, mas ele é inserido em um contexto maior de *desproporcionalidade* das penas que, em alguns casos, pode pecar

mais preocupado em atender a certos anseios *ad hoc* do que com critérios de justiça e proporcionalidade, que deveriam nortear os preceitos penais secundários. Com isso, é oportuno trazer críticas acerca do *Direito Penal simbólico* e do *ressurgir do punitivismo*,[35] saltando aos olhos a necessidade de serem estudadas teorias que invistam contra o arbítrio estatal em matéria de estabelecimento de tipos penais e cominação de penas.

3.1. Teorias minimalistas

As questões que circundam os aspectos da sociedade pós-moderna e, em especial, da sociedade do risco, e os seus impactos no Direito Penal vêm constituindo objeto de estudo de primorosos estudos ao longo dos anos. Variadas são as propostas para a contenção do arbítrio, que redundam no aparato crítico do *discurso da resistência*.

O crescimento desenfreado do Direito Penal não é apenas realidade dos sistemas jurídicos de *civil law*, como o brasileiro. Ele é verificado nos países de *common law*[36] e muito sensivelmente nos Estados Unidos,[37] que erigem à con-

---

pelo laxismo. O que se denuncia é o desapego de legislador a critérios técnicos, sobre os quais deveria repousar uma visão holística do sistema penal a fim de corrigir desníveis flagrantes, quando do estabelecimento dos patamares mínimo e máximo dos preceitos penais secundários.

35. CANCIO MELIÁ, Manuel. In: JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo, moções e críticas*. Trad. e org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 92.

36. O *common law* teve sua origem na Inglaterra e se expandiu para os países dominados pelo reino inglês. É adotado pelos Estados Unidos, preponderantemente, Inglaterra, Áustria, Bangladesh, Barbados, Canadá (Província de Quebec), Guiana, Hong Kong, Índia, entre outros. Sua essência, como se originalmente se via, redunda na constatação de que o Direito reflete a construção paulatina dos tribunais, que procuram extrair o direito do sentimento de justiça do povo, o que se opõe ao pensamento de *civil law*, baseado em estruturas legislativas positivadas, pretensamente racionais (DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: safE, 2012. p. 98-99).

37. Os Estados Unidos não compõem sistema de *common law* puro. Em verdade, este prepondera, mas há traços marcantes de *civil law*. De se notar que o direito de família na Califórnia e no Texas, antigas possessões espanholas, apresenta muitas características de *civil law* e o Estado de Louisiana é exclusivamente *civil law*, mantendo-se fiel aos colonizadores franceses e espanhóis (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law:* introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52).

dição de tipos penais um sem número de comportamentos que, materialmente, não veiculam uma essência de comportamentos proibidos.[38]

Discorreremos, em seguida, sobre algumas formulações teóricas preocupadas com esse "inchaço" quantitativo e qualitativo do Direito Penal, as quais chamamos de *teorias minimalistas*, justamente por procurarem reduzir a abrangência da tutela penal ou minimizarem os efeitos punitivos. Em primeiro lugar, falaremos sobre duas propostas já bem conhecidas entre nós, formuladas por juristas de *civil law*. Em seguida, faremos alusões a outros pensamentos de alguns autores de *common law*. Ambos os *approaches* servirão de alicerces à nossa abordagem, consistente na utilização da proporcionalidade como antídoto ao crescimento da tutela penal.

3.1.1. Teorias minimalistas no âmbito do civil law

Na seara do *civil law*, destacam-se duas formulações: a proposta de Hassemer à elaboração do Direito de Intervenção e a teoria do Direito Penal de duas velocidades, de Silva Sanchéz.

Winfried Hassemer, um dos principais da Escola de Frankfurt, defendia que a tutela penal deve se voltar com exclusividade ao seu núcleo tradicional, jungindo-se à proteção de bens jurídicos individuais.[39] Por consequência, sem negar os novos paradigmas da sociedade do risco, esclarece que a tutela dos demais bens jurídicos difusos deveria ser realizada por um novo ramo jurídico, denominado "Direito de Intervenção", de natureza extrapenal.[40]

38. Alguns exemplos apresentados por Eric LUNA são inegavelmente curiosos e hilários: no Estado do Novo México, é crime dizer que um produto contém mel, se ele não contiver o "puro mel produzido por abelhas". O Alabama pune a conduta de se passar por um membro religioso e no Maine se pune a pesca de crustáceos com outros apetrechos, que não "a armadilha convencional para lagostas". Delaware estabelece pena de até 6 meses de prisão para aqueles que venderem perfumes ou loções como bebida. Massachusetts tipificou a conduta de espantar os pombos de seus ninhos e, no Estado da Virginia, é crime se cuspir em locais públicos (LUNA, Eric. The overcriminalization phenomenon. 54 *American University Law Review* 703, 706, 2005).

39. Visão antípoda à os partidários da teoria dualista, que conferem absoluta independência aos bens jurídicos coletivos, colocando-os no mesmo patamar que os bens individuais, como defendem SCHÜNEMANN e HEFENDEHL. Didaticamente, BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 150-160.

40. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Auflen da Silva. Porto Alegre: safE, 2005.

Entre as diversas objeções são formuladas ao pensamento de Hassemer, podemos destacar duas. Provavelmente, a mais contundente seja aquela que aponta o seu caráter *classista*, já que a prisão estaria reservada àqueles autores já "marginalizados" e conhecidos do sistema penal por infrações que se jungiriam ao Direito Penal nuclear,[41] de modo que contribuiria para acentuar a seletividade do sistema, já que, enquanto a pena privativa de liberdade continuaria a ser aplicada aos mais vulneráveis, seriam reservadas sanções mais brandas aos autores de crimes econômicos, por exemplo.[42] Outra crítica reside na impossibilidade de se buscar soluções atuais ao Direito Penal com base em um modelo disfuncional, "pensado para contextos históricos completamente distintos".[43] Segundo Schünemann, o Direito Penal não pode fechar os olhos a condutas que, apesar de potencialmente lesivas, em atenção ao grau de desenvolvimento tecnológico atual, não guardam referência a um bem jurídico individual.[44]

Deveras, ainda que consideremos a importância da teoria do bem jurídico como importante referencial para a aferição da legitimidade de tipos penais, por vezes haverá interesses novos, surgidos no contexto da sociedade do risco, que demandam a utilização da tutela penal como único instrumento adequado à sua proteção. O próprio Roxin, árduo defensor da teoria de proteção dos bens jurídicos, argumenta que algumas questões reclamam criminalizações, às quais a referência ao bem jurídico se afigura de todo impraticável. São elas as referentes à proteção de embriões humanos, do meio ambiente, dos animais e das gerações futuras. Mas, segundo o professor da Universidade de Munique, referida constatação não obnubila a concepção geral de limitação do Direito Penal por meio da proteção de bens jurídicos, porque a essência desta está em excluir da tutela penal aqueles "comportamentos em que falta a lesão a terceiros." No entanto, todos aqueles casos representam danos efetivos e graves, com fundamento explícito na Constituição, o que possibilitaria, "como bem especialmente valioso, ser protegido por meio do Direito Penal como *ultima*

41. SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Retribuición y prevención general*. Montevideo: B de F, 2008. p. 447.

42. CERVINI, Raul *apud* BASOCO, Juan Maria Terradillos. Sistema penal y empresa. In: BASOCO, Juan Maria Terradillos; SÁNCHEZ, Maria Acale (Orgs.). *Nuevas tendências em Derecho penal económico*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008. p. 35.

43. FEIJOO SANCHEZ, Op. cit., p. 441.

44. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1998. p. 23.

ratio.[45]" Talvez, a ideia de proteção de um bem jurídico-penal individual pode servir como parâmetro válido para um menor rigor acerca das razões que motivaram a edição de certo tipo penal, mas ela não pode causar óbice intransponível à legitimidade de normas incriminadoras que visem à proteção de certos interesses[46] constrangedores, indispensáveis à vida contemporânea.

Por seu turno, Silva Sanchéz apresenta uma solução interna ao Direito Penal. A partir de sua exposição de algumas causas da expansão do Direito Penal[47] e de sua explicação acerca dos motivos pelos quais a globalização econômica e a integração supranacional favoreceriam citada expansão,[48] o catedrático da Universidade Pompeu Fabra acusa as mudanças de perspectivas da política criminal e da própria teoria do Direito Penal, ocasionadas pelos aspectos socioculturais e políticos da globalização.[49] Em seguida, critica o fenômeno que entende por *administrativização* do Direito Penal[50] e, de maneira realista, diante dos novos contornos sociais, reconhece a impossibilidade de se retornar ao "bom e velho Direito Penal liberal."[51]

---

45. ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. LEITE, Alaor (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 68-69.
46. ROXIN critica o critério da lesão a interesse, porque não vê como equiparar os conceitos de *interesse* e *bem jurídico*. Entre suas razões, aponta não ser "o interesse, e sim o bem a que o interesse se dirige que pode ser lesionado". Ele prossegue: "se alguém me surra, é evidente que meu interesse em minha integridade física permanece inalterado. Ela mesma, porém, não". No entanto, parece ser possível se defender, equiparar as expressões, *interesse* e *bem*, já que HASSEMER, o pioneiro da teoria pessoal do bem jurídico, conceitua este como "interesse humano carecedor de proteção jurídico-penal." (ROXIN, Claus, ibidem, p. 62-63). Assim, não vemos maiores problemas em afirmar que a norma penal visa à proteção de bens ou interesses, à medida que o bem jurídico-penal pode ser entendido com a síntese normativa de um interesse.
47. O autor aponta dez causas: os "novos interesses"; o aparecimento efetivo de novos riscos; a institucionalização da insegurança; a sensação social de insegurança; a configuração de uma sociedade de "sujeitos passivos"; a identificação da maioria social com a vítima do crime; o descrédito de outras instâncias de proteção; os gestores "atípicos" da moral (*atypische Moralunternehmer*); a atitude da esquerda política; e, como fator colateral, o "gerencialismo", que remete a considerações de ineficiência da justiça penal, enaltecendo-se sua privatização (SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva, *Op. cit.*, p. 11-82).
48. Idem, ibidem, p. 83-109.
49. Idem, ibidem, p. 111-120.
50. Idem, ibidem, p. 131-164.
51. Idem, ibidem, p. 165-178.

Por essa razão, ele propõe o que denominou "Direito Penal de duas velocidades", consistente em sua bipartição em duas grandes vertentes: a primeira, seria reservada aos casos de condutas que lesassem ou expusessem a perigo real bens individuais. Embasadas em um claro sistema de imputação individual, que respeitasse as garantias penais e processuais clássicas, poderiam ser apenadas com prisão; a segunda vertente faria frente ao fenômeno expansionista da tutela penal, admitida a flexibilização do modelo de imputação, para as hipóteses de tipos de perigo abstrato e delitos de acumulação. Para esses ilícitos, em atenção à razoabilidade, somente se admitiria a imposição de penas restritivas de direitos ou sanções pecuniárias, nunca a prisão.[52]

Uma objeção à teoria de Silva Sánchez é que ela não inibe a expansão do Direito Penal "cominador de pena privativa de liberdade",[53] porque não há formulações concretas contra a expansão intensiva, diante da tipificação desmedida e da desproporcionalidade das penas de prisão. A impressão é que, desde que fosse constatada a presença de um bem jurídico individual, o legislador teria *carta branca* para a edição de tipos e estabelecimento de penas. Por outro lado, segundo a teoria de Silva Sánchez, parece razoável a cominação de pena de prisão para algumas condutas que impliquem danos graves contra o meio ambiente e as gerações futuras, por exemplo, circunstância inadmitida por seu pensamento.

Além disso, o Direito Penal, necessariamente amparado no princípio da *ultima ratio*, deve proscrever condutas violadoras ou perigosas aos bens jurídicos mais importantes. Como sustenta Tullio Padovani, se existe a possibilidade de o Estado se valer da tutela penal, deve também haver a possibilidade do cerceamento da liberdade, remanescendo a substituição por penas restritivas de direitos e multa à discricionariedade judicial.[54] Na mesma linha, Luigi Ferrajoli chama a atenção para a ilegitimidade dos tipos em que se comina exclusivamente a pena de multa, porque nenhum bem jurídico tido como fundamental ao ponto de justificar a tutela penal pode ser quantificado monetariamente.[55]

52. Idem, ibidem, p. 178-182.

53. SARCEDO, Leandro. Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 136.

54. PADOVANI, Tullio. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di reforma: il problema della comminatoria edittale. *Rivista Italina di Diritto e Procedura Penale*, 1992. p. 449-450.

55. FERRAJOLI, Luigi *apud* GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 103.

Portanto, ambas as teorias, de Hassemer e Silva Sánchez, apesar das objeções lançadas, muito preciosamente se ocupam do estabelecimento de regras de contenção ao poder punitivo do Estado, principalmente diante dos novos desafios surgidos na pós-modernidade e, especialmente, no contexto da sociedade do risco.

3.1.2. Teorias minimalistas no âmbito do common law

Nos sistemas de *common law*, acusa-se negligência de grande parte da doutrina, ao deixar de arrostar dogmaticamente os problemas decorrentes da multiplicação de tipos penais e, consequentemente, do castigo.[56]

Ainda assim, alguns pensamentos passaram a se destacar, a partir da segunda metade do século XX. Em primeiro lugar, podem ser lembrados os trabalhos de Herbert Packer[57] e Sanford Kadish,[58] ambos do final dos anos 1960. Ambos, porém, ressaltavam os efeitos negativos da sobrecriminalização para a efetividade do sistema de justiça criminal e defendiam que comportamentos privados, embasados em acordo de vontades, como o comércio de drogas, não deveriam ser tratados pelo Direito Penal.

Ainda, merece atenção o trabalho de George Fletcher, em que ele procura identificar o núcleo (*core*) do Direito Penal, estabelecendo a diferença entre *crimes inside the core* e *crimes outside the core*;[59] a obra de Donald Dripps, que sugere a aprovação de leis penais somente deveria ocorrer por maioria qualificada de 2/3.[60] No Direito Inglês, digna de nota é a contribuição de Andrew Ashworth, ao defender que as punições devem se conformar a princípios limitadores, adotando uma postura minimalista do Direito Penal.[61]

---

56. Nesse sentido, muito embora reconheça que notáveis criminologistas têm protestado a respeito do excesso punitivo, HUSAK observa que os principais criminalistas da era contemporânea têm sido complacentes quanto ao tema (HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford, 2008. p. 58).
57. PACKER, Herbert. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.
58. KADISH, Sanford. *The crisis of overcriminalization*. 374 Annals of the American Academy of Political and Social Science 157 (1967). Disponível em: [http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2550&context=facpubs]. Acesso em: 17.10.2017.
59. FLETCHER, George. *Rethinking criminal law*. Boston: Little, Brown and Co., 1978.
60. DRIPPS, Donald. *The liberal critique of the harm principle*. 17 Criminal Justice Ethics 3, 1998.
61. ASHWORTH, Andrew. *Principles of criminal law*. Oxford: Clarendon Press, 4. ed. 2003.

Sem embargo da importância das formulações citadas, parece-nos que, por tentarem estabelecer contornos mais concretos a uma "teoria da criminalização", outras duas mereçam mais atenção: a proposta desenvolvida por de Joel Feinberg, conhecida como *harm principle* (princípio do dano) e a teoria de Douglas Husak, que procura identificar limites internos e externos à intervenção penal, como instrumentos de contenção a *overcriminalization*.[62]

A teoria de Feinberg, desenvolvida nos anos 1980, retoma o pensamento liberal de John Stuart Mill, veiculado por sua obra *On Liberty* (1859),[63] segundo o qual somente se poderia cogitar de intervenção na liberdade individual se o escopo fosse evitar danos a terceiros, diferenciando-se, assim, o âmbito de interesses da sociedade do espeque de interesses jungidos à esfera do indivíduo. Nessa linha, Feinberg defende que apenas podem ser objeto de punição aqueles comportamentos que causem danos a terceiros (*harm to others principle*), excluindo-se consequentemente da intervenção penal as situações de autolesão (*harm to self*), que refletiriam um indesejado paternalismo, e as condutas meramente imorais (*legal moralism*), inaptas a causar danos a terceiros.[64] Para o autor, dano deve ser compreendido como uma "frustração, oposição ou violação de um interesse",[65] mas não qualquer interesse, à medida que tipos penais somente se justificariam "para a proteção de direitos individuais".[66]

Feinberg, ainda, busca diferenciar o *harm principle* do *offense principle*. Este apresenta contornos próprios, que procuram analisar os tipos que não prevejam condutas danosas, mas simplesmente arriscadas. Nesses casos, o autor enfatiza a necessidade de a questão da legitimidade das normas penais ser enfrentada com maior rigor, à luz dos critérios da seriedade, razoabilidade e do

62. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization:* the limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 2008.

63. MILL, Stuart. *On liberty,* 1859. Disponível em: [http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf]. Acesso em: 15.10.2017.

64. FEINBERG, Joel. *Harm to others:* the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 26 e ss. A questão da possibilidade da promoção da moral por meio das leis foi amplamente debatida nos anos 1960 por Devlin, que advogava essa possibilidade, e Hart, amplamente refratário a ela. Segundo pontua Ronald Dworkin, o que chama a atenção para a incorreção da posição de Devlin não é tanto a ideia de que a moral deve ser levada em consideração, mas, sim, sua compreensão acerca do que seja a moral da comunidade (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 255).

65. Idem, ibidem, p. 33.

66. Idem, ibidem, p. 144.

interesse social.[67] A distinção seria necessária para se preservar a coerência original do *harm principle*, obstando-se a sua interpretação indevidamente ampliada, para abarcar tipos intrinsecamente ilegítimos, que se justificariam por questões morais, apenas, com referência muito remota a qualquer espécie de dano a terceiros.[68]

A formulação de Feinberg guarda muitas semelhanças com a teoria da proteção dos bens jurídicos, apesar de, em termos dogmáticos, ser menos rica do que esta, por depositar menores preocupações sistemáticas e abstratas.[69] Todavia, em grande parte, as consequências coincidem com aquelas da teoria do bem jurídico, porém o *harm principle* dela se diferencia por não apresentar um conceito relacional, um *algo*, mas antes assumir a natureza de mais um pressuposto de *estado lesivo*, baseado na noção de interesse.[70]

Talvez, uma das vantagens do *harm principle* consistiria no fato de que ele, por si só, já exclui da órbita da intervenção penal as autolesões, diferentemente da teoria da proteção de bens jurídicos. Pensemos na discussão acerca do crime de tentativa de suicídio. Sua ilegitimidade não seria flagrante à teoria da proteção de bens jurídicos, porque a vida seria um bem de incontestável dignidade penal. Para a afirmação de sua ilegitimidade, seria necessária a utilização do princípio da alteridade penal como recurso auxiliar. Por outro lado, a isolada utilização do *harm to others principle* já conduziria à ilegitimidade do tipo de tentativa de suicídio, porque, de antemão, não se vislumbrariam danos a terceiros.

Ainda assim, concordamos com Ana Elisa Bechara, que não vislumbra benefícios na substituição da teoria da proteção de bens jurídicos pelo princípio do dano,[71] de modo que os mesmos problemas que circundam a primeira teoria também atormentam a segunda. Parece-nos, no entanto, que algumas construções de Feinberg possam ser aproveitadas à própria teoria do bem jurídico.

67. Idem, ibidem, p. 71.

68. HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 90, 1999. p. 109.

69. CONDE, Francisco Muñoz. *La relación entre el sistema penal y política criminal:* historia de una relación atormentada. México: Ubijus Editorial, 2008. p. 9.

70. KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico*? Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 55.

71. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, op. cit., p. 280.

Como vimos, diante de condutas simplesmente arriscadas, o *offense principle* recomenda que se recrudesça o rigor na interpretação da legitimidade dos tipos, valendo-se de critérios auxiliares como seriedade, razoabilidade e interesse social. É possível que construção semelhante possa ocorrer nos sistemas de *civil law*, como o brasileiro, exigindo-se do intérprete que, diante de tipos de perigo abstrato e delitos de acumulação, a análise possa recair sobre as razões que conduziram à criminalização dos comportamentos, que devem ser mais fortes do que os interesses que levaram à tipificação de crimes de dano e de perigo concreto, justamente por se apartarem da noção de lesão a bens jurídicos individuais.

A segunda teoria que importa discorrermos é a de Douglas Husak. Em sua obra *Overcriminalization: the limits of the criminal law* (2008), ele apresenta sete limites ou critérios de contenção (*constraints*) à edição de tipos penais, porque, segundo aduz, "a sanção criminal é a arma mais poderosa do arsenal estatal; o Estado não pode fazer nada pior aos seus cidadãos do que puni-los."[72] Ele os subdivide em limites internos (*internal constraints*), porque extraídos das próprias regras da Parte Geral do Direito Penal,[73] e limites externos (*external constraints*).

O primeiro limite interno redunda na defesa de que o tipo penal, para ser legítimo, deve proibir um "dano ou mal significativo" (*nontrivial harm ou evil*).[74] Esse princípio é extraído de três regras básicas do Código Penal Modelo[75] para *justification defenses*: (1) quando o dano ou mal causado pela conduta do agente é menor do que o dano ou mal que a conduta procura impedir (*lesser evil*);[76] (2) diante do consentimento, desde que o dano ou mal não sejam *sérios*;[77] e (3) na hipótese de aplicação da regra do *de minimis*, nos casos em que a conduta não representou "verdadeiro dano ou ameaça de dano ou mal que a norma

72. HUSAK, Douglas, op. cit., 95.

73. Idem, ibidem, p. 103.

74. Idem, ibidem, p. 66.

75. Nos Estados Unidos cada Estado possui o seu próprio Código Penal, mas em 1962 a *American Law Institute*, uma instituição privada formada por acadêmicos, juízes e advogados elaboraram um texto que pudesse servir como parâmetro às legislações estaduais, que poderiam adotá-lo, integral ou parcialmente (SINGER, Richard G.; LA FOND, John Q. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004. p. 3).

76. Código Penal Modelo, seção 3.02(1)(a). Disponível em: [https://h2o.law.harvard.edu/collages/2961]. Acesso em: 17.10.2017.

77. Idem, seções 2.11(1) e 2.11(2)(a).

procura evitar, ou o fez em uma extensão muito irrisória para a condenação,"[78] correspondente de nosso *princípio da insignificância*. Husak, portanto, conclui que da previsão legal dessas três modalidades de defesa se pode extrair o limite por ele identificado, como da legitimidade dos tipos atrelada à proibição de um "dano ou mal significativo".

O segundo limite interno se relaciona ao *princípio do injusto* (*wrongful*). A conduta, além de apta a causar dano ou mal significativo, deve, em si, ostentar uma carga de injustiça. Nesse sentido, as defesas baseadas em *legal excuses*,[79] como insanidade mental ou efeito de drogas, somente podem ser entendidas se houver o pressuposto do injusto criminal: "se o acusado não cometeu um injusto penal, não há nada a se escusar".[80]

O terceiro limite interno trata da proporcionalidade das penas. A ideia é de que "as punições somente se justificam quando e na medida de seu merecimento (*desert*)."[81] Para Husak, o merecimento da pena deve ser analisado sob três enfoques: (1) o agente não pode ter em seu favor uma *excuse*, como insanidade ou intoxicação; (2) a criminalização guardar pertinência com um interesse social, porque o injusto privado não merece pena; e (3) punições excessivas são imerecidas, porque desproporcionais.[82]

O quarto e último limite interno é identificado como o limite do ônus de prova (*burden of proof*). Ao contrário do que possa parecer, ele não é uma regra processual; antes, apresenta-se da seguinte forma: "porque as punições acarretam na violação, efetiva ou potencial, de direitos importantes – o direito de não ser deliberadamente submetido a tratamento severo ou censurado pelo Estado – o ônus da prova deve recair sobre aqueles que defendem a criminalização".[83] Nessa linha, quando o legislativo decidir em favor da criminalização de

78. Idem, seção 2.12.(2).

79. A opção por manter a expressão em inglês se justifica pelo fato de haver uma peculiar divisão nos Estados Unidos entre *justifications* and *excuses* como espécies de *defenses*. A primeira veicula matérias que, se acolhidas, afastarão o *injusto penal*, ao passo que a segunda apresenta razões pelas quais, não obstante o caráter injusto do fato, deva ser afastada ou diminuída a punição, por ausência ou insuficiência de *mens rea*. Por todos, BERMAN, Mitchell N. *Justification and Excuse, Law and Morality*. University of Pennsylvania Law School, 2003. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2476&context=faculty_scholarship]. Acesso em: 17.10.2017.

80. HUSAK, Douglas, op. cit., p. 72.

81. Idem, ibidem, p. 82.

82. Idem, ibidem, p. 83.

83. Idem, ibidem, p. 100.

certa conduta, não deve bastar a análise do dano que provoca ou da injustiça que lhe é inerente, devendo abranger as considerações acerca do seu significado em termos de restrição à liberdade individual. Em outras palavras, a análise da *ultima ratio* do Direito Penal.[84]

No âmbito externo ao Direito Penal, Husak logra identificar outros três limites, os quais, segundo ele, guardam pertinência com as condições que devam ser satisfeitas para se justificar o direito de não ser punido.[85]

O primeiro limite é o seguinte: antes de o Estado editar uma lei penal, ele deve identificar a necessidade de proteção de um interesse estatal legítimo e importante (*substancial*), além de expressar qual a natureza desse interesse, em termos bastante claros.[86] Como o próprio Husak observa, esse limite é muito próximo do primeiro limite interno, também relacionado ao âmbito de proteção da norma.[87]

O segundo limite cuida do passo seguinte à identificação do interesse legítimo e importante: deve-se analisar se a proscrição penal é realmente apta à proteção desse interesse, mediante comprovações empíricas da satisfação desse objetivo por meio da criminalização da conduta.[88]

O terceiro limite externo deságua na impossibilidade de o tipo penal ser mais extenso do que o necessário para se atingir o objetivo estatal. O Estado

84. HUSAK nos dá um curioso exemplo: "Suppose the state decides to curb the problem of obesity by criminalizing the consumption of doughnuts. If we assume that the liberty to eat doughnuts is not specially valuable, the state should need only a minimal reason to dissuade persons from doing so. Clearly, the fact that doughnuts are unhealthy provides such a reason. This reason might justify *non*criminal means to discourage consumption – increased taxation, bans on advertising, educational programs, and the like. But the interests implicated by a *criminal law* against eating doughnuts are much more significant. Persons not only have an interest in eating doughnuts but also have an interest in not being punished if and when the disreagard the proscription." (Idem, ibidem, p. 101-102).

85. Idem, ibidem, p. 120.

86. Idem, ibidem, p. 144.

87. Idem, ibidem, p. 133-134.

88. Idem, ibidem, p. 145. HUSAK particularmente questiona as proscrições penais de certas drogas, destacando a ausência de comprovação empírica de que elas atingirão o seu objetivo – fazer com que os indivíduos deixem de usar drogas – quer seja porque os consumidores substituirão as drogas proscritas por outras; ou porque a proibição fará justamente a droga mais atraente para certos indivíduos ("efeito do fruto proibido"), ou porque o encarceramento exacerbará as tendências criminógenas daqueles que poderiam ser usuários apenas por curtos períodos de tempo (Idem, ibidem, p. 147-148).

deve demonstrar que o tipo não é abrangente demais, de modo a abranger condutas que não causem um dano ou mal que o tipo procura evitar.[89] Husak aduz que tipos de perigo (*offenses of risk prevention*), como os tipos que envolvem drogas e armas, são particularmente vulneráveis a essa análise.[90]

Os aspectos positivos da teoria de Husak suplantam os negativos. Deveras, ela se ocupa de estabelecer freios ao poder punitivo estatal por meio de uma abordagem inédita e muito interessante, o que é digno de aplausos. Porém, alguns problemas saltam aos olhos, principalmente quanto aos três primeiros limites internos ao Direito Penal.

Decerto, concordamos com Husak quando sustenta que a legitimidade dos tipos deve estar condicionada à proibição de um dano ou mal significativo, bem como a conduta, em si, deve carregar uma carga de injustiça. O problema é que essas questões são enfraquecidas se tratadas no plano infraconstitucional, com base em regras do Direito e do Processo Penal. A impressão que se tem é de que se uma lei alterasse as regras de *defenses*, a teoria de Husak não mais se sustentaria. Por isso, é necessário que as questões relevantes apontadas pelo autor sejam calcadas em premissas constitucionais como, no Brasil, reconhece-se majoritariamente lastro constitucional ao princípio da ofensividade.[91] Talvez Husak não tenha desenvolvido esse raciocínio por ser a Constituição dos Estados Unidos extremamente sintética; mas, ainda assim, sua teoria seria fortalecida se fosse calcada em algum princípio de justiça.[92]

Por outro lado, a dogmática alemã, de cuja rica fonte bebe a brasileira, é muito mais requintada ao tratar dos assuntos próprios das *justifications* do Direito Penal dos Estados Unidos. Basta lembrar que o conceito estratificado de crime, como fato típico, ilícito e culpável, iluminado pelos aportes doutrinários da teoria da imputação objetiva, responderá, com técnica muito superior e bem mais minuciosamente, cada um dos institutos relacionados aos dois primeiros limites à criminalização.

89. Idem, ibidem, p. 153.

90. Idem, ibidem, p. 154.

91. Por todos: "Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito, reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito." (D´ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensas a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69-70).

92. No mesmo sentido, GREEN, Stuart P. *Is there too much criminal law?* Ohio State Journal of Criminal Law, v. 6, 2009. p. 739.

Outra objeção pode ser formulada ao terceiro limite interno, da proporcionalidade das penas, a partir do segundo e terceiro enfoques trazidos por Husak: a punição deve referência a um interesse estatal, porque o "injusto privado não merece pena" e "punições excessivas são imerecidas, porque desproporcionais".[93] Concordamos com suas conclusões. Todavia, elas parecem mal colocadas. A questão do "injusto privado" poderia ter sido abrangida pelo segundo limite interno, vinculado ao injusto típico. Por outro lado, a problemática das penas excessivas, da maneira como tratada por Husak, parece ser assunto afeto à teoria da aplicação de pena, fugindo ao escopo de uma teoria da criminalização.

Superadas as críticas, alguns aportes teóricos de Husak merecem ser considerados na discussão nacional acerca dos limites da intervenção penal. Nomeadamente, suas abordagens referentes ao ônus de prova e à indicação clara pelo Estado da natureza do interesse protegido; a análise dessa proteção à luz de comprovações empíricas da satisfação desse objetivo por meio do tipo penal; e da impossibilidade de o âmbito da norma exceder os limites necessários à proteção do interesse. Parece ser oportuno que essas questões se agreguem às construções dogmáticas já solidificadas no Brasil, em prol do estabelecimento de balizas mais claras para a intervenção penal e o estabelecimento de penas.

4. A proporcionalidade como limite à intervenção penal

O princípio[94] da proporcionalidade pode representar um instrumento muito eficaz para o estabelecimento de limites à intervenção penal, porque ele apresenta a potencialidade de realizar uma releitura constitucionalmente

93. Cf. nota 81, supra.

94. A identificação da proporcionalidade como princípio pode se afigurar problemática se entendermos princípios como mandamentos de otimização, como "normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes" (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86-87), porque a proporcionalidade não teria caráter contingencial, já que deveria ser critério constante para a tomada de todas as decisões estatais, não havendo muito sentido se admitir que alguns atos poderiam não ser proporcionais. O próprio ALEXY, ao se referir aos corolários da proporcionalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, esclarece que eles não são objeto de ponderação, mas de satisfação ou não satisfação, como ocorre com as regras (Idem, ibidem, p. 112). Nesse sentido, a proporcionalidade poderia ser identificada como uma *metanorma*, por auxiliar na interpretação de todas as demais normas, regras ou princípios. Ainda assim, parece oportuna a referência à proporcionalidade como princípio, por conta de

adequada dos institutos jurídico-penais,[95] cuja aplicação não se restringe, portanto, à busca por referências proporcionais entre a gravidade do delito e a gravidade da pena, simplesmente.[96]

Segundo Santiago Mir Puig, a proporcionalidade oferece um fundamento jurídico mais sólido para a intervenção penal que as ideias preventivas e retributivas da pena. Estas se conformam ao modelo político adotado pelo Estado. Um suposto Estado teocrático vinculado a uma religião que apregoe a necessidade de *castigo* aos pecados tenderá a valorizar o caráter retributivo das penas. Por outro lado, um hipotético regime totalitário refletirá uma tendência preventiva geral ilimitada. Todavia, um Estado democrático e não confessional, como se reputa ideal, não pode ter a pretensão de exercer a justiça divina na Terra, tampouco lhe será correto apenar os cidadãos tão somente para a afirmação de sua autoridade. Pelo contrário, a sua legitimidade advém da constatação de que a carga aflitiva das penas não representa um custo superior à proteção objetivada pelos tipos penais, não se justificando o castigo, salvo se ele for necessário à proteção dos cidadãos, observados os direitos de todos os indivíduos, incluindo os próprios delinquentes. As penas, por sua vez, necessárias à prevenção dos delitos, devem se submeter a limites estabelecidos pelos direitos dos acusados, que fazem dela uma *prevenção limitada*.[97]

Portanto, admitida a legitimidade do modelo político constitucional, é de se aproveitar as possibilidades de validade e legitimação constitucional à intervenção penal, evidenciando-se o princípio da proporcionalidade como o "limite dos limites".[98] Conforme esclarece José Luis Díez Ripollés, "a legislação penal não é um âmbito constitucional isento, estando sujeita a uma série de pautas básicas constitucionais que giram, sobretudo, em torno do devido respeito dos direitos fundamentais, de cuja concreção se ocupa, entre outros, o princípio da proporcionalidade".[99]

---

sua baixa densidade normativa e seu caráter estruturante, características marcantes dos princípios (cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: safE, 1999. p. 18-28).

95. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (*RBCCrim*), número 47. São Paulo, 2004. p. 63.
96. PUIG, Santiago Mir. *Constitución y princípios del derecho penal:* algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 68.
97. Idem, ibidem, p. 71-73.
98. Idem, ibidem, p. 73.
99. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais:* teoria e prática. Trad. Luis Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 212.

O conteúdo da proporcionalidade apresenta duas facetas: a proibição de excesso (Übermassverbot) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). A primeira coincide com o surgimento da própria noção de proporcionalidade, inicialmente forjada como um escudo protetor da liberdade.[100] A segunda vertente, de identificação bem mais recente,[101] relaciona-se à necessidade de serem tomadas medidas adequadas e eficazes para a proteção de direitos fundamentais. Sua análise compreende alusões aos chamados *mandados de criminalização*, cujo objeto foge ao presente trabalho, que se preocupa apenas com a face tradicional do princípio da proporcionalidade, como expressão minimalista à intervenção penal.

Na linha da vedação do excesso, existe certo consenso de que a proporcionalidade apresenta três corolários, que de maneira simples podem ser assim explanados: (1) *adequação*, que se relaciona ao controle da viabilidade de se alcançar o fim pretendido por aquele determinado meio; (2) *necessidade*, assim entendida como a eleição do meio menos gravoso para a restrição; e (3) *proporcionalidade em sentido estrito*, que demanda um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados.[102]

Observa-se, com isso, que no plano abstrato, o princípio está bem estruturado. Concretamente, contudo, ao nos depararmos com a hipertrofia do Direito Penal,[103] podemos fazer eco à constatação de Neumann: por se tratar de um instrumento altamente complexo e mui abstrato, o princípio da proporcionalidade

100. Cf. NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. In: PLANAS, Ricardo Robles (Org.). *Límites al derecho penal*: princípios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 201.

101. Ela foi utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão pela primeira vez em 1993, em uma decisão sobre o aborto. Afirmou o Tribunal que "o Estado deveria tomar medidas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que se obtenha uma tutela adequada e, enquanto tal, eficaz." (Cf. BverfGE 88, 203 (254). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Fundação Konrad-Adenaur, 2005. p. 273-294. Extrai-se da decisão que "caso não se pretenda violar a proibição da proteção deficiente, a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas." (FELDENS, Luciano. *A constituição penal:* a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 108).

102. SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. cit.*, p. 101.

103. Cf. item 3, supra.

precisa de ajustes, "tal qual uma espada necessita ser afiada", viabilizando-se a sua observância com mais técnica e rigor científico.[104]

Um dos grandes desafios da dogmática na atualidade redunda no desenvolvimento de uma teoria da criminalização, de viés abstrato e minimalista, com base em modelos argumentativos calcados no princípio da proporcionalidade.[105] A celeuma está em traduzir seus subprincípios em termos penais suficientemente claros, que estejam aptos a orientar o trabalho dos legisladores. É claro que, na etapa de aplicação das leis, a proporcionalidade deve ser observada pelos juízes e a fixação da pena concreta também deve ser baseada em critérios de proporcionalidade e razoabilidade.[106]

Parece-nos plausível, no entanto, para não incorrermos no aparente equívoco de Husak,[107] sustentar a necessidade de que seja elaborada uma teoria da criminalização que possa ser observada pelo legislador, em um primeiro momento, quando da edição de tipos penais[108] e, *ex post*, seja útil ao trabalho dos juízes, na aferição da constitucionalidade dessas normas, à luz do princípio da proporcionalidade, *da norma para si mesma*, sem pretensão alguma de que ela sirva para analisar as vicissitudes *do fato à norma*, como seria a sua vinculação aos princípios da insignificância, adequação social e da própria teoria da imputação objetiva.

Em seguida, tentaremos, em breves linhas, delimitar os campos normativos dos subprincípios da proporcionalidade em termos penais, para que possam

---

104. NEUMANN, Ulfrid, *Op. cit.*, p. 203. Sua desilusão também é por conta da condescendência do Tribunal Constitucional para com o legislador, que acaba por lhe fazer diversas *concessões*, com base no princípio da separação dos poderes. No entanto, como o presente trabalho trata da proporcionalidade sob perspectiva abstrata, no sentido de nortear o trabalho do legislador, e não do juiz, deixamos de considerar essa outra constatação.

105. No mesmo sentido NEUMANN, apesar de se referir a modelos argumentativos destinados a *concretos grupos de casos* (Idem, ibidem, p. 211).

106. Para uma abordagem analítica da teoria da pena proporcional ao fato, em suas diversas acepções, v. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 59-70.

107. Cf. item 3.1.2, supra.

108. Silva Sanchéz parece demonstrar certo pessimismo quanto à atividade do legislador penal, por defender que a reação à expansão da legislação penal deve partir dos tribunais que, empunhando a bandeira do Direito Constitucional e de um conceito material de crime, devem se valer de uma teoria normativa do Direito Penal como instrumento inibidor desse fenômeno indesejado (SANCHÉZ, Jesús Maria Silva, op. cit., p. 193-195).

ser estabelecidas, ainda que de modo embrionário, as bases de uma teoria minimalista da criminalização, alicerçada na proporcionalidade.

4.1. A busca pela densificação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito

O ceticismo em torno da capacidade de rendimento da proporcionalidade como princípio limitador da intervenção jurídico-penal faz com que, hoje, de modo resignado, o princípio da proporcionalidade represente nada mais do que um desejo de que o legislador seja racional ao editar leis penais.[109] Um dos motivos para não se aproveitar para a esfera penal desse valiosíssimo instrumento constitucional é a demasiada vagueza e abstração de seus termos.

Os campos normativos dos subprincípios da proporcionalidade precisam ser bem identificados para que sirvam de instrumento eficaz para se aferir a legitimidade dos tipos penais, à luz da Constituição, redundando no estabelecimento de limites à intervenção penal.

Nessa linha, parece ser adequada a constatação de que cada subprincípio se dispõe a responder uma indagação: "o que punir?" relaciona-se à adequação; "como punir?", à necessidade; e "quanto punir?", à proporcionalidade em sentido estrito.

No âmbito da adequação, analisam-se somente as questões ligadas à natureza do bem ou interesse a ser protegido pela norma penal, observando-se que somente aqueles mais importantes devam ser objeto da tutela penal. A adequação se relaciona com o princípio da *ultima ratio*, evitando-se que o Direito Penal seja *sola ratio*,[110] porém, adequadamente, volte-se à proteção daquilo que for destacadamente mais relevante à vida em sociedade. Concordamos com Mariângela Magalhães Gomes, quando diz que os bens dignos de tutela penal nem sempre estão explicitamente previstos na Constituição, porque pode haver valores implícitos que demandem a intervenção. Fala-se, portanto, de um sistema *aberto* de catálogo desses bens, desde que todas as possíveis incriminações possam ser harmonizadas às diretrizes constitucionais, o que há de ser valorado mediante uma argumentação *a fortiori* ou analógica.[111]

---

109. NEUMANN, Ulfried, *Op. cit.*, p. 203.

110. HASSEMER, Winfried. *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones juridico-penales.* Trad. María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas. In: PLANAS, Ricardo Robles (Org.). Límites al derecho penal: princípios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 195.

111. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, op. cit., p. 97-98.

O lastro constitucional que deve ser identificado em todo e qualquer bem jurídico-penal pode ser extraído do seu conceito fornecido por Claus Roxin, como "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento do sistema estatal que se baseia nesses objetivos."[112] A dignidade penal de certos bens e interesses, como a vida e o meio ambiente, soa evidente, o que não ocorre com outros valores, como a honra ou "sentimento religioso e contra o respeito aos mortos", o que não significa, *prima facie*, o reconhecimento inexorável da ilegitimidade dos últimos tipos, dada à discricionariedade própria do legislador, no bojo de um processo político, cotejado com as necessidades sociais de cada época, respeitado *núcleo essencial da pessoa humana*, prisma axiológico vinculado ao respeito à essência dos direitos fundamentais, os chamados *side-constraints*,[113] cuja intangibilidade impedirá que, sob a justificativa de avanços sociais, sejam vilipendiados os valores essenciais a uma existência digna, especialmente a liberdade.

Por seu turno, a necessidade procura indicar respostas ao *modo* de se punir. Não é porque se identificou um bem jurídico-penal que sua tutela poderá assumir qualquer forma. Basta recordarmos da indiscutível dignidade penal da *vida humana* e as objeções existentes quanto ao crime de aborto,[114] ou mesmo a evidente necessidade de se tutelar o meio ambiente e diversos *tipos suspeitos* da Lei 9.605/1998.[115] A necessidade parece guardar pertinência à *estrutura* do tipo, sob dois aspectos importantes.

O primeiro deles visa ao atendimento dos reclames do princípio da ofensividade, privilegiando-se as estruturas típicas que exijam um *dano* para a consumação dos delitos. Nessa linha, tipos de dano devem ser *preferíveis* aos tipos de perigo, e tipos de perigo concreto são, em princípio, preferíveis aos tipos de perigo abstrato, que devem existir apenas quando esse meio for necessário à

112. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e Trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18-19.

113. NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia.* Nova Iorque: Basic Books, 1974.

114. Para uma análise dos principais debates contemporâneos em torno da questão do aborto, v. DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Aborto:* Estados Unidos e Brasil, um estudo comparado. São Paulo: Ipam, 2015. p. 87-97.

115. Talvez o exemplo mais sintomático de tipo ilegítimo seja o do art. 51: "Comercializar motosserra ou utilizá-la na floresta ou nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente. Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa."

proteção do bem jurídico ou valor tutelado pela norma penal. O segundo aspecto da necessidade, ainda no âmbito da estrutura do tipo, relaciona-se ao princípio da legalidade, que se revela imprescindível a uma intervenção penal própria de um Estado liberal. Ainda que se acuse a "utopia do Direito Penal preciso", como faz Hassemer, ao, resignadamente, constatar a impossibilidade de uma lei ser absolutamente determinada, diante da ambiguidade inerente às palavras,[116] não é vão o clamor para que o legislador se expresse, da maneira mais determinada possível, diante de normas penais incriminadoras, impondo-se a garantia da taxatividade, como mandado dirigido ao legislador, para que elabore a *lex certa*, sobre cujo enunciado deve se projetar um canal natural para a aferição de sua constitucionalidade.[117]

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, que mantém relação com as normas penais secundárias, estabelecedoras dos limites mínimo e máximo das sanções, afigura-se impossível chegarmos a um patamar de *pena justa* sem que haja uma contemplação holística do sistema penal. Em outras palavras, somente com *comparações* é que poderemos estabelecer algumas balizas.

Nessa linha, podemos identificar três elementos úteis à análise das penas proporcionais: natureza do bem ou interesse; desvalor abstrato da conduta; e desvalor abstrato do resultado. Nos casos em que, na análise entre dois ou mais tipos penais, houver coincidência exata entre esses três elementos, mas as penas forem diferentes, será provável a infringência à proporcionalidade, a não ser que alguma razão muito forte indique a necessidade dessa discrepância. Por exemplo, as penas cominadas ao crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006) são diversas daquelas previstas para o crime de venda de produtos medicinais falsificados (art. 273, § 1º, do Código Penal). Ambos os crimes tutelam o mesmo bem jurídico e, abstratamente, possuem o mesmo desvalor da conduta e do resultado jurídico. O mesmo raciocínio se aplica às penas do art. 184, § 2º, do CP, em relação àquelas do art. 12, § 1º, Lei 9.609/98, bem como às sanções estabelecidas pela Lei 13.330/2016, que aumenta as penas dos crimes de furto e de receptação, quando a conduta recair sobre *semovente*

116. SÜB, Frank. El trato actual del mandato de determinación. *La insostenible situación del derecho penal*. Trad. David Felip i Saborit. David Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, 2000. p. 232.

117. GUIRAO, Rafael Alcácer. *El derecho a la legalidad penal y los limites de actuación del Tribunal Constitucional*. In: PUIG, Santiago Mir; JIMÉNEZ, Joan Queralt (Diretores); BAUTISTA, Silvia Fernández (Coord.). *Constitución y princípios del derecho penal:* algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 18-22.

domesticável de produção. Nesses exemplos, identifica-se, em princípio, lesão à proporcionalidade em sentido estrito.

Por outro lado, quando não houver coincidência entre os três exemplos, comparações ainda poderão ser realizadas, porém de maneira mais cautelosa, porque penas diversas podem ser justificadas pela natureza dos bens jurídicos, como crimes contra a vida, naturalmente, terem penais mais severas do que os crimes contra o patrimônio. Em comparações entre tipos que visam a tutelar o mesmo bem, penas diferentes podem ser justificadas pelo diferente grau de desvalor abstrato das condutas, como se justificam as penas do roubo serem mais altas do que as penas do furto, embora ambos os tipos protejam o patrimônio. E, por fim, pode haver tipos que tutelam o mesmo bem, possuam idêntico desvalor abstrato da conduta, mas penas diversas se justifiquem pelo nível de desvalor abstrato do resultado, como no caso do furto privilegiado ou da lesão corporal leve, que apresentam sanções mais brandas do que o furto simples e a lesão seguida de morte.

5. Conclusão

No presente trabalho, após abordarmos aspectos da pós-modernidade e como ela contribuiu para a hipertrofia do Direito Penal, apresentamos algumas teorias minimalistas para, em seguida, tentarmos conferir certos parâmetros para a racionalidade legislativa penal, a partir do princípio da proporcionalidade.

Naturalmente, há um campo absolutamente fértil para o desenvolvimento de outros critérios densificadores dos seus corolários, ainda que tomemos em consideração os parâmetros que procuramos apontar. Por exemplo, não há clareza na distinção entre o conjunto de bens ou interesses que apresentem dignidade penal evidente e aqueles aos quais se deve tolerar a eleição como bens jurídico-penais, dada à discricionariedade do legislador. Deveras, parece haver um conjunto deles, normalmente referidos como bens jurídico-penais pessoais (vida, integridade física, patrimônio etc.), cuja necessidade de proteção penal se apresenta inquestionável. Há outros, no entanto, aos quais se torna duvidosa a eleição da intervenção penal como via protetiva, mas, nem por isso, podemos defender sua ilegitimidade, de plano, porque há que se considerar certa porção de liberdade ao legislador, enquanto legítimo representante do povo, na eleição de valores merecedores de tutela penal.

Igualmente, não há identificação dos elementos que poderiam indicar que um tipo de dano não serviria à proteção de certo bem ou interesse, aceitando-se sua tutela por meio de tipos de perigo. Por fim, parece ser possível que se desenvolvam, no campo da proporcionalidade, em sentido estrito, parâmetros

seguros para a identificação dos desvalores abstratos da conduta e do resultado. De todo o modo, a proporcionalidade se apresenta como ferramenta poderosíssima para a contenção do arbítrio estatal e para o emprego de parâmetros seguros ao legislador, em um primeiro plano, e ao juiz, em seguida, para a aferição da legitimidade dos tipos e suas penas.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of criminal law*. Oxford: Clarendon Press, 4. ed. 2003.

BASOCO, Juan Maria Terradillos. Sistema penal y empresa. In: BASOCO, Juan Maria Terradillos; SÁNCHEZ, Maria Acale (Orgs.). *Nuevas tendências em Derecho penal económico*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008.

BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUTISTA, Silvia Fernández (Coord.). *Constitución y princípios del derecho penal:* algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 15-66.

BAUTISTA, Silvia Fernández (Coord.). *La protección del futuro y los daños cumulativos*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-08, 2002. p. 8. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-08.html].

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastiao Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, Ulrich. *A reinvenção da política:* rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BERMAN, Mitchell N. *Justification and Excuse, Law and Morality*. University of Pennsylvania Law School, 2003. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2476&context=faculty_scholarship].

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo, moções e críticas*. Trad. e org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. *La relación entre el sistema penal y política criminal:* historia de una relación atormentada. México: Ubijus Editorial, 2008. D´ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensas a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: safE, 2012.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Aborto*: Estados Unidos e Brasil, um estudo comparado. São Paulo: Ipam, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais:* teoria e prática. Trad. Luis Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DRIPPS, Donald. *The liberal critique of the harm principle*. 17 Criminal Justice Ethics 3, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1998.

ESPINOSA, Emilio Lamo de. *De bruces con la postmodernidad. Ignorancia, poder y comunicacion en la sociedad del riesgo*. Politica Exterior, v. XV, n. 80, mar.-abr. 2001. p. 11-20.

FEINBERG, Joel. *Harm to others:* the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribuición y prevención general*. Montevideo: B de F, 2008.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal:* a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FLETCHER, George. *Rethinking criminal law*. Boston: Little, Brown and Co., 1978.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: 1991.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GREEN, Stuart P. *Is there too much criminal law?* Ohio State Journal of Criminal Law, v. 6, 2009. p. 737-749.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do muro de Berlim e subsequente colapso das torres gêmeas. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 633-655.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *El derecho a la legalidad penal y los limites de actuación del Tribunal Constitucional*. In: PUIG, Santiago Mir; JIMÉNEZ, Joan Queralt (diretores) e Joan J. Queralt Jiménez (diretores), 2010, p. 15-66.

HARCOURT, Bernard E. *The collapse of the harm principle*. The Journal of Criminal Law and Criminology, v. 90, 1999. p. 109-194.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna.* 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal.* Trad. Pablo Rodrigo Auflen da Silva. Porto Alegre: safE, 2005.

HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones juridico-penales. Trad. María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas. In: PLANAS, Ricardo Robles (Org.). *Límites al derecho penal*: princípios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 193-200.

HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales:* una perspectiva critica ante el derecho penal en peligro. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales: Madrid, v. 46, fasc. 1, p. 317-327, jan.-abr. 1993.

HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization:* the limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 2008.

KADISH, Sanford. *The crisis of overcriminalization*. 374 Annals of the American Academy of Political and Social Science 157 (1967). Disponível em: [http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2550&context=-facpubs].

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien jurídico* – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico? Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007.

LUNA, Eric. The overcriminalization phenomenon. 54 *American University Law Review* 703, 706, 2005.

MILL, Stuart. *On liberty,* 1859. Disponível em: [http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf].

NEUMANN, Ulfrid. *El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena.* Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. In: PLANAS, Ricardo Robles (Org.). *Límites al derecho penal*: princípios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 201-212.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia.* Nova Iorque: Basic Books, 1974.

PACKER, Herbert. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PADOVANI, Tullio. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di reforma: il problema della comminatoria edittale. *Rivista Italina di Diritto e Procedura Penale,* 1992.

PUIG, Santiago Mir. *Constitución y princípios del derecho penal:* algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: safE, 1999.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. LEITE, Alaor (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (Org. e Trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: EDISOFER S.L., 2011.

SANTOS, Boaventura Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna.* 4. ed. São Paulo: Graal, 1989.

SARCEDO, Leandro. Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, n. 47. São Paulo, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana.* Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1998.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Fundação Konrad-Adenaur, 2005. p. 273-294.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime:* aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SINGER, Richard G.; LA FOND, John Q. *Criminal law.* 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law:* introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SÜB, Frank. *El trato actual del mandato de determinación. La insostenible situación del derecho penal*. Trad. David Felip i Saborit. David Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, 2000. p. 223-244.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

VIRILIO, Paul. *A arte do motor.* Trad. Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O princípio da intervenção mínima no direito penal, de André Luís Callegari – *RT* 769/456-460 (DTR\1999\519); e
- Reflexos da pós-modernidade no direito penal – reflex of postmodernity in criminal law, de Fábio Guedes de Paula Machado – *Ciências Penais* 16/49-74 (DTR\2012\450246).

Paralelismo e distanciamento entre a criminologia e o "olhar sociológico" sobre a punição: as múltiplas possibilidades do controle social enquanto objeto

Parallelism and distancing between criminology and the "sociological look" on punishment: the multiple possibilities of social control as the object

Franciele Silva Cardoso

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas (PPGDP/FD/UFG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (NECRIVI/UFG) da mesma Universidade, doutora e mestre em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogada.
francielecardoso@gmail.com

Recebido em: 29.11.2017
Aprovado em: 17.01.2018
Última versão do (a) autor (a): 16.02.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: A compreensão da racionalidade penal contemporânea é tarefa das mais complexas e empreendida por diferentes campos do saber. Entre as formulações da teoria social e da criminologia crítica há mais pontos de contato do que uma análise superficial poderia demonstrar. Esta revisão de literatura pretende, dialeticamente, esclarecê-los e dirimir eventuais dificuldades em reconhecê-los, entendendo esse esforço como útil para o aperfeiçoamento das estratégias de enfrentamento dos problemas criminais da atualidade.

Palavras-chave: Saber criminológico – Criminologia crítica – Teoria social – Controle social – Punição.

Abstract: The understanding of contemporary penal rationality is the most complex task undertaken by different fields of knowledge. Among the formulations of social theory and critical criminology there are more points of contact than a superficial analysis could demonstrate. This literature review intends, dialectically, to clarify them and resolve any difficulties in recognizing them, understanding this effort as useful for the improvement of strategies to face the current criminal problems.

Keywords: Criminological knowledge – Critical criminology – Social theory – Social control – Punishment.

Cardoso, Franciele Silva. Paralelismo e distanciamento entre a criminologia e o "olhar sociológico" sobre a punição: as múltiplas possibilidades do controle social enquanto objeto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 145. ano 26. p. 607-626. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. O saber criminológico. 3. O objeto controle social: aproximação conceitual. 4. A recente guinada: a ascensão da criminologia crítica. 5. A contribuição da teoria social. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

O presente ensaio tem por objetivo trazer, ainda que resumidamente, uma visão criminológica do complexo problema criminal na contemporaneidade (notadamente sobre o controle social que tem sido praticado como estratégia da sua superação), relacionando-a com a teoria social que, principalmente a partir dos anos 70 do século XX, debruçou-se sobre esse mesmo objeto.

Trata-se de revisão bibliográfica interdisciplinar com vistas a testar limites apontados por estudiosos das ciências sociais ao que se poderia considerar "teoria criminológica", notadamente no que se refere à própria construção desse campo do conhecimento e suas fronteiras, intersecções e possibilidades enquanto disciplina autônoma, reconhecida ou reconhecível epistemologicamente. Propõe-se, dialeticamente, enfrentar algumas problematizações formuladas por David Garland ao refletir sobre a eventual circunscrição da Criminologia à elucidação, formulação, execução e avaliação de técnicas úteis à administração da conflitualidade social.

O que se quer problematizar e analisar aqui é a própria identidade e utilidade do estudo da Criminologia, o que se fará a partir da contribuição de alguns criminólogos que têm pensado o próprio objeto e o fazer criminológico, notadamente no que se refere aos estudos focados no controle social – temática marcadamente estudada no âmbito da(s) Criminologia(s) crítica(s) – enfatizando-se, nessas reflexões, questões como a apropriação e tradução de teorias explicativas estrangeiras, o androcentrismo e o racismo escamoteados e ainda prevalentes na produção do saber criminológico, a colonialidade desse saber, entre outras questões efetivamente complexas e delicadas que, dialeticamente, têm sido colocadas e têm despertado profundos e sofisticados debates entre os estudiosos do campo[1]. É a partir desse estado da arte que se quer travar um diálogo com David Garland, especificamente a respeito de alguns

1. Cite-se, entre muitos, os trabalhos de Eugênio Raul Zaffaroni, Carmen Hein de Campos, Camila Cardoso de Mello Prando, Evandro Piza Duarte e Salo de Carvalho que têm se debruçado sobre os desafios que têm se apresentado para a Criminologia – notadamente a(s) Criminologia(s) Crítica(s) – em termos teóricos e práticos, buscando dar respostas também a questionamentos de ordem epistêmica.

posicionamentos seus acerca de um suposto estreitamento e limitação do saber criminológico no enfrentamento da questão criminal contemporânea.

A relação e discussão propostas anteriormente, justificam-se diante de uma, digamos, "provocação" de David Garland, quando em seu artigo "As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico", traduzido e publicado no Brasil em 1999, afirma que, no seu entender, há uma criminologia oficial dualista, em que se observa uma "criminologia do eu" e uma "criminologia do outro", as quais, em princípio, seriam insuficientes academicamente para explicar – mas, sobretudo, para pautar – as atuais políticas públicas em matéria criminal.

A visão desse autor sobre a Criminologia é baseada em detida observação acerca do desenvolvimento dos estudos no campo[2], mas esse olhar ensejou uma severa interpretação sobre a produção dos criminólogos e um julgamento desmerecedor em relação à contribuição dessa área do conhecimento para o entendimento da racionalidade criminal contemporânea e, pior ainda, para as estratégias executadas a partir do que ele entendeu como saber criminológico. Em suas palavras

> Trata-se antes de uma nova forma de administrar à distância, uma forma de governar o crime, com suas formas próprias de saber, seus objetivos próprios, suas técnicas próprias e seus aparelhos próprios. Boa parte do que é apresentado hoje no Reino Unido como criminologia não é mais do que a descrição anedótica de problemas concretos postos pela aplicação dessas estratégias. (GARLAND, 1999, p. 69).

E, o próprio autor afirma em nota explicativa que "essa criminologia aplicada – descrita, às vezes, como uma 'criminologia administrativa' – pertencente àquilo que chamo de projeto 'governamental', que sempre pertenceu à 'razão de ser' da criminologia" (Idem, Ibidem), chegando, mais adiante, a identificar essa "razão de ser" ao "projeto lombrosiano" na criminologia. Sua crítica é voraz:

2. Em artigo de Alvarez, Gauto e Salla publicado em 2006 intitulado *A contribuição de David Garland*: a sociologia da punição. Estão indicados outros trabalhos de Garland onde o autor se debruça sobre a evolução do saber criminológico, analisa várias teorias criminológicas e polemiza esse campo do saber. Esses e outros estudiosos da obra de Garland mencionam as diversas oportunidades em que este autor tratou não de temas próprios da Criminologia, mas da própria ciência enquanto objeto de sua análise e crítica, num esforço epistemológico de compreensão da própria ciência em si. (ALVAREZ; GAUTO; SALLA, 2006, p. 346)

> Tradicional, a criminologia 'lombrosiana' modela-se de forma perfeitamente similar. Ela opera no interior de uma estrutura de poder dominante que faz das pessoas delinqüentes objetos de administração problemática, e essa criminologia funda-se numa distinção fundamental, de variada expressão, entre 'eles' e 'nós', o criminoso e o não-criminoso. É essa estrutura de poder, o sistema penal, que torna possível e necessário dispor de um saber desse tipo. E, como o orientalismo, a criminologia tende ao estereótipo, à redução, à objetivação e à redução ao silêncio dos seres humanos que caem sob seu olhar.
>
> Ali onde as 'novas criminologias da vida cotidiana' normalizam o desviante, consideram o delinqüente como sendo essencialmente um de nós, o tropo recorrente das antigas criminologias é o de diferenciar, de tornar patológico, de acentuar a alteridade e seus perigos (GARLAND, 1999. p.74).

Garland menciona, ainda, outra categoria: a criminologia oficial (GARLAND, 1999. p.75), e lhe dá contornos mais precisos quando afirma que "pode-se dizer, para concluir, que a Grã-Bretanha desenvolve uma criminologia oficial que convém à sua sociedade profundamente dividida e incrivelmente angustiada" (Idem, Ibidem, p. 76).

Em entrevista recente publicada no Brasil[3], encontramos em uma das respostas dadas, pelo entrevistado David Garland, mais um elemento que reforça a compreensão de que no entendimento dele, as investigações criminológicas seriam objeto de pesquisadores meramente técnicos, preocupados apenas em explicar as práticas criminais implementadas pelos diferentes governos, sem a capacidade de teorização e aprofundamento própria – ou exclusiva – dos sociólogos. Em suas palavras:

> Vou fazer uma distinção entre criminologia e pesquisas sociológicas. Durante muito tempo, sociólogos tiveram a tendência de ignorar crime e punição e deixar essa pesquisa para criminologistas que eram mais politicamente orientados, peritos da justiça criminal. Assim, por muitos anos, os departamentos de sociologia, mesmo nas melhores instituições de pesquisa, não focalizaram questões de crime e punição.

E complementa,

> Na década de 1960, o governo norte-americano decidiu que seria uma boa idéia treinar mais oficiais de polícia, gastando dessa forma uma grande quantidade de dinheiro na formação na área de justiça criminal. Isso se tornou

3. CALDAS, Cristina; KANASHIRO, Marta. Entrevista com David Garland. *ComCiência*, v. 98, 2008. p. 1-2. Acesso em: 05.04.2009.

> uma obrigação educacional ampla, mas com baixo status. Faculdades comunitárias ou universidades com baixo status tornaram-se locais onde se estudava criminologia e justiça criminal. Assim, os departamentos de sociologia começaram a entender essa como sendo uma área que eles deixariam para criminologistas empíricos.

Diante desse aparente rebaixamento da criminologia ou, pelo menos, dessa confusão terminológica, é que se propõe iluminar alguns aspectos do saber criminológico, especificamente, em relação a um dos seus objetos (o controle social) e, ao relacioná-lo com a teoria social, apontar concordâncias e eventuais distanciamentos em cada uma dessas abordagens.

2. O saber criminológico

A criminologia tem por objeto "o estudo do delito, do delinqüente, da vítima e do controle social do delito" (SHECAIRA, 2004, p. 38). É certo, ainda, que a abordagem criminológica desse objeto evoluiu ao longo do tempo, passando de uma fase que pode ser considerada pré-científica, depois vivenciando um período intermediário – cujos maiores expoentes são Lombroso e os seus seguidores – e, mais recentemente, alcançando o estágio considerado científico que "tem início com os estudos sociológicos norte-americanos, desdobrando-se em inúmeras visões da criminalidade, sejam elas consensuais, sejam conflitivas" (Idem, Ibidem, p. 364).

A ciência criminológica[4], portanto, experimentou, principalmente a partir do século XX, um considerável desenvolvimento, em que se destaca, entre outras conquistas no campo teórico, a reelaboração do seu próprio paradigma, passando a enfocar mais detidamente o estudo dos órgãos e das estratégias de efetivação do controle social, em lugar de se ater tão somente ao criminoso tomado exclusivamente em si mesmo.

A partir de tal alteração quanto ao objeto de seus estudos, a Criminologia passou a difundir, em diferentes teses, a capacidade dos órgãos de controle social formal de definir, em última análise, as próprias características desviantes das diversas condutas, o que se traduz em um importante fator criminógeno.

4. Afirma-se ser a criminologia uma ciência por entendermos, assim como Antonio García-Pablos de Molina, Sérgio Salomão Shecaira, João José Leal, entre outros, que esse ramo de conhecimento tem objeto e métodos próprios, razão pela qual tem *status* de campo científico de investigação.

O desenvolvimento de teorias como a da anomia, preconizada por Durkheim, de cunho essencialmente funcionalista, como observa Figueiredo Dias,

> [...] indagou como é que o sistema produz o crime e o produz como resultado normal – esperado e funcional – do seu próprio funcionamento. E ainda: as sugestões relativas às instâncias de controle radicam no já referido impacto da intervenção das instâncias sobre as oportunidades. Esta intervenção pode resultar tanto na maximização das oportunidades ilegítimas como na redução das oportunidades legítimas e, por isso, na potenciação da *deviance* (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 314-341).

Afirma-se, assim, a ideia de que a maior *intervenção penal* (forma de controle social) potencializa as *atitudes desviadas* (crimes); consequentemente, a prevenção destas últimas, passa a requerer, necessariamente, a minimização da primeira.

Em outras teorias, como o "labelling approach"[5] (perspectiva interacionista) até a criminologia radical (de cunho marxista), o que se verifica é uma constante identificação da sociedade como estrutura desencadeante da criminalidade, devido ao próprio excesso de controle social formal. Analisemos, pois, alguns conceitos úteis de controle social.

3. O objeto controle social: aproximação conceitual

O conceito de controle social apresenta variações e disparidades a depender da área do conhecimento que o toma por objeto. O criminólogo e jurista Sérgio Salomão Shecaira, define controle social como

> [...] o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários. Para alcançar tais metas as organizações sociais lançam mão de dois sistemas articulados entre si. De

5. O *labelling approach* privilegia, na análise do comportamento desviado, o funcionamento das instâncias de controle social (criminalização secundária), é dizer, a reação social aos comportamentos assim etiquetados. Crime e reação social são, segundo esse enfoque, manifestações de uma só e mesma realidade: a interação social. Não há como compreendê-lo (compreender o crime), senão em referência aos controles sociais. Recusa-se, nessa perspectiva interacionista, consistência material ou ontológica ao delito, que não existe *in se* ou *per se* (qualidade negativa intrínseca das condutas assim definidas). Antes, é o resultado de um complexo processo de reação social a certas modalidades de comportamento. Noutros termos, é a sociedade que, por meio do controle social, cria o delito.

> um lado tem-se o controle social informal, que passa pela instância da sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clubes de serviço, etc. Outra instância é a do controle social formal, identificada com a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os consectários de tais agências, como controle legal, penal, etc. (SHECAIRA, 2004, p. 60).

Já o antropólogo John Beattie, ainda que sem definir precisamente "o que é", trata da questão do controle social apontando suas características e qual sua utilidade na manutenção de qualquer grupamento social e o faz nos seguintes termos:

> Não poderia haver vida social corrente a menos que as relações sociais que mantêm as pessoas unidas fossem, pelo menos em certo grau, ordenadas, institucionalizadas, e previsíveis. A única alternativa à ordem é o caos. Para manter um sistema ordenado de relações sociais as pessoas devem sujeitar-se a certo grau de coação; não podem fazer sempre exatamente o que desejam. Pois, frequentemente, o interesse pessoal pode incitar comportamento incompatível com o bem comum, e assim é que em todas as sociedades algumas regras, alguns tipos de coação sobre o comportamento das pessoas, são reconhecidas e, em conjunto, aceitas. Estas regras e os meios através dos quais elas são impostas diferem muito de uma sociedade a outra, mas sempre asseguram mais ou menos eficazmente algum grau de ordem social (BEATTIE, 1977, p. 167).

E, mais adiante, propõe uma distinção para diferentes tipos de controle social, aos quais ele denominou de "externo", que se restringiriam às relações sociais externas de qualquer grupo, que se vinculariam dentro da esfera do que para esse autor é útil chamar de "política" e, de outro lado – o que seria interno ao grupo social estudado – quando se fala de "leis" e "sanções sociais" estar-se-ia "pensando, primariamente no comportamento de pessoas individuais e das relações entre elas e dos fatores sociais que, de um modo geral, asseguram sua conformidade às regras aceitas da sociedade" (Idem, Ibidem, p. 168).

Verifica-se, pois, duas abordagens sobre controle social que se complementam e que serão fundamentais para a investigação proposta no presente ensaio. Trata-se de tentar compreender dois conceitos de controle social, formulados por teóricos de dois diferentes campos do conhecimento (criminologia e antropologia) a fim de demonstrar a utilidade da abordagem interdisciplinar, tão cara à ciência criminológica.

Interessante observar também que, como anteriormente mencionado, o objeto "controle social" recebe dos criminólogos detida atenção, tanto na tarefa

de conceituá-lo quanto nas diferentes teorias criminológicas forjadas ao longo do século XX, nas quais a sua abordagem se fez presente. Em alguns casos, explicitando a sua influência para a dissuasão da prática de crimes – como na teoria da associação diferencial, cujo maior expoente foi Edwin Sutherland[6] – e, mais recentemente, fazendo a própria crítica ao papel que as estratégias de controle social desempenham na sociedade, no mais das vezes extremamente deletério, custoso e, pior, criminógeno.

Essa tarefa de explicitar as mazelas das estratégias de controle social empreendidas em países ditos "civilizados" nos últimos trinta anos e engendrar a crítica a elas tem sido levado a cabo pelos estudiosos da denominada criminologia radical (um dos vários vieses do que se denomina criminologia crítica), a qual tem sido identificada como uma nova linha teórica (ou teoria, escola) da criminologia. Analisaremos brevemente.

4. A recente guinada: a ascensão da criminologia crítica

A partir da década de 70 do século XX, ocorre uma reaproximação entre a análise do fenômeno criminal e a teoria marxista. Em torno desse novo paradigma, diversos estudiosos alinham-se numa crítica às então denominadas teorias criminológicas do consenso, incapazes, segundo essa linha de pensamento, "de compreender a totalidade do fenômeno criminal" (SHECAIRA, 2004, p. 330).

A criminologia crítica – ou radical, ou dialética – é

> [...] a crítica final de todas as outras correntes criminológicas, fundamentalmente por recusar assumir este papel tecnocrático de gerenciador do sistema, pois considera o problema criminal insolúvel dentro dos marcos de uma sociedade capitalista. (...) Como poderiam, afinal, os estudiosos críticos se propor a auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se o seu propósito último é defender o homem contra este tipo de sociedade? (Idem, Ibidem, p. 332-333).

A teoria crítica engloba as mais diferentes perspectivas de aproximação em relação ao objeto referenciado, todas elas, no entanto, enfatizando o viés

6. Vide a obra *El delito de cuello blanco*, onde, sobre o papel do controle social na dissuasão da prática dos denominados "crimes de colarinho branco", Sutherland afirma, não sem criticar, que há uma apreciação diferencial dos grandes empresários, comerciantes e industriais, o que leva à cominação, para esse tipo de delito, de penas mais brandas, uma vez que quem os pratica não precisa ser ressocializado, pois nunca fora dessocializado.

materialista histórico da punição e das suas consequências. O controle social é abordado com relativa preponderância em relação às teorias que compõem o que Sérgio Salomão Shecaira identifica como "criminologia do consenso".

Entre tantas tendências identificáveis no âmbito da criminologia crítica, referido autor destaca três: o neorrealismo de esquerda, a teoria do direito penal mínimo e o pensamento abolicionista (Idem, Ibidem, p. 335), mas tal enumeração é meramente exemplificativa, não sendo, certamente, exaustiva.

A própria abordagem das diferentes tendências da criminologia radical não deixou de ser – também ela – objeto de crítica. Acusações dos próprios criminólogos críticos, no sentido de que se faria não criminologia, mas "economia política" ou "teoria do Estado"[7], surgiram em diferentes momentos no decorrer da consolidação da criminologia dialética. Por outro prisma, afirmações depreciativas acerca do minimalismo penal, notadamente aquele proposto por Luigi Ferrajoli em seu *Direito e Razão* não foram menos agudas e severas[8]. Percebe-se, assim, que interpretações não muito generosas acerca do saber criminológico não são exclusividades de pesquisadores de outros campos disciplinares do conhecimento.

O que se depreende dessas críticas, contudo, não parece denotar fragilidades ou mesmo arrefecimento do fazer criminológico. Revelam, isso sim, vitalidade e plena efervescência. O que se pode chamar de estudos de "teoria

7. Os debates e confrontos internos no âmbito da Criminologia crítica se tornam mais visíveis quando se analisa as diferentes vertentes da crítica criminológica. Sérgio Salomão Shecaira aponta essa divergência: "Por isso, desde o início do pensamento crítico, foram manifestadas reservas aos pontos suscitados pelos teóricos ingleses, autores da 'nova criminologia'. Daí por que, ao longo dos anos, [os minimalistas] chegaram a polemizar com os neo-realistas de esquerda, em muitos pontos. Assim, afirmam os neo-realistas que os minimalistas abandonaram o estudo das 'causas do delito', para dedicarem-se exclusivamente às razões econômicas e políticas que enveredam para a teoria do Estado". (SHECAIRA, 2004, p. 342).

8. É esse embate que Marcelo Buttelli e Gustavo Noronha de Ávila relatam no artigo *(Re)discutindo o papel estratégico do minimalismo penal no hodierno: uma análise a partir das teorias criminológicas críticas*: "O apego classista de Ferrajoli ao sistema penal 'reformulado' é alvo de duras críticas. Segundo Zaffaroni, que incorpora em seu realismo marginal a razão abolicionista, a justificativa encontrada por Ferrajoli para legitimar o seu 'direito penal mínimo' constitui, senão uma contradição em termos, uma leitura deveras superficial e vulgarizada dos principais autores do movimento abolicionista. É que as críticas de Ferraijoli parecem centralizar certas simplificações que realiza, tais como as pretensões de suprimir o sistema penal, deixando os conflitos sem solução e sem a cobertura ideológica de uma solução 'aparente' que vigora hoje no sistema penal". (ÁVILA; BUTELLI, 2012, p. 16)

criminológica" está produzindo resultados animadores e potencialmente complexificadores do próprio fazer criminológico, muito ao contrário de uma simplificação ou recolhimento a um saber e práxis meramente operacionais, tanto menos de uma operacionalização a serviço de governos ou legitimadores de aparatos de controle desregulados e eventualmente opressores.

Nesse sentido, as reflexões de Jock Young dão um pouco da dimensão da amplitude das preocupações e questionamentos que são fruto das discussões criminológicas contemporâneas:

> No tocante aos métodos de operação, temos que construir um novo contrato de cidadania, que enfatize a diversidade, em vez de valores absolutos, e não encare a diversidade como um catálogo de características fixas, mas sim como pletora de culturas, de culturas sempre cambiantes, sempre em desenvolvimento, transformando a si mesmas e umas às outras. Um contrato que não permita que o Estado e seus especialistas decidam sobre os problemas, que estimule debates e balanços intensos, que não constitua uma cidadania de direitos, mas sim de reciprocidade entre todos os cidadãos, reconhecendo plenamente a necessidade de reciprocidade entre cidadão e Estado no ordenamento das metas sociais e da transformação institucional.
>
> Finalmente, o terreno em que a modernidade floresceu sofreu modificações fundamentais. Não é possível voltar ao passado, ao mundo da década de 1950. Nós temos que trabalhar no terreno agora dado. Não podemos voltar ao pleno emprego da puberdade ao túmulo, das nove às cinco e só para homens. Não podemos voltar à imagem sucrilhos Kellogg's da família nuclear com suas estruturas patriarcais de permanência vitalícia. Não podemos voltar, exceto nas novelas televisivas, à comunidade da interferência, observância e intromissão perpétuas. Não podemos voltar à tênue fronteira azul a nos proteger da criminalidade e ao Estado previdenciário que decide nossas prioridades e resolve nossos problemas. Não podemos voltar à monocultura, à certeza moral e aos valores absolutos. Não podemos retornar ao incontestado, ao unívoco e ao inquestionado.
>
> O ziguezague da modernidade nos conduz sempre em frente, fechando caminhos ao que estamos acostumados e oferecendo novos panoramas e possibilidades. 'Tudo que é sólido desmancha no ar', mas é preciso lembrar que tudo que era sólido era frequentemente opressivo, irrefletido e não examinado. A razão reduz a velha base de confiança, mas nos impede a formar bases novas e mais racionais para a ordem. Criminalidade e intolerância ocorrem quando a cidadania é obstada; suas causas estão na injustiça, mas seus efeitos inevitáveis são mais injustiça e violação da cidadania. A solução deve ser encontrada não na ressurreição de estabilidades passadas, baseada na nostalgia de um mundo que jamais retornará, mas numa nova cidadania,

> uma modernidade reflexiva capaz de manejar os problemas da justiça e da comunidade, da recompensa e do individualismo, que habitam o coração da democracia liberal. (YOUNG, 2002, p. 289-290).

Esse excerto é bastante elucidativo para dimensionar os desafios que o campo tem assumido. Os estudos criminológicos têm se voltado para a compreensão dos novos arranjos sociais, buscando, da forma mais plural e dialogada possível, oferecer respostas às novas interações, forjadas por novos atores sociais e confrontando, normalmente, as ações e políticas estatais implementadas, notadamente aquelas focadas no controle das novas realidades e das demandas expressadas em contextos complexos. O que Young chama de modernidade recente traz incertezas, inconstâncias e uma série de desafios analíticos os quais a Criminologia não tem se furtado a realizar.

No Brasil, as discussões acerca do objeto, sua ampliação e dilemas apresentados aos criminólogos não têm sido menos intensas e profundas. Trabalhos como de Carmen Hein de Campos que, na sua tese de doutoramento ao tratar de Criminologia(s) e feminismo(s) abordou as dificuldades e enfrentamentos que "a problematização feminista pós-moderna, quando levada à criminologia, provocou ou deveria ter provocado: uma segunda ruptura paradigmática (...) que embora a criminologia crítica reconheça o paradigma de gênero (impossível não fazê-lo), nem sempre consegue incorporá-lo à sua análise" (CAMPOS, 2013, p. 16) têm confrontado, assertivamente, os limites e embaraços que determinados temas e abordagens ainda persistam nos estudos do campo.

Em relação ao racismo e às diversas formas e intensidades da violência a ele intrínseca, têm sido muito frutíferas as pesquisas criminológicas de Thula Pires, Camila Prando, Evandro Piza e Felipe Freitas, apenas para citar alguns nomes. No que se refere às questões envolvendo as demandas por reconhecimento identitário e por uma cultura de não violência são dignos de nota os esforços investigativos entre outros, de Salo de Carvalho.

As reflexões do Grupo Brasileiro de Criminologia Crítica[9], composto de boa parte dos pesquisadores referidos, têm apontado para esse duplo desafio: precisar o que vem a ser essa "Criminologia local", quais são seus objetos prioritários e qual o olhar que a eles se tem lançado nas investigações em curso. A observação de tais discussões permite afirmar que aquilo que Young aponta

9. Aqui se faz referência às discussões travadas durante o IV Encontro do Grupo Brasileiro de Criminologia Crítica, sediado pela Faculdade de Direito da USP entre os dias 10 a 12 de maio de 2017, cujo tema foi: "Em busca de uma Criminologia crítica brasileira".

nas suas colocações – a abertura para o novo, a necessidade de se construir um novo ambiente comunitário em que sejam superadas as promessas e os inegáveis déficits do estado neoliberal – permeiam o horizonte de análise dos criminólogos, notadamente os críticos, que têm se esforçado sim para construir "uma modernidade reflexiva capaz de manejar os problemas da justiça e da comunidade, da recompensa e do individualismo, que habitam o coração da democracia liberal" (YOUNG, 2002, p. 290).

5. A contribuição da teoria social

A teoria social erige-se como campo científico – e acadêmico – a partir dos trabalhos de Émile Durkheim que, no final do século XIX, reivindicou a autonomia desse saber, sustentando que o social se explica pelo social, vale dizer, os fenômenos da sociedade devem ser explicados por análises e estudos que se baseiem em categorias e definições próprias, segundo um método específico.

O esforço preliminar empreendido por Durkheim para sustentar a autonomia disciplinar do campo acadêmico por ele inaugurado (a sociologia) se deu, curiosamente, elegendo como objeto privilegiado de análise o problema criminal. A revista científica editada por ele, por exemplo, publicava os trabalhos de Cesare Lombroso, o precursor do que se denominou "antropologia criminal", cujo viés era essencialmente determinista biologicista, o que era frontalmente oposto ao método sustentado por Durkheim. Porém, a coincidência em torno do objeto (que superficialmente aqui chamo de "problema criminal") assegurou essa aproximação inicial entre um estudioso de teoria social e alguém que explicava o crime e, principalmente, o criminoso, ancorado em uma dimensão biológica.

Ao tratar sociologicamente das complexas questões criminais, ainda no século XIX, Durkheim nega o caráter de anormalidade ou de doença da prática criminosa, afirmando-a como um resultado normal – esperado e funcional – da dinâmica das relações sociais, sendo, portanto, ele mesmo o maior responsável pelo desprestígio que atingiu o pensamento lombrosiano. Ao mesmo tempo, rechaçou também os argumentos daquela que foi nominada "Escola Clássica", na medida em que rejeitava a ideia de que o crime é um fato jurídico e que a pena – consequência jurídica do crime – seria uma resposta racional e proporcional ao fato que a ensejou. Para Durkheim, a pena tem uma considerável carga valorativa e emocional e, por isso, o pressuposto da sua racionalidade é uma falácia.

A produção Durkheimiana que se pode considerar como uma verdadeira "sociologia da punição" ensejou a possibilidade teórica da formulação

das atuais incontáveis "sociologias", pois a partir dele foi fundado um novo campo disciplinar. Mas a produção massiva de pesquisa sociológica sobre esse objeto só foi retomada a partir do final dos anos 60 e primeira metade dos 70 do século XX[10], Para David Garland, o longo desinteresse dos sociólogos em relação ao objeto "crime e punição" só arrefeceu "nos últimos dez anos pelas seguintes razões: prisão em massa, pena de morte, sentenciamentos severos e políticas de lei-e-ordem têm se tornado parte proeminente da vida nos EUA. Tanto organizações civis, como os sociólogos tiveram que prestar atenção"[11].

É somente a partir desse momento que

> [...] autores no campo da teoria social, como Michel Wieviorka (1997), Loic Wacquant (2001), Zygmunt Bauman (1999) e David Garland (1995; 2001), entre muitos outros, têm buscado apresentar explicações para a emergência desse novo cenário no que diz respeito à criminalidade e a sua contenção na sociedade contemporânea (ALVAREZ; GAUTO; SALLA, 2006, p. 331).

O artigo de Marcos César Alvarez, Maitê Gauto e Fernando Salla anteriormente mencionado, elaborado a partir das discussões realizadas no âmbito de um projeto coletivo de pesquisa desenvolvido no Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP), tece interessante panorama acerca das contribuições que Michel Foucault e cada um desses autores – especialmente David Garland – trouxe para a compreensão do fenômeno da violência, das estratégias de punição, enfim, da nova configuração da estratégia penal na contemporaneidade.

É o alvorecer, principalmente na obra de Garland, de uma nova "sociologia da punição, por sua vez, baseada numa perspectiva mais complexa, que enfatiza sobretudo a dimensão cultural das instituições penais", a qual "poderia assim contribuir para uma crítica teórica e prática da racionalidade penal do mundo contemporâneo" (ALVAREZ; GAUTO; SALLA, 2006, p. 347).

Mas não é só. Também sob o signo da teoria social se formula o que se pode denominar como "economia política da penalidade", ou seja, uma crítica materialista do controle social, evidenciando as limitações desse modelo teórico e refinando-o até o ponto de torná-lo útil para a compreensão das

10. É o que nos informa Michel Wieviorka, que ao redimensionar o conceito de violência, estabeleceu como marco para a inflexão que ensejou esse novo paradigma, precisamente, neste período histórico (WIEVIORKA, 1997, p. 5), além de Alessandro De Giorgi, ao enunciar o advento do que ele denominou pós-fordismo e as suas consequências sobre a punição (DE GIORGI, 2006, p. 47), apenas para exemplificar.

11. CALDAS, Cristina; KANASHIRO, Marta. Entrevista com David Garland. *ComCiência*, v. 98, 2008. p. 1-2. Acesso em: 05.04.2009.

estratégias de controle empregadas na contemporaneidade, o que pode ser verificado principalmente nas obras de Georg Rusche, Otto Kirchheimer[12] e Alessandro De Giorgi[13].

A leitura da, aqui exaustivamente mencionada, entrevista de David Garland[14] e do seu artigo intitulado *As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico* favorece sobremaneira, como já indicado, a interpretação no sentido de que a profícua contribuição da teoria social para a compreensão da complexa e imbricada racionalidade penal da atualidade resolveria um déficit cognitivo, vale dizer, preenchendo um vazio explicativo, uma lacuna mesmo na percepção e compreensão do "estado da arte" das políticas e práticas penais empreendidas nesse período.

Em certa medida, temos a sensação de que Garland sugere que, antes dos estudos de teoria social sobre a matéria, nós não tínhamos instrumental apto, referenciais úteis e pertinentes para explicar a tal "racionalidade penal contemporânea". No entanto, por entendermos que essa construção já estava bem adiantada no campo criminológico e que, em última análise, estamos diante de uma interseção entre dois campos disciplinares que se complementam, ao invés de se excluírem, é que tecemos as considerações a seguir.

6. Considerações finais

Em primeiro lugar apresentamos um conceito bastante atual de criminologia e que parece apropriado para a discussão que aqui se fará com o objetivo de alavancar algumas conclusões. Para Antonio García-Pablos de Molina,

> [...] a criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 33)

12. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
13. DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2006.
14. CALDAS, Cristina; KANASHIRO, Marta. Entrevista com David Garland. *ComCiência*, v. 98, 2008. p. 1-2. Acesso em 05.04.2009.

Da análise do conceito acima referenciado, destaco o caráter interdisciplinar da ciência criminológica. A sua genealogia[15] consigna o constante desenvolvimento dessa ciência, sendo certo que, como já mencionado, a sua fase científica se iniciou justamente com pesquisas sociológicas estadunidenses (SHECAIRA, 2004, p. 364). Vale dizer, aquilo que no período anterior, classificado como intermediário, demonstrou-se uma "antropologia criminal de bases biologicista e determinista" inaugurada por Cesare Lombroso e seus seguidores – desde há muito criticada e superada – desembocou num saber absolutamente dialogal, transitando entre os campos médico e psicológico (criminologia clínica), sociológico, econômico, estatístico, antropológico e jurídico (criminologia social), até por conta do seu multifacetado objeto.

Ainda na genealogia da ciência, observa-se o profícuo desenvolvimento de teorias de diferentes matizes para explicar as razões, implicações e consequências do fenômeno criminal. As já mencionadas teorias da anomia, da associação diferencial, da rotulação social e finalmente a teoria crítica – ou radical, ou dialética, todas posteriores à grande contribuição ao saber criminológico dada pela Escola de Chicago, construíram, ao longo de todo o século XX, informações válidas para explicar – cada uma ao seu tempo e ao seu modo – a complexa realidade do enfrentamento do crime, as suas causas, as consequências das medidas dissuasórias da prática criminosa e tantas outras abordagens possíveis dessas questões.

Especificamente em relação ao estudo sobre o controle social, a abordagem empreendida a partir dos estudos identificados com a teoria da rotulação social, mas principalmente na leitura dos teóricos críticos (que formularam o que Sérgio Salomão Shecaira denomina de "criminologia do conflito") abre-se para influências as mais diversas, maximizando a característica da interdisciplinaridade destacada anteriormente. Mais do que isso, para os historiadores da criminologia há, principalmente a partir da década de 70 do século XX, a profusão de estudos que se debruçam sobre o problema da punição, da violência, enfim, do controle social, sendo certo que autores como Michel Foucault e vários outros identificados como teóricos sociais, são considerados, ao mesmo tempo, criminólogos alinhados ou pertencentes ao que se denominou "teoria criminológicacrítica".

Assim, quando nos deparamos com pesquisas na área de "sociologia da punição", mas, principalmente no campo da "economia política da penalidade",

15. Para o estudo da genealogia da ciência criminológica se sugere, entre outros, SHECAIRA, 2004. p. 73-130; DIAS; ANDRADE, 1992, parte I, capítulo 1; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006. p. 175-204.

parece mais acertado entendê-las, em certa medida, como a superação de "uma dimensão teórica da criminologia enquanto ciência da criminalidade, como saber-poder sobre as causas individuais e sociais do desvio, e de construir uma crítica histórico-econômica da formação dos sistemas repressivos" (DE GIORGI, 2006, p. 37), ou seja, como uma contribuição frequentemente classificada como de "teoria crítica", portanto, um saber criminológico.

Em maior ou menor intensidade, os diversos "olhares" sobre a punição (forma de controle social formal, para usar uma expressão cara à criminologia) chamam a atenção para a inflexão do seu paradigma a partir da década de 70 do século XX e ressaltam a considerável influência da alteração do modo de produção (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004), da divisão internacional do trabalho (DE GIORGI, 2006) da denominada globalização (BAUMAN, 1999), enfim, do atual estágio do desenvolvimento capitalista como fatores determinantes da referida inflexão, conclusão idêntica de diversos criminólogos (SHECAIRA, 2004), (BARATTA, 2002) e (ANIYAR DE CASTRO, 1981), para citar alguns poucos.

Desta feita, parece mais acertado o rigor de linguagem e de análise, a fim de não se desprestigiar todo um campo do conhecimento. A aparente rejeição de Garland ao potencial explicativo e propositivo da criminologia se deve muito mais ao tom mais exacerbado e grandiloquente empregado na crítica à "razão de ser" da criminologia e ao que ele cunhou como uma "criminologia administrativa" (GARLAND, 1999, p. 69) do que no momento em que ele, alguns parágrafos depois, neste mesmo artigo, denunciou o contexto da sociedade punitiva inglesa, que em tudo contribui para "marginalizar a criminologia crítica" (GARLAND, 1999, p. 70).

A vasta obra de David Garland e, mais do que isso, a sua utilidade e pertinência na explicação da racionalidade penal contemporânea[16] não se coadunam com deslizes epistemológicos ou meramente terminológicos como o que pareceu ter sido cometido em relação à ideia de totalidade da criminologia. É temerário tomar "a parte pelo todo" e polemizar com um campo inteiro de conhecimento – a ciência criminológica – quando aparentemente seria mais acertado definir com maior precisão qual aspecto, ou tendência, ou "escola",

16. É essa opinião de Alvarez, Gauto e Salla para quem "a contribuição do pensamento de Garland parece de grande valia para o aprofundamento da compreensão do cenário brasileiro (...) e 'também é relevante para se tentar esclarecer como e por quê no Brasil a sociedade em geral dá aval a práticas punitivas que correm muitas vezes à revelia da lei ou que se limitam a alcançar os estratos mais pobres e privados dos direitos elementares'" (ALVAREZ; GAUTO; SALLA, 2006, p. 349).

ou mesmo autor do campo cuja explicação ou proposição sobre a lógica da punição (ou qualquer outra questão criminal) se revelaram equivocadas.

Em maior ou menor medida, todos os autores da teoria social (acertadamente considerados como alinhados à teoria criminológica crítica), bem como os criminólogos críticos propriamente ditos aqui citados, anteriormente, aparentam concordar com o próprio Garland quando ele afirma que

> Essas políticas punitivas do tipo 'lei e ordem' são, pelo menos em parte, uma manipulação maldosa e cínica dos símbolos do poder do Estado e das emoções de medo e de insegurança que conferem a esses símbolos o seu poder. Tais símbolos mostram-se particularmente carregados de sentido quando corre um sentimento geral de inquietação — como é evidentemente o caso no nosso clima econômico e social (...). Emprega-se uma demonstração de força punitiva contra o indivíduo condenado para recalcar toda confissão da incapacidade do Estado de controlar o crime (GARLAND, 1999, p. 71).

Tratar dos paralelismos e afastamentos entre a criminologia crítica e a teoria social, no que concerne à punição, revelou, portanto, muito mais uma zona de interseção do que qualquer outra medida de aferição de distância poderia demonstrar.

7. Referências

ALVAREZ, Marcos César; GAUTO, Maitê; SALLA, Fernando. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, jun. 2006. p. 329-350.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BUTELLI, Marcelo. (Re)discutindo o papel estratégico do minimalismo penal no hodierno: uma análise a partir das teorias criminológicas críticas. *Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais – Criminologia e sistemas penais contemporâneos*, 2012. Disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III.html]. Acesso em: 05.02.2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BAUMAN, Zygmund. Lei global, ordens locais. In: BAUMAN, Zygmund. *Globalização:* as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 111-136.

BEATTIE, John. *Introdução à Antropologia Social*: objetivos, métodos e realizações da Antropologia Social. Trad. Heloísa Rodrigues Fernandes. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

CALDAS, Cristina; KANASHIRO, Marta. Entrevista com David Garland. *ComCiência*, v. 98, 2008. p. 1-2. Disponível em: {http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&tipo=entrevista&edicao=35}. Acesso em: 05.04.2009.

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em Criminologia no Brasil. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Criminologia do Preconceito* – Racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: Dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, São Paulo, v. 21, n. 104, set.-out. 2013. p. 279-303.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Conocimiento y orden social:* criminologia como legitimación y criminología de la liberación. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1981.

DE GIORGI, Alessandro, *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia.* A sociedade criminógena e o homem delinqüente. Coimbra: Coimbra, 1992.

DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito* – racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa; COSTA, Pedro Argolo. A hipótese colonial, um diálogo com Michel Foucault: a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. *UniversitasJUS*, v. 27, n. 2. Brasília, 2016. p. 1-31.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Trad. Lígia M. Ponte Vassalo. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*. Salvador, n. 238, 2016. p. 488-499,

GARLAND, David. As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico. *Revista de sociologia e política*, v. 13, Curitiba, nov. 1999. p. 59-80.

GARLAND, David. Punishment as a social institution. In: GARLAND, David. *Punishment and Modern Society:* a study in social theory. Chicago: Oxford University Press, 1993.

LEAL, João José. A criminologia como ciência. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, v. 2. Florianópolis, jul.-dez. 1978. p. 81-85.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; e GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia:* uma introdução aos seus fundamentos teóricos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês (é assim mesmo, não se trata de nenhum erro de digitação). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, São Paulo, v. 25, n. 135, set. 2017. p. 541-562.

PRANDO, Camila. Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/25378/21610]. Acesso em: set. 2017.

PRANDO, Camila; SANTOS; Rogério Dultra dos. Por que estudar Criminologia hoje? Apontamentos sobre um discurso contra-hegemônico à dogmática penal tradicional. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto. *O ensino jurídico em debate*: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: Millennium Editora, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Rosa del Olmo. Caracas: ed. Universidad Central de Venezuela, 1969.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos sediciosos,* Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, 1º semestre, 1998. p. 13-39.

WACQUANT. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto carioca de criminologia: Freitas Bastos, 2001.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. *Tempo social*, São Paulo, v. 9, n. 1, mai. 1997. p. 5-41.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012 (Coleção Saberes Críticos, (Coord.) GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice).

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

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A punição deve existir! deve existir o direito penal?, de Sebastian Sheerer – *RBCCrim* 117/363-372 (DTR\2016\119);
- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 104/279-303 (DTR\2013\9088);
- Criminologia e transdisciplinaridade, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 56/308-333 (DTR\2005\572); e
- O conceito de pena, de Michael Köhler e Oliveiros Guanais – *RBCCrim* 110/75-102 (DTR\2014\18452).

Entre "punição" e "proteção": por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais

Between "punishment" and "protection": for a new model of juvenile penal responsability of juvenile offenders

Hamilton Gonçalves Ferraz

Professor substituto de Direito Penal e Criminologia (UFRJ). Doutorando em Direito (PUC-Rio). Mestre em Direito Penal (UERJ). Bacharel em Direito (UERJ). Advogado.
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Recebido em: 06.11.2017
Aprovado em: 16.01.2018
Última versão do (a) autor (a): 31.01.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Analisam-se as investidas punitivas sobre adolescentes, identificando seus principais discursos de legitimação. Na sequência, estuda-se criticamente a construção discursiva do Direito Penal Juvenil brasileiro e a forma com que elaborou a responsabilidade penal juvenil do adolescente; por fim, são apresentadas novas propostas e perspectivas de responsabilização, baseadas nos desenvolvimentos da culpabilidade, relacionada ao adolescente.

Palavras-chave: Direito Penal Juvenil – Responsabilidade penal juvenil.

Abstract: It is analyzed the punitive assaults on adolescents, identifying its main legitimation discourses. In sequence, it is critically studied the discursive formation of the Brazilian Juvenile Criminal Law and the ways it elaborated the juvenile responsibility of adolescents. Finally, it is presented new proposals and perspectives of responsibility, based upon the developments on the category of culpability, related towards the adolescent.

Keywords: Juvenile Criminal Law – Juvenile criminal responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. O expansionismo punitivo sobre adolescentes e suas principais linhas discursivas. 3. Um direito penal juvenil? Da limitação ao poder punitivo à sua (re) legitimação. 4. A responsabilidade penal do adolescente e sua culpabilidade. 4.1. Desconstruindo (e reconstruindo) os pilares da culpabilidade no Direito Penal Juvenil: premissas básicas. 4.2. Fundamentos materiais da culpabilidade do adolescente. 4.3. A culpabilidade como elemento do ato infracional. 4.4. A culpabilidade do adolescente como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa. Considerações finais. Referências.

Ferraz, Hamilton Gonçalves. Entre "punição" e "proteção": por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 145. ano 26. p. 627-648. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

1. Introdução

É extremamente preocupante o avanço, incremento e consolidação do Estado penal[1] brasileiro, fenômeno que se representa de forma mais notória pelos elevadíssimos índices de encarceramento adulto e juvenil, números que se encontram em crescimento constante desde os anos 90 (CARVALHO, 2013a, 2015; SOUZA; FERRAZ, 2017). Atualmente, nosso Estado penal vem dirigindo suas engrenagens e baterias punitivas sobre os adolescentes autores de ato infracional, o que é representado, de forma mais urgente e notória, pelo significativo avanço legislativo das diversas propostas de redução da maioridade penal e de aumento do tempo de internação, e, de forma menos explícita ou evidente, pelo próprio comportamento estrutural dos atores do sistema de Justiça Juvenil, os quais conferem reinterpretação de cunho punitivo-menorista às disposições convencionais, constitucionais e legais vigentes (SOUZA; FERRAZ, 2016; 2017).

Considerando este cenário, propõe-se uma reflexão crítica a partir do Direito Penal Juvenil, compreendido aqui como *o ramo da ciência jurídico-penal responsável pela elaboração e sistematização teórica de todo saber penal juvenil, com vistas à redução e contenção de poder punitivo exercido sobre adolescentes autores de ato infracional*[2]. Pretende-se, primeiramente, identificar e estudar os dois movimentos de expansão punitiva sobre adolescentes – expansão punitiva penal e expansão punitiva juvenil – e seus discursos jurídicos e político-criminais de legitimação. Na sequência, será analisado o Direito Penal Juvenil brasileiro de linha tradicional (legitimante), edificado a partir dos anos 90 e 2000 como contradiscurso acadêmico e dogmático de limitação de poder punitivo sobre adolescentes, que, apesar dos reconhecidos méritos político-criminais,

1. Neste 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 (idem, p. 32).
2. Conceito que se inspira em Zaffaroni e Batista, que afirmam ser o Direito Penal o "ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito" (BATISTA; ZAFFARONI et al., 2006. p. 40).

acadêmicos e científicos, elaborou uma ambígua e confusa responsabilidade penal juvenil do adolescente, o que impõe reparos e acertos em suas premissas, sobretudo a partir da Criminologia Crítica[3]. Assim, a terceira e última parte da exposição será dedicada a levantar possibilidades de (re)elaboração de uma responsabilidade penal do adolescente, reformulando-se e adaptando-se a categoria conceitual da culpabilidade para adolescentes autores de ato infracional e apresentando suas potencialidades dogmáticas e político-criminais.

2. O expansionismo punitivo sobre adolescentes e suas principais linhas discursivas

Desde os anos 90, o Brasil vive uma expansão penal vertiginosa, observando-se constante crescimento nas populações carcerárias adulta e juvenil (considerando adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de restrição de liberdade)[4].

No que diz respeito às investidas de expansão sobre adolescentes autores de ato infracional, podemos identificar duas tendências punitivistas: (i) *expansão do sistema penal adulto*, via propostas de redução da maioridade penal; e (ii) *expansão do sistema de Justiça Juvenil*, que, de um lado, é representado por propostas de aumento do tempo de internação, mas que, por outro lado, já é verificado na realidade empírica a partir do próprio comportamento proativo dos atores do sistema de Justiça Juvenil (FERRAZ; SARTORELLI, 2017).

Não se pretende fazer uma análise exaustiva de todos os projetos de punição e repressão em matéria juvenil, e tampouco sobre todos os discursos punitivistas sobre a questão[5]; mas, sim, identificar as principais tendências que, de alguma forma, envolvem ou perpassam o campo jurídico-penal de forma mais sensível.

3. Apesar de expressão em permanente disputa acadêmica, entende-se a Criminologia Crítica como um movimento prático-teórico, que aponta uma perspectiva criminológica orientada pelo materialismo histórico como método e incorpora as teorias rotulacionistas ("labelling approach" – "criminological turn") e teorias sociológicas conflituais (CARVALHO, 2013b. p. 284-285).

4. O debate criminológico sobre as razões do fenômeno é acalorado e segue em aberto; entretanto, verifica-se certo consenso em perceber a relação entre a escalada punitiva brasileira com o ingresso do país em um modelo econômico, social e político aproximado ao neoliberalismo. Sobre esse debate, por todos, CARVALHO, 2010.

5. Por todos, CAPPI, 2011, 2014.

Do lado da expansão do sistema penal adulto via redução da maioridade, descartando-se discursos mais emotivos, irrefletidos ou verdadeiramente "toscos" (como discursos mais autoritários de linha "lei e ordem" e "tolerância zero", que, na verdade, tendem a predominar), observa-se certa construção discursiva forte e razoavelmente consistente: um discurso que, encarnando as premissas da chamada *racionalidade penal moderna* (PIRES, 2004)[6], enxerga no adolescente, nos seus 15 ou 16 anos, um adulto, sujeito autodeterminado ("livre", "capaz", já "maduro")[7], que, conhecedor das normas sociais fundamentais de convivência (na forma de "valores sociais" ou um "mínimo ético social", que as normas penais representariam[8]), por sua violação, mereceria uma reprimenda em sentido forte, no caso, a pena aflitiva, determinada segundo o grau de reprovação ético-jurídica por sua conduta ilícita[9].

Esse arranjo, que, em um primeiro momento, pareceria respeitar os princípios mais elementares do Direito Penal do fato, em verdade, cede diante da mais simples investida autoritária de Direito Penal de autor: a pretensa "autodeterminação" do sujeito (impossível de prova) se converte em um aspecto negativo de sua personalidade (HORMAZABAL MALARÉE; BUSTOS RAMÍREZ, 2004; p. 67)[10], a qual, embora igualmente indeterminada e impos-

6. Importa aprofundar mais este ponto. Nas palavras de Pires, "a teoria da racionalidade penal moderna (RPM) é uma teoria sociológica sistêmica que descreve a emergência de um sistema de ideias formado pelas teorias modernas da pena e que apresenta esse sistema de ideias como um "obstáculo epistemológico" (Bachelard) à reconstrução – ou à "evolução de patamar" (Simondon) – do sistema de Direito Criminal, tal como ele se diferenciou e se construiu na Europa e nas américas a partir dos séculos XII e XIII" (PIRES, 2017. p. 136). Ela é composta por três pilares, na leitura de Xavier: (i) um direito de punir, que assume a forma de uma obrigação de punir; (ii) essa obrigação é substancializada de forma mais dura do que uma intervenção qualquer; (iii) a ideia de "proteção da sociedade", que seria exercida pelo Direito Penal, que guarda uma visão hostil do infrator, concebido como inimigo da sociedade (XAVIER, 2015. p. 449-452).
7. A título ilustrativo, Cappi constatou que o argumento do "discernimento" (isto é, de que a redução se impõe uma vez que o adolescente já teria "consciência" de suas ações, e, por isso, teria um nível "maior" de maturidade, comparado ao adolescente ao tempo do CP 1940) figura simplesmente em todas as proposições de redução da maioridade penal (CAPPI, 2011. p. 154-157).
8. Representação eticizante do Direito Penal que se remete à Welzel (1964. p. 239).
9. Forma de responsabilização penal que foi consolidada na dogmática penal (TANGERINO, 2014. p. 249).
10. Sobre esta passagem, da autodeterminação humana como aspecto essencial do sujeito culpável a uma qualidade pessoal negativa, que torna a infração penal mais

sível de prova, passa a ser o elemento central de análise da conduta ilícita do sujeito e de suas possibilidades de agir conforme o direito, determinando-se a punição pelo que eticamente descumpriu (retribuição) ou pelo que poderia voltar a fazer (prevenção). De uma ou outra forma, sobressaem, no fundo, versões mais ou menos explícitas de defesa social, e, não à toa, a culpabilidade nesse modelo se converte em *equivalente funcional da periculosidade positivista* (ZAFFARONI, 2002; p. 659)[11].

Do lado da expansão do sistema juvenil, observa-se um discurso baseado em um suposto ideal de "proteção", presente tanto nos projetos de aumento do tempo de internação[12], quanto nos próprios discursos dos operadores do sistema (MINAHIM, 2010; COSTA; GOLDANI, 2015[13]; SOUZA; FERRAZ; SARTORELLI, 2017). A medida socioeducativa não seria uma pena (sequer teria carga aflitiva, retributiva)[14] e sua aplicação se daria em nome do "bem" do adolescente, o qual deveria ser "reeducado" ou "ressocializado" (a partir das conhecidas "*ideologias re*", na leitura de BATISTA; ZAFFARONI et al., 2006; p. 124-125). Não sendo a sanção juvenil uma pena, o discurso não é penal, e, assim, ainda que imbuído das "melhores e mais nobres intenções" (o que dificilmente se acredita, considerando a realidade letal da Justiça Juvenil brasileira), esse discurso liberta a prática judicial da observância e respeito estrito às garantias penais e processuais penais fundamentais, que passam a se opor, em

---

reprovável, Pavarini percebeu que esse "salto" encontraria origens nas próprias concepções éticas e políticas do iluminismo, uma vez que, visualizando a sociedade a partir de um modelo contratualista burguês centrado na propriedade privada, todos aqueles que se encontrassem e agissem fora desse âmbito seriam considerados socialmente nocivos, imorais, criminosos. Assim, ao mesmo tempo em que o movimento iluminista encarna defesas ao livre arbítrio do homem, é capaz de forjar uma imagem negativa do delinquente, retratado como "irracional", "primitivo", "perigoso", "diminuído" (PAVARINI, 2002. p. 33-35).

11. A respeito da corrupção do princípio da culpabilidade em verdadeira periculosidade positivista, CARVALHO, 2010. p. 107-108; 2013c, p. 354-356.
12. Criticando esses projetos de aumento sob o prisma constitucional da proporcionalidade – alguns chegam a estipular internações por até 10 anos –, vale conferir, por todos, DAVID, ZAMBIAZI, 2016.
13. Sobre esse trabalho, relevante apontar que as pesquisadoras coletaram decisões que, a pretexto de proteger o adolescente de sua própria família, mantinham ou impunham medidas socioeducativas de internação.
14. Em que pese defender direitos e garantias ao adolescente autor de ato infracional, Veronese entende não ser a medida socioeducativa uma sanção penal, mas, sim, uma medida de caráter pedagógico, que visa ao resgate da pessoa humana (2015. p. 263).

tensão, aos objetivos de correção e prevenção delitiva atribuídos à Justiça Juvenil. Esse é o *(neo)menorismo*, que, ainda que sob novas vestes jurídico-formais e nova perfumaria argumentativa em tempos pós-1988, é incapaz de esconder seus velhos e fétidos farrapos autoritários e repressivos que nos acompanham desde os códigos de menores de 1927 e 1979, os quais, premidos de ideais correcionalistas, determinavam a responsabilização de adolescentes a partir, pura e simplesmente, do que poderiam ou não voltar a praticar: novamente, periculosidade e defesa social (SPOSATO, 2006; p. 33-49; RODRIGUES, 2016; p. 109-140).

3. Um direito penal juvenil? Da limitação ao poder punitivo à sua (re)legitimação

Aos avanços repressivos do sistema penal adulto e do sistema juvenil, elaborou-se, a partir dos anos 1990/2000, no seio do Direito Penal, como uma espécie de "reação político-jurídica", um discurso, intitulado ou partidário de um "Direito Penal Juvenil"[15], como ramo do Direito Penal, imbuído de uma dupla missão: (i) reconhecer os adolescentes autores de ato infracional como sujeitos de direito (titulares de todo um complexo de garantias e direitos fundamentais) e, ao mesmo tempo, (ii) minimizar a violência privada, entre indivíduos, e pública-estatal, praticada pelo Estado no exercício, aparente ou subterrâneo, de poder punitivo (SPOSATO, 2006; SARAIVA, 2005, 2010; SHECAIRA, 2015).

Esse "Direito Penal Juvenil" foi construído a partir de uma fundamentação *normativa*, centrada na Constituição, nos Tratados Internacionais (por todos, Pacto de São José da Costa Rica e Convenção sobre os Direitos da Criança) e na legislação infraconstitucional – ECA/SINASE; e de uma fundamentação *teórica/filosófica/epistemológica*, consubstanciada no *garantismo penal* de matriz liberal, de Luigi Ferrajoli, como modelo ideal de minimização de violência e maximização da liberdade, bem como de direitos sociais (FERRAJOLI, 2014).

Duas *ausências* são sentidas nesse discurso: (i) uma fundamentação *criminológico-crítica* que, reconhecendo o caráter de pena das medidas correcionais aplicadas a adolescentes, denuncia os déficits estruturais de legitimidade do sistema penal e da Justiça Juvenil, porque são seletivamente violentos e repressivos sobre a juventude pobre e negra; e (ii) uma fundamentação *político-criminal* redutora e deslegitimante, que assume um norte de redução de danos e contenção de poder punitivo.

15. Contrários a essa designação, por todos, ROSA, LOPES, 2011. p. 27; RAMIDOFF, 2003. p. 152-155.

O resultado teórico desse "Direito Penal Juvenil" é um Direito híbrido, (re) legitimante e (ainda) punitivo, que combina elementos da racionalidade penal moderna com certas premissas (neo)menoristas, e que, dessa forma, estrutura uma ambígua responsabilidade juvenil, de modo muito similar à responsabilização penal adulta. Admite-se um *sujeito* "diferenciado" (sem que maiores linhas sejam dedicadas a esse ponto), que conhece e se determina por um *objeto* (as mesmas normas jurídicas e éticas fundamentais) e que, por violar tais normas, *merece uma medida (no caso) correcional* que, embora se reconheça sua "natureza" aflitiva/retributiva, se lhe atribui uma finalidade de reeducação/ressocialização, como prevenção especial (SPOSATO, 2006; KONZEN, 2005; SARAIVA, 2005, 2010).

Os méritos e louvores devidos a essa linha à luta pelo reconhecimento de garantias penais e processuais penais a adolescentes autores de ato infracional terminam quando se percebe que a forma com que se teorizou a responsabilidade penal juvenil do adolescente repete, em maior ou menor medida, os vícios das tendências de expansão "penal-adulta" e menorista: (i) a finalidade de correção atribuída à medida socioeducativa pressupõe que o julgador avalie, sempre e necessariamente, a probabilidade de conduta delitiva futura adolescente, o que o torna um mero causante perigoso; (ii) não se reflete suficientemente a respeito da possibilidade (limitada e reduzida) de compreensão do injusto por um sujeito ainda em formação e, com isso, toma-se por empréstimo do Direito Penal comum a velha (e muito criticável) fórmula finalista do "conhecimento profano do injusto"[16], sem maiores incômodos com a confusão entre Direito e Moral que causa a imputação subjetiva de um ato infracional devido a um (potencial) conhecimento dos valores ético-sociais mais relevantes; (iii) e, por fim, a reprovação ou reprovabilidade atribuída à conduta ilícita do adolescente (igualmente moralista) tende a colocar em segundo plano as condições segundo as quais lhe seria exigível a conduta conforme a direito – condições imprescindíveis de avaliação, porque dizem respeito à sua história pessoal e social, e seus responsáveis (família, Estado e sociedade, nos termos do art. 227, CRFB).

Portanto, o que se verifica como um todo, no debate da responsabilidade penal juvenil ou infracional do adolescente é *a desconsideração de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, de sujeito prioritário de direitos*. Por esse quadro, o discurso jurídico-penal torna-se corresponsável, ou por *omissão – legitimação (neo)menorista* (quando se afirma que "a Justiça Juvenil não é

16. WELZEL, 1956. p. 177; 2015. p. 170. Sobre a discussão envolvendo o que o autor precisa saber para se verificar o conhecimento da proibição, por todos, TANGERINO, 2014. p 190-195.

objeto do Direito Penal", ou que "a medida socioeducativa não é pena", etc.), ou por *ação – legitimação penal via redução da maioridade penal*, ou *legitimação penal juvenil via "Direito Penal Juvenil"*.

Dessa forma, a proposta de Direito Penal Juvenil aqui levantada, como saber técnico-científico redutor de poder punitivo, passa a apostar na construção e elaboração de um discurso dogmático crítico, com reais possibilidades de aplicação jurídica que permitam reconhecimento e real concretude aos direitos e garantias fundamentais dos adolescentes autores de ato infracional. Esse discurso se centra na responsabilização penal juvenil do adolescente, e se instrumentaliza de maneira mais intensa no reconhecimento e construção de uma culpabilidade própria do adolescente.

4. A responsabilidade penal do adolescente e sua culpabilidade

4.1. Desconstruindo (e reconstruindo) os pilares da culpabilidade no Direito Penal Juvenil: premissas básicas

Como proposta dogmático-crítica de responsabilização penal juvenil, propõe-se a construção de uma culpabilidade própria do adolescente, que, identificando e criticando os pilares da culpabilidade no Direito Penal Juvenil legitimante, seja capaz de readequá-lo à luz das garantias e direitos fundamentais na matéria.

Como primeira premissa básica, ela deve *reconhecer o adolescente como sujeito*, isto é, *sua posição de sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento e, consequentemente, rejeitar ou interditar influxos perigosistas*, próprios do menorismo, que, lamentavelmente, ainda opera como a grande metarregra de julgamento na Justiça Juvenil[17].

17. A periculosidade é a marca fundamental da Justiça Juvenil, que a acompanha desde seu surgimento histórico. Sobre sua genealogia na Justiça Juvenil brasileira, por todos, TEIXEIRA; MATSUDA, 2017. Sobre seu amplo emprego na Justiça Juvenil brasileira, conferir a análise empírica em relação a tribunais inferiores e varas especializadas feita por Karyna Sposato e Maria Auxiliadora Minahim. As Professoras pesquisaram, entre janeiro de 2008 a julho de 2009, casos e decisões não apenas do próprio STJ, como dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e Bahia; bem como varas da infância e juventude de São Paulo, Porto Alegre, Recife e Salvador. Observou-se como a construção da ideia de periculosidade dos adolescentes, na forma de etiquetagem, é bastante frequente nos argumentos de justificação da internação (SPOSATO; MINAHIM; 2011. p. 277-298). Como igualmente recorda Vera Malaguti, no Brasil contemporâneo, a "periculosidade" da

Deve-se também assumir que o adolescente autor de ato infracional se insere em um universo cultural e axiológico plural e multifacetado[18]. A ideia de um "mínimo ético" jurídico-penal deve ser rejeitada, sob pena de um giro moralizante e antissecular que, na Justiça Juvenil, conduz imediatamente ao menorismo e a problemáticas imagens idealizadas de "adolescentes obedientes e comportados perante a sociedade".

Por fim, ao vínculo estabelecido entre ato infracional e sanção juvenil, opõe-se um modelo agnóstico-redutor, que concebe a medida socioeducativa, tal qual a pena, como ato de poder político, de inflição de dor e sofrimento, a qual o Direito Penal Juvenil deve reduzir ao mínimo legal, constitucional e convencional (FERRAZ; TANGERINO, 2016).

4.2. Fundamentos materiais da culpabilidade do adolescente

Como fundamentos materiais do juízo de culpabilidade no Direito Penal Juvenil, propõe-se uma construção integrada por três ideias fundamentais: (i) a noção de *responsabilidade*; (ii) a concepção de *pessoa deliberativa*, no marco de uma responsabilização penal no Estado Democrático de Direito; e (iii) o princípio da *alteridade*, como conteúdo ético-normativo da culpabilidade.

Culpabilidade é responsabilidade, não é um reproche (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999. p. 333). Não interessam atributos indeterminâveis da pessoa, como seu "livre arbítrio": subscreve-se Tobias Barreto,

---

virada do século XIX para o XX muitas vezes é também atualizada pelo conceito de "vulnerabilidade" social, categoria que frequentemente é empregada de forma menorista-tutelar na Justiça Juvenil pátria (BATISTA, 2014. p. 289).

18. Em obra específica acerca do reconhecimento de direitos fundamentais a crianças e adolescentes, Ana Paula Motta Costa assevera que, em decorrência de processos sociais complexos na sociedade plural do Brasil contemporâneo, desenvolveram-se normatividades jurídicas paralelas ao sistema jurídico estatal, localizadas, em especial, nas periferias urbanas (COSTA, 2012. p. 89). Nesse contexto, a autora verifica que muitos adolescentes brasileiros referenciam-se em distintos planos jurídicos, os quais se definem por conta das especificidades dos grupos urbanos ou rurais a que pertencem, ou em razão da geração que representam; tais referências ou normatividades não seriam autônomas em relação ao direito estatal, mas se situariam em planos distintos (idem, p. 90). A autora prossegue verificando que, tendo em vista a especificidade dos adolescentes e jovens dessas periferias, poder-se-ia dizer que sua cultura seria resultado de múltiplas influências (famílias, origens sociais e étnicas, comunidades em que vivem, etc.), pertencendo, portanto, a diferentes planos culturais e normativos, cujas regras de comportamento são utilizadas como referência para a solução dos conflitos que vivenciam (idem, p. 92).

ainda verdadeiro hoje, ao afirmar que "*para firmar a doutrina da imputação, o Direito aceita a liberdade como um postulado da ordem social, e isto lhe é bastante*" (BARRETO, 1926. p. 7-8). O que importa é o comportamento concreto da pessoa, definido em uma relação social determinada, e, nesse sentido, deve-se determinar tanto a responsabilidade do sujeito, como também a da sociedade e do Estado (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 2004. p. 67)[19].

19. Importante pontuar que se trata de uma proposta que se assemelha à ideia de coculpabilidade, sustentada por Eugenio Raúl Zaffaroni (que viria posteriormente a sofrer modificações significativas, passando-se a denominar culpabilidade pela vulnerabilidade – sobre isso, conferir FERRAZ, 2016). A partir do reconhecimento de que a ordem sustentada pelo Direito não daria a todos as mesmas possibilidades de realização, aqueles que podiam mais deveriam arcar com a responsabilidade em relação àqueles que podiam menos. A sociedade teria, também, parte da culpabilidade que se atribuiria ao indivíduo, daí, portanto, a denominação "coculpabilidade". A ideia não é nova e encontra antecedentes tanto em Frank, quanto, muito antes, em Marat. Contudo, Zaffaroni percebeu que sua ideia de coculpabilidade seria insuficiente, pelas seguintes razões: (a) em princípio ela evocaria o preconceito de que a pobreza seria a causa de todos os delitos; (b) corrigindo este preconceito, concluir-se-ia pela habilitação de mais poder punitivo sobre as classes hegemônicas e menos sobre as subalternas, o que poderia conduzir a um direito penal classista a duas velocidades; (c) fosse rico ou pobre o selecionado (já que a seletividade não opera apenas em relação a classes marginalizadas), sempre o será com bastante arbitrariedade; (d) em suma, a construção da coculpabilidade não daria conta da seletividade estrutural do poder punitivo e tampouco seria satisfatória à luz de um conceito agnóstico de pena, que Zaffaroni passou a adotar.

    De modo a corrigir esses defeitos, mas guardando certa coerência com a proposta originária de Zaffaroni, pode-se sugerir, mais modestamente, duas balizas a que a culpabilidade deve respeitar. Primeiro, de forma coerente com a proposta minimalista aqui levantada, não pode o juízo de culpabilidade se prestar a agravar sofrimentos humanos e sociais desnecessariamente. Com isso se quer dizer que a culpabilidade, mais do que todas as categorias dogmáticas da teoria do delito, não pode deixar de considerar o sujeito culpável em seu mundo real, diante das condições e circunstâncias que o cerca, sobretudo quando do cometimento de um fato social tão emblemático e complexo como é o delito. Fechar os olhos, deliberadamente, às mazelas humanas e sociais que atingem a enorme maioria dos condenados, às violações sistêmicas de direitos humanos, à forma de operação do sistema penal ocorrida antes, durante e depois da justiça criminal, em um país com um déficit crônico de efetividade constitucional como o Brasil, é, mais do que tudo, conformar-se, em nome de medos e moralismos de ocasião, com um projeto de Direito e de sociedade, que até pode ser legalmente válido, mas que, sem dúvidas, é mais mesquinho e menos generoso, porque menos humano. Em segundo lugar, não pode o Direito Penal admitir a punição de alguém por suas condições pessoais, escolhas morais ou classe social – veda-se, porque antiliberal e moralizante e autoritário, o Direito Penal de autor. A punição só é permitida,

Trata-se de concepção perfeitamente aplicável no Direito Penal Juvenil brasileiro, sobretudo, a partir da força expansiva do art. 227, CRFB, que impõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao adolescente, com absoluta prioridade, o desfrute de seus direitos fundamentais.

A partir do conceito de pessoa deliberativa, Klaus Günther propõe que a responsabilização penal de um sujeito, em um Estado Democrático de Direito, depende do reconhecimento de sua qualidade de cidadão, ou seja, como produtor e receptor de normas jurídicas (GÜNTHER, 1998. p. 80-81). Quanto mais democrática, em um sentido participativo-inclusivo, for uma determinada sociedade, tão mais legítima será a imputação de uma infração penal a um sujeito, e, dessa forma a exigência de seu comportamento conforme ao Direito; ao contrário, quanto menores suas possibilidades de participação e inclusão democráticas, tanto menos se lhe exige (MARTINS, 2012. p. 402).

Trata-se de um fundamento material aproveitável para a conceituação da culpabilidade do adolescente.

Considerando a debilíssima possibilidade de participação e inclusão democrática de um adolescente brasileiro (ainda mais sensivelmente, dos adolescentes autores de atos infracionais, porque seletivamente criminalizados por recortes de classe e raça), seja do ponto de vista jurídico-formal, seja do ponto de vista empírico-real, percebe-se que *não apenas o adolescente – porque sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento – é titular de uma culpabilidade própria, como esta lhe deve ser, inevitavelmente, distintiva e mais benéfica.*

Por fim, com Juarez Cirino dos Santos e Maurício Dieter, a partir da visualização da sociedade como um lugar marcado pela existência do outro, aproveita-se o *princípio da alteridade* (SANTOS, 2008. p. 292; DIETER, 2008. p. 28) como mais um fundamento material da culpabilidade do adolescente no Direito Penal Juvenil. Neste, mais do que no Direito Penal comum, não há espaço para uma "presunção de liberdade", que equipararia o adolescente a um adulto; sua responsabilidade penal decorre do que praticou ao outro, nas condições em que praticou e, mais do que isso, sua responsabilização não pode redundar em discriminação ou preconceito de qualquer ordem, segundo impõe o ECA (art. 3º, p.u) e a Lei do SINASE (art. 35, VIII).

---

em consonância ao princípio garantista da secularização do Estado, pelo que se fez, na forma de um "Direito Penal do fato", no âmbito do qual a culpabilidade (também do fato) se constitui em um juízo sobre o resultado lesivo, e não sobre a pessoa.

4.3. A culpabilidade como elemento do ato infracional

Por todos os fundamentos materiais elencados, como um elemento do ato infracional, que representa um juízo de vinculação subjetiva entre fato e sujeito, que se centra na ideia de exigibilidade (BATISTA; ZAFFARONI et al., 2017. p. 160), pode-se reconstruir ou enriquecer cada extrato analítico dessa categoria conceitual com particularidades próprias relativas à consideração do adolescente como um sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Se é verdade que o adolescente é penalmente inimputável, *a concepção de uma inimputabilidade penal juvenil* possibilita identificar que sua funcionalidade instrumental é reconhecer a proteção à personalidade do adolescente, obstaculizando que seja tratado de forma pior do que um adulto. Nesse sentido, observa-se que não apenas o marco penal de 18 anos, mas também os 12 anos necessários para início da responsabilização penal juvenil consubstanciam cláusula pétrea, passíveis de aumento, mas jamais de diminuição; ao adolescente portador de sofrimento psíquico, deve ser aplicada medida de proteção com todas as garantias asseguradas na legislação antimanicomial; e verificam-se critérios e soluções diferenciadas no tratamento da inimputabilidade por embriaguez – resumidamente, exclusão da teoria da *actio libera in causa* do Direito Penal Juvenil e possibilidade de exculpação no caso de embriaguez culposa completa, ou até mesmo incompleta[20].

20. As problemáticas concernentes à questão da embriaguez despertam peculiar interesse ao Direito Penal Juvenil.

    Previamente, ao enfrentamento da controvérsia, importa notar como o ordenamento jurídico, em nome da proteção à criança e ao adolescente, reconhece que a sua autodeterminação não é plena. A autonomia desses sujeitos é reduzida (sendo progressivamente alcançada, conforme o estágio de desenvolvimento) e, portanto, estabelece-se, a partir da proibição do fornecimento de certos produtos e serviços, entre eles, álcool ou substâncias de efeitos análogos (art. 81 e 243, ECA) uma série de restrições ao exercício das vontades dos adolescentes.

    Não se pretende questionar essa proteção jurídica conferida ao adolescente, mas, sim, chamar a atenção para o fato de que o Direito reconhece como ele é diferenciado e mais vulnerável e, portanto, dotado de menor autonomia e autorresponsabilidade do que uma pessoa adulta. Naturalmente, esse ponto não exclui diversos estudos e investigações próprias da medicina, da psiquiatria, da psicologia ou mesmo das neurociências que comprovam as peculiaridades de desenvolvimento do adolescente.

    Se essa pressuposição (assumida pelo próprio ordenamento) é impositiva, então decorre dela que o tratamento jurídico de certas situações de redução, ou eliminação da autorresponsabilidade, não pode ser pior e nem mesmo igual ao de um adulto. Isso se reflete diretamente na inimputabilidade por embriaguez.

Quanto a potencial consciência da ilicitude, em verdade, trata-se de um problema de *compreensão21*, ou seja, conhecimento introjetado no sujeito adolescente. Como modificações e proposições nesse tema, sugere-se que (i) o âmbito de compreensão do injusto seja limitado às normas penais, a punibilidade concreta do fato[22]; (ii) a responsabilidade pela compreensão do injusto

---

No caso de embriaguez voluntária (apesar de completa), majoritariamente não se exclui a responsabilidade do adulto, seja aquela devida a dolo ou culpa.

Pois bem: feitas as considerações anteriormente, é muito mais razoável que, no caso do adolescente, a embriaguez voluntária (a título de culpa) possa ter aptidão de exculpar, se completa, ou, no mínimo, de reduzir responsabilidade, se incompleta. Se, de fato, uma embriaguez devido a culpa consciente (em que o agente tinha previsão, mas confiava na não superveniência do resultado) sugere que possa haver, no máximo, uma mitigação da responsabilidade, a hipótese de embriaguez por culpa inconsciente (em que o agente não previa o resultado previsível) parece ser particularmente distinta tratando-se de um adolescente. Isso porque ele, muito mais do que um adulto, encontra-se em uma fase da vida em que a experiência e a influência são essenciais, e, nessa fase, podem acontecer situações em que o adolescente adquira suas primeiras experiências com bebidas alcoólicas ou mesmo substâncias entorpecentes: isso faz parte do amadurecimento, que não necessariamente se confunde com obediência a padrões morais rígidos, limites, ou contenção (talvez seja um processo que se dê mais frequentemente pelo contrário). Não se mostra proporcional que a imprudência, que motiva a punição da embriaguez adulta, seja motivo para punir a embriaguez do adolescente, porque em relação a este a negligência e a desatenção, de modo geral, fazem parte de sua própria condição individual e social, do seu próprio processo real de amadurecimento.

Prosseguindo nesse raciocínio, tampouco a teoria da *actio libera in causa* pode se sustentar no Direito Penal Juvenil. Se ela já é absolutamente duvidosa e problemática no próprio Direito Penal comum, sua aplicação sem quaisquer ressalvas na Justiça Juvenil, inevitavelmente, acarreta em desproporcionalidade.

Nesses termos, é de se excluir tal teoria (inclusive do próprio Direito Penal comum), conforme lição de Juarez Tavares: primeiro, porque não há como se estabelecer uma vinculação empírica entre a colocação em estado de inimputabilidade e o fato consequente; segundo, porque no ato consequente não será possível se afirmar o dolo do agente, já que este pressupõe, para sua imputação, que o agente dirija a atividade durante todo o processo de execução; e, terceiro, porque a autocolocação em estado de inimputabilidade configura, na verdade, um estágio de preparação do delito (TAVARES, 2009. p. 428-429).

21. "A compreensão pressupõe conhecimento e internalização ou introjeção" (ZAFFARONI, 2002. p. 676).

22. No Direito Penal brasileiro, tal posição é sustentada por Juarez Cirino dos Santos (2008. p. 312), Juarez Tavares (2009. p. 444) e Davi Tangerino (2014. p. 195). No tocante ao Direito Penal Juvenil, a corrente se justifica ainda mais, considerando que

dependa, isso sim, da capacidade ou aptidão do sujeito de alcançar o conhecimento da proibição[23]; (iii) a dúvida sobre a proibição seja tratada como autêntico caso de erro de proibição, e com maior razão no Direito Penal Juvenil, por estarmos diante de sujeitos em formação incompleta (quadro ainda mais agravado na Justiça Juvenil, considerando os índices alarmantes de analfabetismo e evasão escolar)[24]; e, finalmente, (iv) que se admita a possibilidade de erros de proibição culturalmente condicionados (no caso de grupos ou subgrupos culturais em que o sujeito introjeta e se determina por normas distintas das normas jurídicas oficiais)[25].

é perfeitamente plausível que um adolescente compreenda que sua conduta é ilícita e que pode mesmo ensejar reparação de danos, indenização, ou até alguma punição disciplinar (quando em ambiente escolar), mas que não compreenda (ou não tenha podido compreender) ser a conduta um ato infracional autônomo. E quando isso acontece, se está diante de um erro de proibição que, ou acarreta em exclusão de culpabilidade, se inevitável, ou em sua redução, se evitável. Do contrário, trata-se de responsabilização objetiva, que converte o adolescente em um mero objeto causante, retrocedendo-se ao menorismo tutelar, que não se sustenta dentro da principiologia penal juvenil a que o Brasil está obrigatoriamente vinculado.

23. Na potencial consciência da ilicitude, Welzel cunhara um "dever de se informar": como considerava a antijuridicidade material o objeto de compreensão do injusto, teve de concluir, forçosamente, que "a reprovabilidade do desconhecimento do injusto se baseia numa falta de esforço da consciência", assentando, assim, a responsabilidade pelo injusto no fato de que o agente "podia assegurar-se do conhecimento antijurídico mediante a própria reflexão a respeito dos valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária que o cerca" (WELZEL, 2015. p. 171). Roxin, rompendo com essa concepção, aduz que supor um dever dessa índole conduz à conclusão equivocada de que sua infração fundamenta, por si mesma, a evitabilidade do erro de proibição. Isso porque, se, por exemplo, alguém atua sem se informar da conformidade ao Direito de sua conduta, mas existindo jurisprudência corroborando tal atuar (que o autor também desconhece), ainda que se tivesse cumprido com o suposto dever de se informar, sequer um conhecimento completo poderia ter dado motivo para atuar diversamente. Por esse motivo, Roxin considera que a responsabilidade não se fundamenta pelo descumprimento de um dever de se autoinformar, mas, sim, é a capacidade ou aptidão de alcançar o conhecimento da proibição que torna o injusto culpável. Ademais, um dever geral dessa natureza suporia, erroneamente, que a culpabilidade se determinaria por parâmetros objetivos, e não segundo as capacidades individuais do sujeito (ROXIN, 1997. p. 878-879).

24. A respeito da dúvida sobre a proibição como autêntico erro de proibição, por todos, LEITE, 2013.

25. Trata-se de uma espécie de erro de proibição geralmente aceito pela doutrina latino-americana de modo geral (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 2004. p. 131; ZAFFARONI, 2002. p. 736).

Quanto à exigibilidade de conduta diversa, admite-se critérios mais flexíveis para a verificação da *coação moral resistível e irresistível*, uma vez que o adolescente possui menor capacidade de resistência à coação do que um adulto[26]. Na tradicional *obediência hierárquica*, diante da quase absoluta impossibilidade de se verificar adolescentes em situação de subordinação administrativa em relação de direito público, sugere-se três casos de exculpação supralegal assimiladas a situações de obediência: (i) situações de obediência em relações privadas de trabalho[27]; (ii) situações de obediência em contexto familiar[28]; e (iii) situa-

26. Aliás, é importante destacar que a firmeza com que se costuma sustentar, no Parlamento ou no Judiciário, a repressão de toda e qualquer forma de violência sobre crianças e adolescentes deve se traduzir, na Justiça Juvenil, em mais generosidade, sensibilidade e garantias no reconhecimento e tratamento de situações de coação moral sobre adolescentes autores de ato infracional.

27. Um dos argumentos para que a obediência hierárquica se restrinja a relações de Direito Público é que a relação de subordinação difere profundamente entre o contexto privado e público, dado que ao particular se lhe garante não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, CRFB), o que não ocorre em relações administrativamente vinculadas de Direito Público. Porém, essa liberdade individual é, em regra, concebida em função de uma pessoa adulta, plenamente capaz, a qual se pressupõe livre e sem condicionamentos à sua vontade. Pode-se, realisticamente, afirmar que um adolescente em uma relação de trabalho – que, em boa parte dos casos, não respeita os limites e garantias impostos pelo ordenamento jurídico – dispõe do mesmo nível de liberdade?

28. Nesse tipo de contexto, deve-se fazer um aporte ao Direito Civil e perceber que podem surgir situações de exculpação decorrentes do que se costuma denominar "temor reverencial".

    A doutrina civilística afirma que o temor reverencial, o receio de desagradar aos pais, mestres ou qualquer pessoa por quem o paciente tenha respeito, ou a quem se ligue por uma relação de dependência ou subordinação hierárquica, normalmente não constitui coação apta a ensejar um vício de vontade (PEREIRA, 2009. p. 455-456) – o que é consagrado expressamente pelo art. 153 do Código Civil.

    Porém, se o temor reverencial, por sua gravidade e determinação que imponha à vítima, puder se converter em verdadeira força de intimidação, geradora da declaração de vontade nas mesmas condições que a coação específica, admite-se sua caracterização para fins de invalidar um negócio jurídico. Tepedino, Barboza e Moraes afirmam, contudo, que se deve levar em conta as circunstâncias culturais e sociais que são capazes de transformar o temor reverencial em verdadeira coação, especialmente quando a atitude da pessoa reverenciada realimenta e intensifica a fragilidade subjetiva de quem tem medo, resultando em verdadeira ameaça ou violência moral irresistível (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2007. p. 292). Tais considerações devem reverberar no Direito Penal Juvenil, em que muitos atos infracionais podem

ções de obediência em organizações ou associações criminosas[29]. Em todos esses casos, por influência e pressão de seus superiores (ou mesmo pares), o adolescente pode ser se não exculpado, no mínimo sancionado de forma mais branda. Por fim, adota-se a proposta de Davi Tangerino, *a inexigibilidade por falta de motivabilidade* (TANGERINO, 2014. p. 203), pela qual o Estado perde o poder de punir quando falha, sucessiva e reiteradamente, em proporcionar ao sujeito – no nosso caso, adolescente –, condições de existência mínimas, inviabilizando, assim, a construção de projetos de vida éticos e morais conforme o Direito.

---

ser praticados por influência, temor, fragilidade ou ordem familiar, a partir das quais o adolescente pode se sentir compelido a agir, encontrando-se, materialmente, ou em coação moral irresistível, ou em uma situação similar de pressão e insuportabilidade, pelo que o agir conforme ao Direito (considerado de forma legal ou supralegal) seria inexigível.

29. Essa é uma situação extremamente delicada, em particular diante da política de criminalização de drogas em curso no País, cujos efeitos mais perversos se fazem sentir nos adolescentes submetidos à Justiça Juvenil. Nesse ponto, deve-se diferenciar a análise.

Em relação a casos de autoria mediata, em que o adolescente atua como instrumento a serviço de outrem (no caso, um adulto ou um adolescente mais velho, a depender da diferença de idades), deve-se prescindir de sua responsabilização infracional. Roxin, embora reconheça que possa ser teoricamente possível que a criança ou adolescente eventualmente apresentem maturidade suficiente para entender o injusto do fato e agir conforme a esse entendimento, aplica, nessa hipótese, seu princípio da responsabilidade e os exime de responsabilidade, por ausência de necessidade preventiva da pena (ROXIN, 2014. p. 125-126). Em relação ao Direito Penal Juvenil brasileiro, os princípios do superior interesse, da condição peculiar e da proteção integral apontam para o mesmo sentido.

Mais complexos são os casos em que não se está diante de autoria mediata, já que nesses, provavelmente, todos os envolvidos serão responsabilizados, seja na Justiça Juvenil, seja na Justiça comum, de acordo com suas respectivas idades.

Para essas hipóteses se vislumbra pelo menos uma redução de responsabilidade. A partir da própria legislação, encontra-se o conhecido art. 244-B do ECA ("corrupção de menores"). Tal artigo constitui um delito associativo especial, e não sem razão: a lei pressupõe que crianças e adolescentes, por sua condição de desenvolvimento e maturidade, podem sofrer severos danos à formação de sua personalidade se se envolverem em delitos praticados por adultos. Se essa é a premissa do ordenamento, não parece razoável que, praticando, por exemplo, tráfico de drogas, um adulto e um adolescente sejam censurados em similar gravidade, cada qual a partir de sua justiça competente. O julgamento da culpabilidade do adolescente pela Justiça Juvenil deve considerar que nessas circunstâncias, a exigibilidade de atuação conforme ao Direito é menor, impondo-se menor censura.

4.4. *A culpabilidade do adolescente como circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa*

Por último, relativamente ao aspecto gradativo da culpabilidade[30] – enquanto circunstância judicial de aplicação da medida socioeducativa, sua operacionalidade se dá em dois vetores: (i) *limitação da medida socioeducativa em tese cabível, como teto máximo de intervenção penal juvenil* (seguindo-se o princípio segundo o qual a "culpabilidade é o limite máximo da pena") e (ii) *fixada a máxima resposta cabível, ela permite reduzir o grau de responsabilidade pelo ato infracional*, o que significa, concretamente, possibilitar imposições menos aflitivas de medidas socioeducativas, ou mesmo, delas se prescindir.

Os critérios para se operar com a culpabilidade em sentido gradativo são, na linha do que propõe Juarez Tavares em relação ao Direito Penal comum (TAVARES, 2011. p. 137-138), *a autonomia do adolescente* (valorando-se concomitantemente a capacidade e legitimidade do Estado para exigir a resposta conforme a Direito) e *a gravidade concreta do ato infracional* (considerando, basicamente, as implicações da conduta do adolescente no tocante à maior ou menor afetação dos bens jurídicos ofendidos).

Considerações finais

Estudar a culpabilidade no Direito Penal Juvenil pode revelar um pouco mais sobre a culpabilidade de modo geral. Longe de ser um juízo de reprovação ou censura, a culpabilidade é um juízo de responsabilização que vincula pessoalmente o injusto a seu autor. Mais do que qualquer outro estrato da teoria do delito, trata-se da categoria dogmática que não apenas reconhece e confere concretamente a alguém a sua condição de sujeito de direitos. Ela convida o aplicador do direito a se imergir na vida real do sujeito culpável e naquilo que o cerca, para que, com racionalidade e humanidade, seja possível avaliar se, naquela dada situação da vida, diante daquelas circunstâncias concretas, era possível e exigível o agir de acordo com o Direito.

Embora centrada nas discussões jurídico-penais e dogmáticas do Direito Penal Juvenil, a proposta aqui esboçada não rejeita – muito ao contrário, pressupõe e abraça – formas distintas de responsabilização do adolescente. É o caso da Justiça Restaurativa, cujas rupturas com o sistema de justiça tradicional permitem possibilidades concretas e efetivas de resolução de conflitos[31].

30. Como estuda no Direito Penal comum CARVALHO, 2013c. p. 162. Com nuances diversas, BITENCOURT, 2015. p. 64.

31. Por todos, ACHUTTI, 2014.

Em suma, diante de todos os movimentos de expansão ou legitimação punitiva penal ou juvenil, urge lutar por uma responsabilização penal juvenil deslegitimante, redutora, crítica e inovadora, que reconheça o adolescente autor de ato infracional como sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, e a medida socioeducativa como pena, mas que, ao mesmo tempo, seja corajosa, generosa e criativa para dela abrir mão[32]. Essa é a contribuição que, dentro de seus limites, desafia o Direito Penal brasileiro hoje. Espera-se que, de algum modo, as ideias aqui esboçadas – que não se pretendem absolutas ou irrefutáveis – possam somar esforços para atender a esse desafio.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro, I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Direito Penal brasileiro II, II*. Rio de Janeiro: Revan 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. A juventude popular e o direito de ir e vir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 109, jul.-ago. 2014. p. 283-294.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal:* parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGHI, Adriana Padua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilização no sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 109, jul.-ago. 2014. p. 147-179.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal,* teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstâncias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999. v. II.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004.

CAPPI, Riccardo. *Motifs du controle et figures du danger:* L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011.

32. Assumindo esta perspectiva, a partir de outras perspectivas, referenciais teóricos e argumentos, conferir VICENTIN, PADILLA-GOMEZ, CATÃO, 2014; BORGHI, FRASSETO, 2014.

CAPPI, Riccardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo-SP, v. 1, n.1, jan. 2014. p.10-27.

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.

CARVALHO, Salo de. Theories of punishment in the age of mass encarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case). *Open Journal of Social Sciences*, v. 1, n. 4, 2013a. p. 1-12.

CARVALHO, Salo de. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 104, 2013b. p. 279-303.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2013c.

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, jul.-dez. 2015. p. 623-652.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais*: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Ana Paula Motta; GOLDANI, Júlia Maia. A influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais de adolescentes: o intervencionismo familiar ainda se faz presente? *Textos & Contextos* (Porto Alegre), v. 14, n. 1, jan.-jun. 2015. p. 87-103.

DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Inconstitucionalidade paralela: o aumento do tempo de internação. In: BUSATO, Paulo César (Org). *Menoridade penal:* crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 187-205.

DIETER, Maurício Stegemann. A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 4. ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n. 120, mai.-jun. 2016. p. 41-73.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, out.-dez. 1998. p.79-92.

KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa* – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio. (Org). *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. p. 389-404.

MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord.), *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*. Série Pensando o Direito, n. 26/2010, Brasília: Ministério da Justiça-UFBA – Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación:* teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Trad. de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. São Paulo, *Novos Estudos Cebrap,* n. 68, mar. 2004. p. 39-60.

PIRES, Álvaro. A teoria da "Racionalidade Penal Moderna" e os desafios da justiça juvenil. *Plural*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 24.1, 2017. p. 124-160.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito Penal Juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva. *Revista da ESMESC:* Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 9, n. 15, 2003. p.151-169.

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.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general. Trad. de. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Maneul Paredes Castañon e Javier de Vicente Remesal. Civitas: Cizur Menor, 2014. t. II.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal:* parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral*. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. Adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Revista Direito GV*. v. 7, n. 1. São Paulo, 2011. p. 277-298.

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, março, 2017. p. 257-284.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Rumos e horizontes da Justiça Juvenil brasileira. In: *VI Seminário*

Internacional, Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação de crianças e adolescentes na América Latina, 2016, Rio de Janeiro. VI Seminário Internacional, Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação de crianças e adolescentes na América Latina – Anais 2016. Rio de Janeiro: Editora Rede Sirius/UERJ, 2016.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Lineamentos de uma teoria agnóstica da medida socioeducativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 15, 2016. p. 67-98.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152.

TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernanda Emy. Menoridade e periculosidade: intersecções e assujeitamentos. *Plural,* Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 24.1, 2017. p. 1027.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Clina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 292.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária*: elementos aproximativos e/ou distanciadores?: o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VICENTIN, Maria Cristina G.; PADILLA-GOMEZ, Alejandra; CATÃO, Ana Lucia. Notas sobre responsabilidade desde os escritos de M. Foucault: pistas

para pensar a Justiça Juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, n. 109, jul.-ago. 2014. p. 21-46.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Trad. de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Revan: 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. Verdad y límites del derecho natural. *Dianóia*, México, D.F, v. 10, n. 10, 1964. p. 228-240.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. 4. ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015.

XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015. p 438-463.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A medida socioeducativa como especificidade: uma desvinculação do direito penal, de Bruna Mello de Miranda – *RDIJ* 2/203 (DTR\2013\12544);
- Direito penal juvenil brasileiro: utopia ou realidade?, de Denis Pestana – *Ciências Penais* 8/196-212 (DTR\2008\21); e
- O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo, de João Batista Costa Saraiva – *RBCCrim* 47/ 123-145 (DTR\2004\155).

A recepção do pensamento criminológico no ensino do direito criminal paulista (1889-1930)

The reception of criminological thinking in the paulista's criminal law teaching (1889-1930)

Rebeca Fernandes Dias
Dra. em Direito (UFPR e UniFI). Profa. UniDBSCO.
rebecadias7@gmail.com

Recebido em: 16.11.2017
Aprovado em: 17.01.2018
Última versão do (a) autor (a): 31.01.2018

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito; Filosofia

Resumo: O artigo busca analisar a recepção do pensamento criminológico, no âmbito do ensino do Direito Criminal, na Faculdade de Direito de São Paulo, no período da Primeira República (1889-1930). As fontes analisadas foram os programas de disciplina elaborados e usados pelos lentes de Direito Criminal da época e todos os textos por eles publicados relativos ao tema, inclusive com os conteúdos de suas preleções. A partir deste estudo, conclui-se que São Paulo, desde o início do século XX, absorve e adere às premissas do pensamento criminológico e consequentemente aos postulados da Nova Escola de Direito Penal, ou Escola Positiva, vinculada, sobretudo, aos italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Uma adesão consistente, embora marcada por alguns resquícios de tradição como a permanência do direito natural (excrescência no discurso positivo) e de um maniqueísmo moral com ares de ciência.

Palavras-chave: Escola Positiva – Escola Clássica – Positivismo Criminológico – Cultura Jurídica Criminal – Ensino do Direito Criminal.

Abstract: The article intends to analyze the reception of criminological thinking in the scope of the Criminal Law teaching in the São Paulo Law School during the First Republic (1889-1930). The analyzed sources were the syllabuses made and used by the Criminal Law professors at the time, as well as all their published texts on the same topic, besides the contents of their classes. Based on this study, it is possible to conclude that São Paulo, since the beginning of the 20th century, absorbs and adheres to the premises of criminology and, in consequence, to the postulates of the New Criminal Law School, also called Positive School, mainly bound to the Italians Cesare Lombroso, Enrico Ferri and Raffaele Garofalo. A consistent adherence, even though marked by some vestiges of tradition, such as the permanence of natural law (an excrescence in the positive discourse) and a moral Manichaeism with aspect of science.

Keywords: Positive School – Classical School – Criminological Positivism – Criminal Legal Culture – Criminal Law teaching.

Dias, Rebeca Fernandes. A recepção do pensamento criminológico no ensino do direito criminal paulista (1889-1930).
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 145. ano 26. p. 649-691. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. Pedro Lessa e a permeabilidade do pensamento criminológico na Academia Paulista. 3. Severino Prestes e a recepção do Pensamento Criminológico no ensino do Direito Criminal em São Paulo. 4. José de Camargo Aranha e a resistência à Nova Escola. 5. Candido Nazianzeno Nogueira da Motta e a consolidação da criminologia positivista no ensino em São Paulo. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este artigo corresponde a um recorte de uma pesquisa de doutorado, a qual analisa a recepção do pensamento criminológico na cultura jurídica criminal do Brasil, no período da Primeira República, mais especificamente no âmbito do ensino do direito criminal. Para o estudo foram selecionadas algumas das Faculdades de Direito importantes na época (São Paulo, Recife, Rio de Janeiro, Bahia e Curitiba) e levantados, onde possível (São Paulo, Recife, Rio de Janeiro e Curitiba)[1], os programas das disciplinas de direito criminal, para selecionar os juristas e, na sequência, seus textos[2], dos quais se buscou interpretar como se deu esse processo de recepção e em que medida os novos parâmetros do Direito Criminal, influenciados pela criminologia positivista, foram assimilados na cultura jurídica da época.[3] Nestas páginas, pretende-se ilustrar parte de tal pesquisa, mais, especificamente, a recepção do pensamento criminológico no âmbito da Faculdade de Direito de São Paulo, a partir da análise dos programas e dos textos dos lentes de Direito Criminal do período indicado, com exceção de Pedro Lessa, professor de Filosofia.

Em São Paulo foi possível levantar todos os programas de direito criminal relativos ao período (1889-1930) e assim identificar todos os professores de tal disciplina, inclusive em ordem cronológica. Com a especificação dos juristas que deveriam ser estudados, a partir da análise de tais programas, buscou-se localizar toda a sua produção teórica, com pertinência ao tema.

1. Em São Paulo e Recife foi possível a coleta de grande parte do material, ou seja, quase todos os programas relativos ao período. Em Curitiba e no Rio de Janeiro, foram localizados alguns programas, porém com algumas lacunas. Na Bahia, os programas de disciplina não foram localizados à época da pesquisa (2014-2015).
2. Os textos foram levantados nas bibliotecas de obras raras das instituições mencionadas, na Biblioteca do Senado Federal, bem como na Biblioteca do Supremo Tribunal Federal.
3. DIAS, Rebeca Fernandes. *Criminologia no Brasil:* Cultura Jurídica Criminal na Primeira República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Cabe destacar que se trata de uma pesquisa sobre a cultura jurídica, delimitada neste trabalho como o pensamento jurídico produzido nas instituições de ensino do direito. Dessa forma, metodologicamente, privilegia-se a análise dos discursos dos juristas criminalistas que circulavam na época, ou seja, as discussões no âmbito da doutrina, do pensamento jurídico, portanto.

O objetivo, como já pontuado no âmbito da pesquisa mais ampla, foi precisamente compreender como a cultura jurídica brasileira (especificamente aqui, a cultura jurídica paulista) absorveu, interpretou, criou, manejou e utilizou o discurso criminológico europeu, sobretudo, o italiano: tratou-se de uma recepção laudatória ou crítica? Tinha traços de originalidade ou era meramente passiva? Adequava-se ao contexto e à realidade brasileira ou apenas espelhava o pensamento europeu?

É importante destacar que, muito embora Pedro Lessa não tenha sido professor de Direito Criminal (um dos critérios para o estudo), foi excepcionalmente incluído por ter sido um dos juristas que trouxe o evolucionismo de Spencer em face do comtismo em São Paulo. O evolucionismo e o monismo tiveram sua porta de entrada, sobretudo, por Recife (Escola do Recife), mas esse personagem foi importante, juntamente com Paulo Egídio e João Monteiro, no processo de recepção, em São Paulo, não só de Spencer, mas também de autores como Haeckel, Littré e Ardigó[4]. A recepção desses autores e suas doutrinas podem ser vistas como facilitadoras para a absorção das ideias do positivismo criminológico e da Nova Escola Penal, uma vez que muito de suas bases estão absolutamente a elas vinculadas.

Pode-se dizer que a recepção dessas teorias (evolucionismo, monismo, darwinismo) preparou o "terreno" para a permeabilidade das concepções da Escola Penal Positiva – talvez mesmo por essa razão as novas tendências penais criminológicas tiveram adeptos primeiramente em Recife, com João Vieira e Viveiros de Castro (que depois se transfere para o Rio de Janeiro) e não em São Paulo, onde se percebe uma recepção um pouco mais tardia.

Como receptor dessas influências em São Paulo, Pedro Lessa pode ser visto como elemento-chave para a recepção da criminologia na Faculdade dessa cidade. Na sequência, então, foram analisados os professores de Direito Criminal, como dito, a partir do estudo de seus programas de disciplina e textos publicados, alguns deles com o conteúdo de suas preleções: Severino Prestes, que se declara explicitamente adepto e apresenta suas aulas recheadas com as

4. REALE, M. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura. Comissão de Literatura, 1959.

doutrinas da Escola Positiva; José de Aranha, uma solitária resistência, que parte da defesa da Escola Clássica e de um jusnaturalismo já superado e naqueles tempos desprezado e, Candido da Motta, confesso seguidor e o reflexo de um típico jurista republicano preocupado com a ordem e o progresso da sociedade brasileira.

Nestas páginas, assim, é possível observar como a cultura jurídica criminal paulista, na medida em que a República se consolida, adere gradativa e de forma consistente aos postulados da Escola Positiva e às premissas do discurso criminológico. Foi possível perceber como autores marcados por uma forte dose de tradição, como a permanência do direito natural em Lessa e José de Aranha, o moralismo maniqueísta e a persistência da "alma" no discurso de Lessa e Motta, a reticência "religiosa" de Prestes em contestar o livre arbítrio, vão absorver os postulados evolucionistas, materialistas e organicistas da Escola Positiva. Uma mistura que, todavia, não decorria de nossa suposta tendência ao sincretismo, mas talvez das próprias contradições internas do pensamento criminológico positivista.

2. Pedro Lessa e a permeabilidade do pensamento criminológico na Academia Paulista

Pedro Lessa foi magistrado, político e professor de filosofia da Faculdade de Direito de São Paulo (1891 a 1909), onde se formou em 1883. Foi chefe de polícia do Estado de São Paulo e deputado da Assembleia Constituinte em 1891, fazendo parte da elaboração da Constituição Estadual. Em 1907, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal. Em 1910, é eleito para a Academia Brasileira de Letras e foi membro do Instituto Histórico e Geográfico. Crítico em relação ao positivismo de Comte, absorve as influências da Antropologia e da Sociologia que remexiam, sobretudo, os alicerces do Direito Criminal e que partiam do evolucionismo, principalmente, de Spencer. Crítico da lei dos três estados de Comte, Lessa pode ser considerado como um dos juristas paulistas mais heterodoxos, segundo Machado Neto. Prova dessa heterodoxia, de acordo com esse autor, pode ser identificada em ter admitido "a inevitabilidade da metafísica e a convivência da religião com a ciência e a filosofia, e, em matéria política, o ter-se orientado para um ideal socialista"[5].

5. MACHADO NETO, A. L. *História das ideias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969. p 63. Para Lessa a ciência do direito "tem por objeto o conjunto orgânico das condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, dependentes da vontade humana e que é necessário sejam garantidas

Há um texto emblemático de Pedro Lessa, em que é possível vislumbrar sua heterodoxia de maneira bastante clara. Nesse texto o autor busca responder a uma pergunta central: *Ha um direito natural?*. Lessa apresenta e desconstrói tanto o jusnaturalismo teológico quanto o racionalista. O primeiro não demonstra cientificamente a existência de um direito natural e, tendo como fundamento algo sobrenatural, não se sustenta em vista do progresso das ciências modernas; o segundo, para o qual o direito natural corresponde ao conjunto de princípios concebidos pela razão, também não sobrevive em face das demonstrações da psicologia e da lógica, de acordo com as quais esses princípios e conceitos são resultado de indução, uma apreensão discursiva e não uma intuição imediata. Para responder à pergunta, depois de desconstruídos os dois grandes sistemas de direito natural, o jurista segue apresentando algumas concepções do que é "lei", de acordo com Comte, Stuart Mill e Spencer, e define: "leis são as relações constantes e invariáveis que ligam os fenômenos". Conclui que a nossa inteligência descobre a lei moral pelos mesmos processos que aplica aos estudos das leis físicas, ou seja, observação, comparação, abstração, indução e dedução e que nos fenômenos morais prevalece a necessidade, assim como nos orgânicos. Necessidades que estão sujeitas a leis e, portanto, sanções naturais (perecimento ou estacionamento da sociedade) que são muito mais graves que as sanções criadas, sendo estas, na verdade, uma forma de evitar aquelas. As leis, os costumes, as instituições que regem a sociedade são constituídos por normas variáveis, mas alguns correspondem a um *quid* invariável, um *substractum* de princípios fundamentais que são necessários e permanentes: "É impossível a existência de uma agremiação humana sem normas que, de qualquer modo, regulem a propriedade, a prestação de serviços contractados, a união do homem com a mulher, a transmissão de bens dos mortos aos sobreviventes"[6]. E, para o autor, esses princípios fundamentais e específicos do organismo social constituem o direito natural. Ainda que não haja tais normas entre os selvagens, isso não quer dizer que elas simplesmente não existam, afinal, eles também infringem as leis da higiene e nem por isso essas leis deixam de existir, objeta o autor. Portanto, para Lessa "Sob este aspecto, o direito natural é perfeitamente comparável á higiene. As agremiações humanas que não se disciplinam juridicamente, sob o impulso do instincto de conservação, estão fatalmente votadas á decadência, á desagregação, á completa extinção"[7].

pela força coercitiva do Estado." (LESSA, P. *Estudo de Philosophia do direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. p. 82-83.).

6. LESSA, P. Há um direito natural? *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de São Paulo,* v. 2, 1894. p. 134.

7. *Ibidem*, p. 135.

Percebe-se, então, a sua heterodoxia exatamente no fato de que Lessa se utiliza de uma argumentação vinculada ao positivismo, ao evolucionismo (premissa selvagem homem civilizado) e ao naturalismo (comtiano) justamente para fundamentar a existência do direito natural. Desvinculando-o da metafísica e encontrando-o pelos métodos da ciência, indução e observação, o jurista concilia o que a princípio parece inconciliável: direito natural com uma leitura evolucionista do direito.

Tendo em vista suas influências, interessou-se pela recepção do pensamento criminológico e as consequências que este teria para questões centrais do direito criminal, sobretudo no que se refere à responsabilidade. Inclusive em alguns de seus programas de disciplina (1893-1896), noções de psicologia, como assim intitulava, como a razão, a sensibilidade e a vontade, e, por sua vez, nesta a questão do livre-arbítrio e do determinismo, faziam parte dos tópicos trabalhados.

A análise desse jurista se dará sobretudo a partir de seu texto *O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*. Nesse texto, o autor pretende mostrar as duas teorias que buscam explicar o mecanismo da vontade: a do livre-arbítrio e a do determinismo, o qual, segundo o autor, ramifica-se em três doutrinas: determinismo mecânico (explica os fenômenos no mundo físico), determinismo fisiológico (explica os atos voluntários do homem pelos instintos, sentimentos, inclinações, temperamento – aos quais Lombroso e seus seguidores adotam) e, por fim, o determinismo psicológico, o qual além dos elementos indicados no anterior, admite como fatores de volição a ideia, o pensamento, o raciocínio e os conhecimentos científicos[8].

Para o autor, no estado da filosofia de então, as doutrinas com considerável número de adeptos seriam a do livre-arbítrio e a do determinismo psíquico. Em Lessa, a grande questão não se refere a afirmar ou negar se agimos conforme nossa vontade – isso é liberdade de ação, mas em que medida essa vontade é livre, ou seja, independente de influências internas ou externas.

O autor explica que, para a teoria do livre-arbítrio, a vontade é um poder independente, uma entidade autônoma, não influenciada por motivos, sejam eles de qualquer natureza – estes não são causas para a volição.

Para o autor, a nossa vontade é o produto necessário da integração dos motivos (externos) e da atividade psíquica (interno – o caráter de cada um)[9] – a

8. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 6-7.

9. *Ibidem*, p. 22.

energia que o motivo provoca depende da formação psíquica do sujeito e, por isso, um mesmo motivo produz efeitos diferentes de acordo com o indivíduo. O que qualifica uma volição boa ou má é o motivo. Quando existem motivos de diferentes naturezas em conflito é a inteligência unida aos sentimentos (uma vez que não se trata de mero raciocínio científico) que fazem a deliberação de qual deve prevalecer. Em cada pessoa as ideias e os sentimentos (que constituem o seu caráter) dependem da educação física, moral e intelectual, da hereditariedade e dos meios cósmico, orgânico individual e social. E "De todos os elementos que concorrem para a formação do caráter, para a constituição psíquica ou ethos, o principal é a educação"[10].

Se se partisse da ideia de livre-arbítrio, a partir da qual os motivos não são causas da vontade e não a determinam, portanto, não haveria razão em ensinar o bem e os valores da justiça para as crianças, uma vez que suas ações decorreriam de uma vontade independente de qualquer elemento externo. Assim, na visão do autor, os estadistas e legisladores, quando estabelecem penas e recompensas, estão criando motivos para influir na vontade e, nesse sentido, todos são deterministas[11]. Para Lessa, os códigos penais não passam de uma série de motivos integrantes das nossas condutas.

O determinismo de Lessa não corresponde a um determinismo fatalista, mas a um determinismo que permite intervenção para melhorar o homem e a sociedade[12].

O autor se utiliza de uma das metáforas mais correntes da época e muito frequente nos argumentos da Escola Positiva – a analogia entre ação de cura do indivíduo, pela intervenção do médico e a possibilidade de cura da sociedade, por meio de intervenções que, viabilizadas pelo conhecimento das causas dos fenômenos sociais, age extinguindo alguns (os prejudiciais) e produzindo outros (os benéficos). Esse raciocínio aplica ao direito penal, como bem formulam os positivistas:

10. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 30.

11. *Ibidem*, p. 38. "Se estamos convencidos de que os nossos actos voluntários são produzidos pelos motivos e pelo caracter, ou constituição psychica, de cada um, e por isso convém formar o espírito, imprimindo-lhe certa direção, gravando nelle certas tendências, habituando-o a certa corrente de acções, e preparando um seminário de motivos que sejam propulsores eficazes da vontade dos homens na sociedade, que é o que fazem os estadistas e os legisladores, quaisquer que sejam as suas teorias filosóficas, por esse modo manifestamos a convicção de que os factos se passam como ensina o determinismo psychico." (*Ibidem*, p. 40).

12. *Ibidem*, p. 41.

> Conhecidas as más disposições, as tendências criminosas de um homem, reveladas pela perpetração de um acto criminoso, nada mais logico para um determinista do que, no interesse da conservação da sociedade, afastar desta o delinquente, ou tolher-lhe a atividade (...). Averiguada a relação entre a causa e o efeito, evitamos o efeito, tornando inerte a causa[13].

Ainda, "E assim como pelos esforços da hygiene, privada e publica, se libertam os indivíduos da ação perniciosa de certas bactérias, assim também pelos esforços conjunctos do individuo, da família e do Estado, podemos e devemos eliminar a acção perniciosa de certos motivos, determinantes da conducta."[14]

Reformar instituições injustas e melhorar os meios de vida, suprimindo a miséria econômica e moral, é agir no melhoramento psíquico do indivíduo – reduzir as desigualdades econômicas, intelectuais e morais é um meio eficiente de reduzir a criminalidade, segundo o autor.

Uma das intervenções mais eficazes para o autor, como já mencionado, é justamente a educação moral. Em suas palavras:

> Devemos pela educação moral e pela cultura da inteligência, tirando todo proveito da teoria scientifica e incontestável do determinismo, oppôr aos moveis e motivos inferiores ou condemnados pela ethica, motivos mais elevados, cuja energia depende da educação moral e intelectual que tiver recebido o agente[15].

Para ele, é por meio da educação que se adquirem a ideia e o sentimento do bem, que correspondem a motivos que afastam a vontade do crime. Considerando a vontade como efeito da combinação do caráter com os motivos, pode-se determinar o sujeito como causa da ação e dando-se os mesmos motivos com o mesmo caráter (ideias e sentimentos), tem-se o mesmo comportamento[16].

O autor apresenta em seu texto, ainda, as diferentes teorias sobre o fundamento do direito de punir, a partir do fundamento da própria pena. Menciona as teorias absolutas, relativas e mistas e filia-se às relativas no sentido de entender como fundamento da pena a conservação, a defesa social: "Defende-se a

13. *Ibidem*, p. 87.
14. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 109.
15. *Ibidem*, p. 44.
16. *Idem*.

sociedade contra os delinquentes por meio da pena, para o fim de conservar a sociedade (...) O direito de punir, pois, tém seu fundamento em uma necessidade, é um instrumento de conservação social."[17]

Aponta as divergências no que se refere à emenda como possível finalidade da pena. Não menciona filiação de escolas, mas apenas comenta que alguns criminalistas entendem que se este for um fim da pena, a consequência seria a necessidade de penas indeterminadas, o que provocaria a prevalência do arbítrio sobre a lei e outros, ainda, indicam que esse fim (a emenda) é irrealizável, apontando como principais seguidores dessa postura, os adeptos das classificações de criminosos, constando nelas sempre uma classe de delinquentes tidos como incuráveis, instintivos, natos, incorrigíveis.

Equivoca-se, todavia, o autor. Primeiramente se esquece de mencionar que para muitos que entendem que a pena deve ter função de emenda a consequência de as penas se tornarem indeterminadas não é refutada, mas pelo contrário, defendida como medida essencial para a defesa social, e munindo esse argumento contra todas as possíveis objeções ligadas ao arbítrio que prevaleceria em detrimento da lei. Ainda, em relação ao segundo grupo por ele mencionado, os criminalistas que aderem à classificação dos delinquentes também, em certa medida, defendem a possibilidade de emendas de determinados tipos de criminosos. De fato, para os incorrigíveis preveem meios repressivos mais drásticos e eliminatórios, mas para tantos outros, medidas que visam exatamente amoldar e corrigir o caráter, tornando-os mais adaptáveis ao meio social.

Conclui com Florian que então a emenda deve ser considerada fim acidental e não principal, uma vez que entende que de fato "a observação nos mostra que há delinquentes, que não se corrigem nunca, facto incontestável"[18].

Assim, além do fim principal de intimidar e oferecer um motivo que freie ou propulse a vontade do homem e do fim acidental de corrigir, a pena deve servir para *eliminar* os delinquentes defeituosos ou anormais (palavras do autor), "impossibilitá-los para a prática do crime, processo de *seleção artificial* aplicável a todos os criminosos incorrigíveis, mas somente a estes, e por isso limitado, pelo que não constitue um *fim essencial* da pena"[19].

É impossível não perceber, nesse ponto, a influência da Escola Positiva em Lessa. O autor é bem explícito quando em artigo publicado na Revista

17. *Ibidem*, p. 53-54.

18. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 57.

19. *Ibidem*, p. 58.

Acadêmica de São Paulo faz críticas diretas à Escola Antropológica, que teria generalizado ideias, mergulhado em profundas contradições e partido de uma ideia sem base verdadeiramente científica, que é o criminoso nato. Mas, nesse mesmo texto, elogia a escola sociológica, na medida em que valoriza, sobretudo, os elementos preventivos contra o crime (higiene das habitações, educação física e moral da infância, união profissional...) e o grau de intensidade do móvel antissocial e as condições do meio que o impelem[20]. Todavia, para Lessa, o conceito de crime da escola sociológica é inaceitável, além de que, para ele, algumas de suas ideias já tinham sido preconizadas e aplicadas pela Escola Clássica.

Não seria verdadeiro defini-lo como um adepto e seguidor, portanto, da Escola Positiva, mas as ideias do positivismo penal que circulavam naquele momento histórico pululam em seu texto. O termo seleção artificial é usado por Garofalo traduzindo uma espécie de darwinismo social. Adere à teoria cujo fundamento da pena é a defesa social; utiliza de analogias como a medicina do indivíduo e a cura social; admite a existência de indivíduos incorrigíveis; confere razão a Ferri em se considerar temerário fundar a responsabilidade no livre-arbítrio; cita ainda Puglia, Florian e Garofalo como combatentes do livre-arbítrio e conclui afirmando que essa é a tendência dos criminalistas modernos.[21]

A conclusão do autor, no que se refere à consequência de se considerar o livre-arbítrio fundamento da pena, é exatamente a mesma dos positivistas como Ferri: "os delinquentes mais perigosos para a sociedade são exatamente os que devem ser absolvidos e soltos"[22]. Cita Garofalo e com ele questiona: "que motivo temos para enfraquecer a defesa social, quando o delinquente foi arrastado ao crime por um estado pathologico permanente, ou por um impulso interno, violento, irresistível, cuja reprodução é permitido prever."[23] Recomenda para tais casos, como Garofalo, meios mais enérgicos de reação e indica como medida desta não o livre-arbítrio, mas a medida do temor que esses delinquentes inspiram, ou seja, o seu grau de temibilidade – justamente o critério proposto por Garofalo para definir a punição do autor, em substituição à imputabilidade. Assim, indica meios repressivos para os capazes de

20. LESSA, P. O direito no século XIX. *Revista Acadêmica da Faculdade de São Paulo*, v. 8, p. 178-179,1900.

21. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 71.

22. *Ibidem*, p. 88.

23. *Idem*.

emenda e eliminatórios para aqueles que têm intrínsecas em seu espírito as causas criminogênicas[24]. Para os criminosos alienados, indica asilos ou manicômios criminais, instituições propostas pela Escola Positiva.

Critica o Código Penal brasileiro em razão de ser fundado no livre-arbítrio e, assim, abrir guarda para advogados ardilosos, que apelam para algum mal mental, como a epilepsia, para conseguir a absolvição.

Portanto, tampouco poderíamos definir Lessa como clássico, uma vez que ataca veementemente o livre-arbítrio. Lessa afirma o livre-arbítrio como uma força inexplicável e superior, uma vontade autônoma, indiferente a qualquer motivo[25].

O autor indica como uma incoerência dos Códigos Penais, fundados no livre-arbítrio, a presença de disposições que preveem atenuantes e agravantes, em razão dos motivos. Talvez aqui esteja uma confusão do próprio autor e não de todos os criminalistas e Códigos modernos clássicos. Estes, quando defendem o fundamento da responsabilidade na liberdade moral, não ignoram a influência de motivos; partem da premissa de uma vontade, que orientada pela inteligência, pode discernir entre os motivos e agir de acordo com a norma e mesmo contra os motivos mais determinantes.

A compreensão do livre-arbítrio nos termos de Lessa inviabilizaria, em grande parte, como ele mesmo pontua, o direito penal (e todas os fins da pena), uma vez que uma das suas funções é justamente criar motivos para interferir nas ações humanas ("Se o homem é dotado do livre-arbítrio, *nenhum dos fins da pena é realizável*")[26]. Inutilizar o direito penal não corresponde ao que os criminalistas clássicos defendiam – muito pelo contrário. Se alguma corrente tende a eliminar a utilidade e necessidade do direito penal, esta é, sim, a da Escola Positiva, como bem alertara Tobias Barreto.

É curioso perceber nesses autores da Escola Positiva que, ao mesmo tempo em que buscam romper com a corrente "metafísica" do direito criminal, sobretudo, por meio de argumentos de ciência (observação dos fatos, empirismo), eles mantêm uma dose de maniqueísmo teológico, calcado na dicotomia bem/mal – o criminoso passa a ser o "malfeitor", mas a demonização não vem mais de um espírito que toma o corpo, mas está no próprio corpo, por defeitos orgânicos e hereditários ou corrupção do meio. De qualquer forma, a despeito do

24. *Ibidem*, p. 89.

25. *Ibidem*, p. 44.

26. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 86.

organicismo da Escola Positiva, que influencia o pensamento criminológico brasileiro, a alma insiste em aparecer também no discurso dos juristas nacionais:

> *Almas* que só respiram egoísmo, sequiosas de vinganças, e não raro ladrões codimos, estelionatários e bandoleiros de ínfima espécie, como esperar que tais indivíduos se submetam uniformemente ás leis do trabalho e da igual restricção das atividades individuaes, que são a essência do collectivismo bem compreendido?[27].

Lessa cita uma análise de Ferri, que considera incontestável, segundo a qual na observação das agremiações humanas pode-se identificar, a partir do aspecto da bondade e da maldade, três diferentes categorias de homens: os bons por natureza e índole, os maus de tendências inatas e incoercíveis e a mais vasta, constituída por aqueles que oscilam entre a bondade e a maldade, não sendo, por índole, nem bons nem maus e que, por isso, moldam-se, sobretudo, em função do meio e da educação que recebem[28]. Uma análise como essa é no mínimo questionável em termos científicos.

Lessa afirma que o ideal para a criminologia seria evitar a reprodução dos "maus", medida que, todavia, ainda não era possível, pois os dados antropológicos não eram seguros quanto à hereditariedade do crime. Assim, constata que "ao Estado não é possível, pelo menos por enquanto, promulgar leis eficazes para evitar *este imenso desastre social, fonte ubérrima de loucura e de crimes, a união de degenerados*"[29]. Para os incorrigíveis, a eliminação artificial, a segregação perpétua. À maioria, intermediária, procura-se criar um meio adequado e instruir com as ideias do bem, com a educação moral (aqui o autor vai além de Ferri, para quem a educação não oferece tantas possibilidades de recuperação quanto se costuma acreditar – para o positivista italiano, administrar e intervir no meio social é o mecanismo mais eficaz).

Como um dos instrumentos da educação moral, Lessa indica a religião que deve estar presente, pois

> Assim como a humanidade começou pelo theologismo, e só muitos séculos depois logrou formular os fundamentos scientíficos da ethica, assim também o individuo, cujo desenvolvimento esta sujeito á mesma lei, tem

27. *Ibidem*, p. 141.

28. *Ibidem*, p. 132.

29. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 133.

> necessidade nos primeiros anos da existência de uma base concreta, de um arrimo facilmente perceptível, para as suas normas de conducta[30].

Para Lessa, o Estado deve tomar conta da educação moral da infância e da mocidade, da instrução profissional para tornar o homem habituado ao trabalho e da educação física de seus cidadãos, para que se tornem laboriosos, disciplinados, bons e capazes de prover sua subsistência[31].

Como já se disse, não podemos afirmar categoricamente que Lessa é um discípulo da Escola Positiva, mas inegável a influência desta corrente em seu pensamento. E este trecho de Lessa é mais uma vez emblemático:

> Se queremos reduzir a criminalidade, nos limites do possível, devemos combatê-la com um tratamento scientifico, e este só se consegue, partindo do pleno conhecimento da atividade psychica do homem, e dos factores que nella influem, para evitar o crime – tornando-lhe inertes as causas, cortando-lhes as raízes, estancando-lhe as fontes, dando caça aos seus antecedentes anthropologicos e sociaes, mais recônditos e afastados. Importa que o ministério penal só empregue a quantidade do mal necessária para alcançar o bem. Não é pelo mal que se há de vencer o mal. É pelo bem.[32]

Nele percebemos a influência inegável de Ferri, pela indicação da necessidade de se combater as causas da criminalidade de *modo científico*, a partir dos antecedentes antropológicos e sociais. Conclui assinalando esse combate como uma disputa entre o bem e o mal – e aqui percebemos não apenas essa incoerência, que é própria dos positivistas (seu apego à cientificidade e ao mesmo tempo um forte resquício maniqueísta teológico), mas também uma incoerência do autor, no que se refere a uma confusão entre as correntes doutrinárias – o autor afirma-se filiado à corrente que fundamenta o direito de punir na defesa social – esta nega a ideia de pena como mal e castigo; há trechos em que afirma que o sofrimento da pena é necessário para servir como motivo determinante de conduta (a pena como mal em retribuição a outro mal o autor engloba nas teorias absolutas), e, por fim, no trecho anteriormente citado, adere à teoria mista do direito de punir, segundo a qual a pena deve ser um mal, uma retribuição em nome da justiça, mas na medida da necessidade e utilidade social.

Conclui o autor que as medidas para reprimir e evitar de maneira eficaz a criminalidade são: a eliminação artificial dos incorrigíveis, a educação física,

30. *Ibidem*, p. 136.

31. *Ibidem*, p. 138.

32. *Ibidem*, p. 120.

intelectual e sobretudo moral àqueles adaptáveis, para que se tornem "membros normais" (palavras do autor) da sociedade e estabelecer as regras do direito em harmonia com a ciência complexa "que estuda a necessidade social orgânica da *restrição das atividades inidividuaes* – indispensável á conservação e ao progresso da colletividade e dos membros (...)"[33]. Evidentemente influenciado pelo organicismo de Spencer, para o autor, a teoria científica do direito deve buscar a harmonia das atividades individuais, assim como no corpo do animal estão harmonizadas as funções dos órgãos[34].

Concebe a evolução da humanidade na ordem ética como um devir de aperfeiçoamento – do egoísmo ao altruísmo e solidariedade e "o progresso (...) em adquirir ideias verdadeiras, sans, uteis, justas (...) acompanhadas de um sentimento que nos leva a realizal-as"[35]. Encerra o texto com Hamlet, e uma citação que poderia ser vinculada ao racionalismo mais extremo: "amortecer o vivo fulgor da rezolução com o pallido clarão do pensamento"[36].

Como se pode perceber, Lessa é um jurista complexo. A leitura de seu texto mostra que ele é um autor que absorveu as principais ideias de seu tempo – organicismo, evolucionismo, cientificismo, sem necessariamente negar o jusnaturalismo. Não parece aderir a uma "escola" criminal propriamente dita. De fato, como expõe Machado Neto, é um jurista heterodoxo, e essa característica também se pode perceber na forma em que recebe e absorve o pensamento criminológico. Defende inúmeras ideias próprias do positivismo penal (defesa social, temibilidade, seleção artificial, criminosos incorrigíveis, manicômios criminais), embora critique a Antropologia Criminal. Seu determinismo psíquico, que tanto contrapõe ao livre-arbítrio dos "clássicos", não parece diferir dos moldes que a responsabilidade penal é transposta nos Códigos "clássicos" – se deles se partisse de uma vontade absolutamente autônoma, não existiria sentido na previsão das circunstâncias atenuantes e agravantes, por exemplo, como, inclusive, pontua o próprio Lessa. Compreender seu pensamento não depende, todavia, de enquadrá-lo em uma ou outra escola, pois esta leitura classificatória muitas vezes é bastante comprometedora e simplista. Mas, nesse caso, mesmo se seguíssemos uma leitura da história a partir das escolas, esse seria um autor que dificilmente nos permitiria enquadrá-lo em uma determinada rubrica.

33. LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905. p. 142.

34. *Ibidem*, p. 126.

35. *Ibidem*, p. 143.

36. *Idem*.

Seu ecletismo e sincretismo é patente, em termos filosóficos e criminológicos, e não é uma característica apenas de Lessa, mas de muitos juristas brasileiros influenciados pela "geração de 70". Pedro Lessa não integrou a Escola do Recife, mas como já pontuado, absorveu muito das discussões trazidas nesse movimento e as divulgou em São Paulo. E como bem pontua Juliano Rodrigues Torres, esse ecletismo era uma marca da Escola do Recife, na qual se manifestavam diferentes tipos de positivismos (legalista, sociológico, naturalista, conceitualista) e evolucionismos, ligados a Darwin, a Spencer e ao empirismo inglês e, portanto:

> A despeito desse jogo de oposições entre as teorias jurídicas positivistas no ambiente europeu, certo pensamento jurídico brasileiro que as recebe e incorpora, entre as décadas de 1870 e 1920, construiu um discurso em que todos esses aportes aparecem juntos e sem maiores conflitos[37].

Como se pode perceber, parece ser esse o procedimento que Lessa realiza ao analisar as correntes e as ideias criminais daquele momento histórico.

3. Severino Prestes e a recepção do Pensamento Criminológico no ensino do Direito Criminal em São Paulo

Em São Paulo, o primeiro professor no qual pudemos identificar uma adesão expressa à Nova Escola Penal foi Severino Prestes. Esse jurista nasceu no Rio Grande do Sul em 23 de abril de 1861 e faleceu em São Paulo em 1896. Doutorou-se em direito pela Faculdade de São Paulo. Dedicou-se à advocacia e à imprensa em Porto Alegre. Volta para São Paulo por conta da guerra civil, onde se torna lente da faculdade paulista.

Desse jurista, além dos programas da disciplina de Direito Criminal, pudemos localizar uma publicação, de 1897, de suas lições colecionadas e redigidas por um estudante da Faculdade de São Paulo, Francisco de Castro Junior. Na apresentação do texto, Francisco de Castro já esclarece o posicionamento do professor no âmbito do embate de ideias da ciência penal:

> No movimento scientifico moderno, em matéria de criminologia, estabeleceu-se uma nova corrente de idéas, a cujo ímpeto não resistem as antigas

37. TORRES, J. R. *A ordem e a fera: o fenômeno jurídico no pensamento de Clovis Bevilaqua*. 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 71.

> doutrinas. A essas idéas obedecia o magistério do Dr. Severino Prestes; são ellas que aqui se encontrarão resumidas[38].

Quando discorre sobre o *Desenvolvimento histórico e scientifico do direito de punir na humanidade*, já se levanta contra a concepção de Francesco Carrara (tido pelos positivistas como clássico), para quem a justiça é imanente ao espírito humano, estando presente desde as origens da humanidade, inatas no primeiro homem, Adão, pois isso importaria aceitar a teoria de que a raça humana teria surgido de um só tronco, o que em sua opinião era "facilmente combatível"[39].

Para o autor, os sentimentos, inclusive o da justiça, respeitam as leis da evolução e desenvolvem-se de diferentes formas conforme a raça, os climas, os acidentes topográficos.

Em uma retrospectiva histórica da evolução do direito de punir, Cesare Beccaria aparece como divisor de águas entre um direito criminal cruel e bárbaro e um direito criminal humanitário e que respeita os direitos individuais. Menciona a doutrina que a segue na França (Rossi, Ortolan, Garraud) e na Itália (Filangieri, Romagnosi e Carrara, Pessina, Mancini, Lucchini). Chama este último de Dom Quixote, que armado até os dentes combate princípios que a Nova Escola sequer cogita[40].

E esse movimento científico, de Beccaria a Carrara, considera o ciclo da Escola Clássica do direito penal, que, em sua opinião, "deu já o que podia dar"[41]. Ao lado dela teria se desenvolvido a escola penitenciária, sobretudo a partir da figura de John Howards, cuja fórmula se baseia no isolamento, no trabalho e na instrução para o melhoramento moral do criminoso. O autor associa as escolas, pois considera que ambas levam em conta o delito como uma abstração, esquecendo-se de examinar o criminoso. Essas escolas seriam as inspiradoras dos Códigos modernos, mas em face da sua ineficiência em conter a criminalidade, emerge, a partir das doutrinas de Spencer, Comte, Darwin e Haeckel, a Nova Escola, denominada "Eschola Positivista do Direito Criminal", fundada por Lombroso, Ferri e Garofalo[42].

---

38. PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal:* colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897. p. VIII.
39. *Ibidem*, p. 3.
40. *Ibidem*, p. 31.
41. *Ibidem*, p. 32.
42. PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal:* colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897. p. 34.

Em Severino Prestes, percebemos a influência do positivismo em suas diferentes significações, tanto a que se refere ao positivismo jurídico legalista, segundo o qual direito é aquele produzido por meio da lei do Estado, quanto o positivismo sociológico evolucionista, vinculado ao discurso racial. Para o autor, embora a nacionalidade brasileira seja constituída pelas raças negra, americana e portuguesa, as duas primeiras não teriam influenciado como fator jurídico: a raça negra por ser representada por uma gente bárbara, brutal, submissa e inferior na escala da criação natural, não exercendo papel no fator jurídico, senão como coisas sujeitas a uma legislação especial; a americana por desconhecer a noção de Estado, respeitando apenas a força e, portanto, impossibilitada de concorrer com a raça branca. Assim, o direito brasileiro, para o jurista paulista, não nasceu do choque entre populações, mas foi importado "sem embaraço nenhum". O processo de nacionalização, portanto, para o autor, estava ainda se constituindo, não tendo sido, até aquele momento, possível expurgar do direito brasileiro as instituições da metrópole portuguesa, embora já "carcomidas", trabalho que caberia aos espíritos cultos da pátria[43].

Ao fazer um resgate histórico das leis criminais brasileiras, resgata o contexto da elaboração do Código Criminal do Império, e identifica na doutrina utilitária de Bentham sua grande influência. Na visão do autor, na época de sua aprovação, seguida logo pelo Código de Processo Criminal de 1832, "dominava um extraordinário liberalismo" em que a alçada policial teria sido altamente limitada: ninguém era pronunciado senão pelo juiz, concedia-se facilmente o *habeas corpus*, até mesmo a estrangeiros. Mas contemporiza, afinal, "em politica, observa-se a lei natural – tudo tem o seu tempo; de sorte que o liberalismo teve o seu revez, abrindo ensejo aos conservadores de elaborarem reformas suas"[44], sendo logo então sancionada a lei de 10 de junho de 1835, pela qual eram condenados à morte todos os escravos que matassem seus senhores, feitores, mulheres e parceiros; as noções de tentativa extintas, punindo-se com o mesmo rigor o crime consumado e tentado; a Lei 52, de 3 de outubro de 1833, que ampliou o artigo 153 do Código, desterrando os monetários falsos para a ilha de Fernando de Noronha; a Lei de 3 de dezembro de 1842, em que se davam amplos e ilimitados poderes à polícia; lei que, segundo Severino Prestes, simbolizava a reação do partido conservador ao liberal.

Severino Prestes é, sem dúvida, um republicano. Considera a transição para a República a passagem para a liberdade, comandada pelo "valoroso marechal

43. *Ibidem*, p. 36-37.

44. *Ibidem*, p. 50.

Deodoro da Fonseca", que teria "tomado a defesa da causa do povo oprimido" proclamando a República[45]. Era a favor, com a mudança do regime político, da elaboração de um novo Código Penal para a República e será uma das poucas vozes a defendê-lo. Embora atribua ao Código filiação à escola penitenciária, que parte da premissa da regeneração moral, da qual não compartilha o autor, defende-o: "Muitos, sem razão, digamos desde já, têm denegrido com os peiores epithetos o código penal da Republica. O nosso código tem muita cousa boa."[46]. E justifica, como uma das possíveis razões para suas falhas, não só a dificuldade, em si, de se elaborar um Código, mas a rapidez em que foi feito. Não menciona, por exemplo, como Phaelante da Camara (professor de Direito Criminal da Faculdade de Recife), o fato de não ter tido o Código absorvido as novas ideias, em que pese estas já circularem e serem de conhecimento da cultura jurídica penal à época.

Severino Prestes é fiel a muitos dos importantes fundamentos da Nova Escola: considera o júri "uma excrescência jurídica"[47]; a instrução primária inútil no combate ao crime (podendo mesmo ser uma iniciação)[48], defende a pena de morte como meio de "seleção na sociedade de organismos imprestáveis, perniciosos e *incuráveis*"[49], é contra, seguindo Garofalo, a divisão entre crimes particulares e crimes públicos[50], e está de acordo com a Nova Escola no que diz respeito à tentativa, considerando que a Escola Clássica sobre o assunto teria feito nada mais do que "desperdiçar rhetorica e dar azas á metaphysica"[51].

Quando discorre sobre o fundamento do direito de punir, assim declara expressamente: "Nós, influenciados pelos princípios da nova eschola penal, de que somos defensores intransigentes, fundamentaremos apenas a teoria da eschola que seguimos"[52]. Mas, em seguida, quando deve se posicionar em relação a uma das pedras angulares da Nova Escola, a negação do livre-arbítrio,

45. PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal:* colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897. p. 52.
46. *Ibidem*, p. 54.
47. *Ibidem*, p. 12.
48. *Ibidem*, p. 46.
49. *Ibidem*, p. 53.
50. *Ibidem*, p. 147.
51. *Ibidem*, p. 164.
52. PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal:* colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897. p. 60.

aparece a primeira hesitação: prefere simplesmente não se ocupar da vontade humana. Assim justifica:

> Por mais fortes e convincentes que sejam as provas da negação do livre-arbítrio, o nosso espirito hesita porque falam muito alto os princípios da religião que desde cedo começamos a venerar. Talvez seja uma chimera o que ensina a religião; si o é, porém, não nos podemos libertar dela, e antes preferimos acredita-la, porque é uma chimera divina[53].

É curioso perceber que, embora critique a concepção de justiça de Carrara como algo inscrito no homem, desde Adão, ou seja, uma concepção ainda muito legatária a um jusnaturalismo teológico, quando deve negar o livre-arbítrio, a partir dos fundamentos científicos do determinismo, resiste justamente com base nos argumentos religiosos. Uma dualidade no autor difícil de passar despercebida, que não demonstra apenas uma simples contradição ou uma imaturidade teórica, mas mais que isso, as continuidades que persistem mesmo nos discursos que se autoproclamam rompedores com a tradição.

Assim, sem entrar no mérito da negação do livre-arbítrio, Severino Prestes explicita a ideia de responsabilidade social de Ferri e a ela se filia – por viver em sociedade, deve o criminoso responder por seu ato, e assim proclama: "O direito de punir (...) não é mais do que a defesa social"[54].

Àqueles temerosos do esvaziamento do direito criminal, Severino Prestes declara: "não queremos dizer que o direito criminal deva desaparecer, abolido pela sociologia criminal"[55]. Para o autor, este deve sempre existir, porém, de acordo com as ideias e os princípios da sociologia criminal.

O discurso racial é bastante forte no jurista. Mas embora concorde com a premissa de Nina Rodrigues, expressa em seu famoso texto, *Raças humanas e sua responsabilidade penal no Brasil*, de que as raças inferiores não podem alcançar o grau de aperfeiçoamento da raça branca, cuja civilização vem de herança, não admite diferentes Códigos para diferentes raças, como defende o médico baiano[56]. Dessa diferença biológica, não conclui que a punição não deva ser a mesma e prossegue,

53. *Ibidem*, p. 61.

54. *Ibidem*, p. 61.

55. *Ibidem*, p. 76.

56. Em sua obra, *As Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Nina Rodrigues expõe uma perspectiva apurada, conformada aos princípios da Nova Escola: a crítica ferrenha ao livre-arbítrio, a visão evolucionista do progresso das civilizações e

> Demais, o selvagem, o individuo das raças inferiores, não é digno de excessiva brandura nos castigos, porque esses, cujo senso moral não é completo, estão quase na mesma plana dos criminosos natos. Ainda mais. Quando se legisla não se faz a lei para as excepções, e sim para a generalidade dos casos, das pessoas[57].

Esse trecho é realmente significativo: ao mesmo tempo em que parte da premissa racial, de que os homens são, por natureza, desiguais, faz uso da generalidade da lei como argumento para não se legislar de acordo com a desigualdade. Generalidade, aqui, não corresponde ao princípio fundamental liberal da igualdade de todos perante a lei; a generalidade aqui se traduz em um sentido simplesmente utilitário e pragmático, pois inviável seria "uma anarchia constante, uma enormidade de leis e penas, confundindo-se e contradizendo-se"[58]. Quando se trata de selvagens ou criminosos natos, a severidade na repressão se justifica em nome da "generalidade" dos indivíduos – aqui não vale a máxima "tratar desigualmente os desiguais", bastante usada pelos positivistas penais. Mas, logo em seguida, quando discorre sobre criminosos políticos e anarquistas (os quais entende como verdadeiros bandidos, epilépticos, criminosos natos), ele afirma: "Não podem estar no mesmo pé de egualdade o homem serio e o bandido. A manifestação do principio da verdadeira democracia, disse Aristoteles, está em tractar desigualmente os entes deseguaes"[59]. Se combinarmos os dois trechos, mais do que uma aparente contradição, poderemos deduzir uma máxima no pensamento do autor: a de que se partindo da premissa de que há indivíduos inferiores, estes devem ser punidos com mais severidade, independente das razões que os tornam inferiores, a raça ou

---

identificação das causas da criminalidade em fatores psicofisiológicos. Nina Rodrigues acredita que o senso moral e de justiça dependem da evolução do cérebro humano, que teria se aperfeiçoado de maneira muito lenta e isso acarretaria uma experiência histórica em que a justiça e a moral variam não podendo se sustentar, nessa sorte, o conceito de livre-arbítrio, que, segundo o autor, estaria ligado a uma percepção absoluta de moral e justiça. Assim, para o autor, as raças superiores (branco-europeia) têm um senso de justiça e moral que as raças inferiores (negros, índios e principalmente mestiços) não podem compreender e, portanto, responder de acordo com elas por seus atos. Para Nina Rodrigues, em função da diversidade de raças no Brasil, o país deveria ter Códigos Penais regionais (pelo menos quatro). (RODRIGUES, R. N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894).

57. PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal:* colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897. p. 85.

58. *Idem*.

59. *Ibidem*, p. 103.

a criminalidade congênita. Ainda, aparente contradição, pois, a partir da premissa da dualidade liberal[60], a adequação de discursos conforme os destinatários é bastante frequente. Mais que esquizofrenia do discurso, trata-se de dar coerência a uma dualidade aparentemente incoerente.

Declaradamente republicano e liberal; declaradamente adepto da Escola Positiva e de um discurso racial: Severino Prestes simboliza, portanto, os termos do liberalismo republicano brasileiro das primeiras quatro décadas, em que ser liberal era assumir o postulado da defesa social, afinal, tratava-se de uma liberdade assentada na diferença, fundamentada pelo discurso da raça e que se afirma apenas a um espaço sacro delimitado, o qual exclui os criminosos, que tendem a coincidir com os racialmente inferiores e que devem ser segregados para a segurança e defesa da sociedade (composta pelos indivíduos do espaço sacro da liberdade).

4. José de Camargo Aranha e a resistência à Nova Escola

José de Camargo Aranha foi professor de Direito Criminal da Faculdade de São Paulo de 1900 a 1911. Monarquista, jusnaturalista e seguidor da Escola Clássica, para esse autor, a Escola Positiva e as dela derivadas (como a Terza Scuola) colocam o direito criminal em uma posição subalterna e secundária.

De seus programas não é possível extrair nenhuma referência explícita à Escola Positiva, mas tivemos acesso a uma publicação de 1906, de suas preleções tipografadas por Augusto Moreira Soares. Nelas pudemos analisar em que medida este professor absorveu e trabalhou com as ideias do positivismo penal.

Já no início de suas lições, em que apresenta a noção histórica do direito criminal e seu fundamento filosófico, concebe como falsa a perspectiva individualista e contratualista da sociedade. O homem, de acordo com o jurista,

60. O liberalismo, em que pese se expressar como um ideário de afirmação de direitos e garantias individuais, ao longo do século XIX, também foi marcado por cortes de exclusão e, portanto, combinou-se, na prática, com mecanismos de poder e controle, em nome da segurança e defesa da sociedade. Assim, o discurso liberal sempre se caracterizou pela dualidade inclusão/exclusão, ordem/liberdade; direito/poder: de um lado, a liberdade e os direitos dos indivíduos (proprietários); de outro, a segurança e defesa da sociedade e poder e controle do Estado em relação às classes perigosas (não proprietários). (LOSURDO, D. *Controstoria del liberalismo*. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005; COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). *Quaderni Fiorentini,* v. XXXVI, 2007).

sempre viveu em sociedade e assim é, inclusive, por questões de necessidade física, sem a qual pereceria. Entende, ainda, possível o aperfeiçoamento moral do homem, mas este também apenas realizável em sociedade, pois assim teria definido o "Criador". Para o jurista, como os corpos inorgânicos se submetem às leis físicas, os organismos às leis fisiológicas, os homens, por serem dotados de inteligência e liberdade, que os conferem a autodeterminação de suas ações, submetem-se ainda às leis morais, e as define como "regras de necessidade metaphysica, cujo cumprimento é necessário para que o homem possa, como criatura que é, realizar o fim da creação, cumprir o seu destino."[61]. O direito, para o autor, nada mais é do que tais leis morais dotadas de coercitividade, ou seja, vinculam-se a uma coerção externa que determina a esfera de atividades do homem. Esse é, portanto, necessariamente um ser moral e, dessa forma, livre e justamente por ser livre "pode se determinar por motivos, pode escolher entre eles, praticando ou não praticando certos actos"[62].

Para o autor, Beccaria teria causado uma verdadeira revolução no direito penal e o que marcou essa transformação foi justamente o espírito investigativo da época, que buscava compreender as causas dos fenômenos, as leis que regulam o mundo e que acabou elaborando, pela primeira vez, a sistematização do direito criminal, a sua transformação em uma ciência, a partir da busca do fundamento do direito de punir[63]. Beccaria, em si, não pretendia formar um sistema científico – na opinião do autor, seu texto tinha um teor maior de protesto. Mas esse protesto foi o suficiente para dele florescerem as novas bases do Direito Criminal Moderno, com Bentham, Carmignani, Rossi, Pessina, Ortolan.

José de Aranha resgata a história do Direito Criminal Brasileiro e como não poderia deixar de ser, é bastante elogioso em relação ao Código do Império, cuja redação da primeira parte considera "magnífica", sem necessidade de reformas urgentes, mesmo tendo se passado, à época, mais de sessenta anos, pois "calcadas sobre as verdadeiras bases em que deviam ser estabelecidas"[64]. Na verdade, os elogios ao Código Imperial prescindem de uma filiação definida de escola: clássicos e positivistas consideravam-no uma grande obra da cultura jurídica brasileira.

61. ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906. p. 7.
62. ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906. p. 11.
63. *Ibidem*, p. 39.
64. *Ibidem*, p. 55.

Mas é crítico em relação à penalidade, sobretudo à presença na lei imperial da pena de morte, a qual "condenamos de modo absoluto, de modo completo"[65]. O autor narra inclusive que do processo de aprovação do Código, o único tema mais discutido foi a questão da pena de morte e que o argumento da comissão que decidiu mantê-la referia-se à "ignorância" do povo brasileiro e que a sua manutenção no Código seria um meio mais eficaz de manter a segurança social.

Dessa forma, embora demonstre preferência ao Código do Império, admite que o Republicano teria feito mudanças que se faziam urgentes e necessárias, como a abolição da pena de morte e de galés.[66].

Mas, apesar da necessidade de reforma da penalidade, acredita que na maior parte dos pontos o Código de 1830 deveria apenas passar por uma simples revisão. Em suas palavras: "Não ponho duvida em afirmar a revisão era o meio melhor para se colocar o Codigo de 1830 de acordo com a época, evitando-se o perigo de uma reformação completa, como aconteceu em 1890"[67].

Apresenta as diferentes teorias do fundamento do direito de punir e segue Carrara, um eclético, que o fundamenta no direito natural, na justiça absoluta, ordem estabelecida pelo criador, combinada com a medida da utilidade social. Está na tutela jurídica o fundamento do direito de punir – a sociedade é um meio pelo qual o homem afirma os seus direitos. Assim, há uma prevalência do indivíduo em relação à sociedade – esta é apenas instrumento de realização dos direitos do homem e o direito de punir existe para garantir esses direitos. E se o homem é livre para seguir ou não os princípios do direito natural, a pena se torna necessária, para impedir que essa liberdade extrapole os limites da ordem. Assim, em última instância, expõe o jurista brasileiro, para Carrara "é na liberdade do homem que se funda o D(ireito) de punir"[68].

Para o jurista brasileiro, mesmo que os crimes e as penas variem no tempo, isso não significa que não exista uma regra imutável, que é a que decorre do Direito Natural. Este determina a distinção entre o bem e o mal e é invariável e verdadeiro em todos os tempos e lugares. Assim, para o autor, "é indiscutivel que o Direito Criminal é um Direito Natural"[69]. Ao legislador cabe, por meio

65. *Ibidem*, p. 56.

66. *Ibidem*, p. 57.

67. ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906. p. 58.

68. *Ibidem*, p. 85.

69. *Ibidem,* p. 108.

da razão, apurar a partir do Direito Natural as verdadeiras normas para estabelecê-las no texto da lei, consagrando-as, portanto, no Direito Positivo – este, portanto, apenas declara aquilo que por natureza é um delito.

Assim, com base em uma fundamentação jusnaturalista do direito, o jurista brasileiro rebate o fundamento do direito de punir na defesa social. Para tanto, além de Carrara, utiliza-se de Lucchini, um dos adversários mais argutos da Escola Positiva, pouco citado, na verdade, pelos juristas brasileiros. Embora Carrara apareça com frequência nos textos, seja dos adeptos, seja dos mais receosos ou mesmo críticos da Nova Escola, como é o caso de José de Aranha, Lucchini tem uma aparição rara. Mas o jurista paulista o cita, inclusive, para sustentar a ideia de que o direito de punir existe antes para o indivíduo e para a proteção de seus direitos, do que para a defesa da sociedade. Assim sustenta:

> Eu insisto em dizer que a sociedade pune os crimes para conservar-se em estado de ser a instituição necessária para prestar aos indivíduos, para servir aos indivíduos como meio de sua conservação e de desenvolvimento porque os srs hão de encontrar escriptores sustentando que não é propriamente a defesa social que legitima a punição. Lucchini, por exemplo, na sua excelente obra Direito Penal, em que ele combate com tanto talento a Escola Positiva, a nova escola italiana, procura demonstrar com grande copia de argumentos que a sociedade para se conservar não tem necessidade de meios repressivos, não tem necessidade de empregar a punição (...) o acto do delinquente, o crime, as acções criminosas não produzem, não podem produzir, ainda que (...) vão crescendo numa escala assustadora, a dissolução da sociedade, não podem pôr em perigo a própria existencia da sociedade[70].

O autor ainda rebate as acusações feitas pela Escola Positiva em relação à Clássica de que esta apenas estuda o crime e não o criminoso, afinal, na visão do autor "Quando os escriptores dizem que o objeto do D(ireito) Criminal é o crime, tem subentendido que o D. Criminal tem por objeto também o estudo do delinquente em sua própria pessoa"[71]. Não admite, nos termos de Lucchini, a famosa analogia, usada pela Escola Positiva, do direito criminal com a medicina (assim como esta não olha a doença, mas o doente, o direito deve olhar o criminoso e não o crime) e ainda defende que a Escola Clássica, embora estabeleça as regras tendo em vista aquilo que há de essencial no homem, ou seja, a identidade da natureza humana, não ignora as individualidades dos homens

70. ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906. p. 122.

71. *Ibidem*, p. 125.

e simplesmente deixa a análise das questões fisiológicas e psicológicas à fisiologia e à psicologia. Assim,

> aceitando como verdade os ensinamentos da physiologia e da psycologia, chegou a estas conclusões: que com relação á atividade instinctiva, não resultando ella de um acto livre do homem, não sendo consequência de uma determinação da sua vomtade, estes actos não são imputáveis ao homem, isto é, deles não resulta responsabilidade moral para o auctor do acto[72].

Assim, para o autor a Escola Clássica aborda o homem, o delinquente, mas assim o faz partindo da premissa do livre-arbítrio.

A Escola Clássica tanto considera o indivíduo que "estuda todos os motivos que podem influir na vontade (...) estuda o homem considerado no meio em que ele vive, estuda as causas physicas e sociaes que influem na vontade para verificar se ele é responsável pelo acto que pratica"[73]. E chega ao ponto de ironizar a Escola Antropológica: "O que a Escola Clássica não faz, e que afinal é desnecassario e inútil, é entrar nas prisões, como faz Lombroso, com regua, compasso, trena e giz para medir o tamanho das orelhas dos criminosos (...)"[74]. Em sua opinião, a lei não dispensa a antropologia, a fisiologia... mas não é necessário uma Antropologia Criminal, uma fisiologia criminal... Pondera o jurista brasileiro que a diferença entre as escolas não está no fato de a clássica ignorar o criminoso – ambas o abordam, mas a partir de premissas distintas e, portanto, chegando a conclusões diferentes.

Critica a Escola Positiva, pois entende que suas considerações acabam suprimindo o Direito Criminal e o substituindo por outras ciências, como faz Ferri, por exemplo. Mesmo com relação a Von Liszt, que defende a separação Direito Criminal e Sociologia Criminal (o primeiro aborda o crime no seu aspecto jurídico e a segunda em seu aspecto social), resguardando assim a autonomia do direito, manifesta-se criticamente, não aceitando sua concepção de que Direito Penal é uma ciência essencialmente jurídica. Assim se expressa: "Eu começo a estranhar essa classificação de *sciencia essencialmente jurídica*, porque não posso conceber uma sciencia do Direito que não seja essencialmente jurídica"[75].

72. *Ibidem*, p. 145.
73. ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906. p. 149-150.
74. *Ibidem*, p. 150.
75. *Ibidem*, p. 126.

Assim, o autor se mostra tão crítico em relação à *Terza Scuola*, representada por Von Liszt, quanto à Escola Antropológica, pois considera que ambas acabam desnaturando o Direito Criminal. A partir delas, questiona-se o autor, "o que restaria do Direito Criminal?"[76].

Merece, ainda, destaque o teor de umas das preleções de José de Aranha. Ele dedica uma lição inteira, interrompendo o seguimento do programa da disciplina, para criticar a pretensão sugerida por Joaquim Nabuco, então embaixador do Brasil no governo de Washington, quando presidia o Congresso Panamericano ocorrido no Rio de Janeiro, de criação de um Direito Internacional Americano. Para José de Aranha, naquele momento histórico isso não se justificava. Assim se expressa:

> Ora, eu devo supor que o critério com que o sr Joaquim Nabuco pretende estabelecer um Direito Internacional americano não é tirado desta inferioridade das nações americanas, comparadas ou postas em confronto com a civilização europeia (...). Eu acho que nós estamos, pela nossa cultura, pela consciência que temos da nossa independência, pela consciência que temos de nós mesmos, nós estamos em posição de nos colocarmos em frente das nações europeias em pé de igualdade. Eu considero contraria á ideia fundamental essa politica que pretende fundar um D. continental americano para contrapor ao D. europeu (...) nós temos como povo, nós temos como nação essa capacidade, essa atividade, essa força indiscutível para o progresso, para o engrandamento (...) Acredito que nem mesmo a má politica, nem mesmo a má orientação governamental pode de modo completo entravar o nosso progresso, porque ele resulta da nossa índole, da nossa força, da nossa atividade, da nossa aplicação ao trabalho. Já vêm os srs. que eu, posto que monarchista, não sou pessimista[77].

Defende, como se percebe, a capacidade de trabalho do povo brasileiro e critica, inclusive, diretamente Silvio Romero, que afirmava a índole passiva, preguiçosa e indisciplinada de nossa gente.

Monarquista e jusnaturalista, adepto da Escola Clássica e otimista quanto à índole do povo brasileiro, marcada pelo trabalho e destinada para o progresso: José de Aranha, naquele momento, representava em termos políticos e científicos (no âmbito penal) um passado e uma tradição, mas em termos culturais uma vanguarda, pois ainda prevalecia, em muitos daqueles que pensavam o

76. *Ibidem*, p. 128.

77. ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906. p. 133, 134-136.

povo brasileiro, uma concepção se não pessimista, ao menos duvidosa, quanto à sua aptidão para o progresso, justamente pela força que o discurso racial imprimia na lente que se tentava ler a nação brasileira. Assim, tanto no âmbito político quanto cultural e científico (do direito penal), José de Aranha, na segunda década republicana, parecia "remar contra a corrente".

Afinal, o governo era "republicano" e nele precisava reinar, além do progresso, a ordem. Nesse período, todavia, a República brasileira ainda era bastante imatura, pois contou com várias resistências no seu início e, embora buscasse se legitimar no discurso liberal, assegurava sua estabilidade por meio da repressão e do uso indiscriminado de estados de exceção e de sítio. E, ainda, a sociedade brasileira, à época, era bastante instável, tendo em vista o fim da escravidão, a inserção do trabalho assalariado, o aparecimento de uma população marginal constituída por ex-escravos e imigrantes – enfim, toda uma nova configuração social que ao se formar passou a exigir do Estado novas formas de coerção e disciplina. Talvez não à toa, os juristas adeptos do republicanismo, neste momento, aderiam, em sua maioria, ao fundamento do direito de punir com base no princípio da defesa da sociedade. Para o progresso, é necessário a ordem e a segurança e, portanto, aqueles que pareciam colocar o indivíduo como central em relação à sociedade, como José de Aranha, representavam o "conservadorismo" e o passado.

5. Candido Nazianzeno Nogueira da Motta e a consolidação da criminologia positivista no ensino em São Paulo

Nasceu em Porto Feliz, Estado de São Paulo, cursou direito na Faculdade Largo São Francisco (1888 a 1891), na qual se tornou professor, anos mais tarde, de Direito Criminal (1908). Antes disso, foi promotor público (1892), segundo delegado da capital (1896), deputado estadual e membro da comissão de instrução pública (1898), quando promoveu a fundação do Instituto Disciplinar; em 1901, reelegeu-se deputado estadual e em 1905, vereador da Câmara Municipal da cidade de São Paulo; em 1908, tornou-se deputado federal, mandato que renunciou para assumir a Secretaria de Agricultura do Estado (1916). Em 1922 elegeu-se senador estadual, ocupando a vice-presidência do senado até 1930. Não apenas participou, mas foi presidente do Conselho Penitenciário do Estado.

Esse jurista paulista, de grande relevância para o estudo do discurso criminológico no Brasil, teve uma atuação acadêmica e política bastante intensas, atividades que conciliadas caracterizam de alguma forma os criminólogos positivistas. Imbuídos pela necessidade de transformação social, esses pensadores envolvem-se na política como uma forma de interferir objetivamente não

apenas na produção de leis, mas também na criação de instituições que incorporem as ideias que defendem e propagam, de modo que elas saiam do papel e tomem forma no contexto social, para concretizar as reformas do homem e da sociedade.

Adepto das ideias de Lombroso, Garofalo e Ferri, demonstra um grande domínio de suas teorias, inclusive dos impasses e desencontros entre eles, aderindo ora a um ora a outro, conforme adeque às suas próprias concepções. Na dissertação elaborada para o concurso de lente substituto da terceira secção de direito criminal, *Classificação dos criminosos*, o jurista expõe as principais teorias sobre o assunto, destacando, sobretudo, a de Ferri[78].

Introduz o texto afirmando o delito como um "fenômeno necessário" como os demais do mundo orgânico e inorgânico e, portanto, sujeito a leis invariáveis, embora passe por transformações ao longo do tempo e do espaço[79], o que deixa evidente sua filiação à base epistemológica do positivismo da época, cuja tendência naturalista induzia à identificação natureza e sociedade e ao evolucionismo.

Mas, diferente do evolucionista e liberal Spencer, Candido Motta defende a ação do Estado para conter a criminalidade. Na lógica do positivismo penal, pontua que o foco de tais ações não é o crime em si, pois este é um fato abstrato, mas o criminoso; e daí a necessidade de estudá-lo, desvendá-lo, conhecê-lo, dividi-lo, individualizá-lo, *classificá-lo* – o modelo de conhecimento das ciências naturais é a classificação e, portanto, aqui ela também se aplica. Conhecer o criminoso pressupõe necessariamente nessa lógica classificá-lo, e conhecê-lo e classificá-lo se justifica na medida em que o tratamento deve ser adequado ao tipo específico de criminoso (como na lógica médica, em que o tratamento se adequa às especificidades do paciente)[80]. Todavia, constata que, não obstante a diferença dos tipos antropológicos, todos os criminosos

78. MOTTA, C. Classificação dos criminosos. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897.

79. *Ibidem,* p. 9.

80. "si para enfermos da mesma moléstia, devido á sua organização particular, ao seu temperamento, á sua idisyncrasia, ao ambiente physico, o medico tem necessidade de particularizar o remédio, assim também para os criminosos de um mesmo delicto a therapeutica repressiva não póde deixar de ser vária, tanto mais que á variabilidade dos fenômenos physiologicos corresponde a dos fenômenos psychologicos." (MOTTA, C. Classificação dos criminosos. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897. p. 9). É preciso então tratar desigualmente os desiguais e daí a necessidade de classificação.

apresentam um caráter psicológico comum – "uma anormal força impulsiva para os actos criminosos"[81].

Entre os inúmeros autores que elaboraram teorias sobre a classificação dos criminosos citados pelo autor (Ferrus, Despine, Nicholson e tantos outros)[82] é a de Ferri que defende pela superioridade científica[83]. O texto, então, discorre detalhadamente a respeito dos tipos criminosos identificados por Ferri: natos (instintivos); de ímpeto; de ocasião, habituais, alienados.

É difícil não associar o tom de Motta, quando discorre a respeito dos criminosos natos, com um darwinismo social muito próximo do de Garofalo. Respondendo à crítica que a ideia de criminoso nato gerou na época, segundo a qual conceber que um indivíduo nasce escravo do seu organismo é uma afronta à dignidade humana, escreve:

> Queremos crer que a dignidade humana está em peiores condições que o direito natural: só poderá ter algum valor, como sonora e retumbante figura rhetorica (...) Pois si a natureza recusou os seus dons a uns não poderia recusal-os a outros? Tanto o cego, como o criminoso-nato não são uma aberração do *homem normal*?[84].

Usando das palavras de Herzen, afirma que a ciência não tem que ver com as consequências morais e jurídicas de suas conclusões e uma dessas conclusões é a inexistência do livre-arbítrio. Determinismo e darwinismo social combinam-se em uma defesa bastante ácida de um conceito que a Europa, há muito, já repelia.

A esses *ismos* oitocentistas soma-se o discurso racial – para Motta, entre os fatores que devem ser observados para se fazer o estudo do criminoso está a raça. Aqui Candido Motta reproduz mais uma vez o discurso europeu (Le Bon, Gobineau, por exemplo), considerando como dada e inquestionável a divisão dos homens entre raças, a inferioridade de umas em relação às outras e os efeitos negativos do cruzamento.[85]

---

81. *Ibidem*, p. 21.
82. *Ibidem,* p. 18.
83. Ferri a elabora para suprir as críticas à obra de Lombroso, *O homem delinquente*, cujas primeiras edições não fazia essas distinções trabalhando com uma categoria única de homem delinquente. Nas próximas edições de sua obra, Lombroso adota parte das ideias de Ferri, adequando sua teoria do tipo criminoso.
84. MOTTA, *Op. cit.,* p. 24.
85. "Parece hoje em dia firmada a grande divisão das raças, segundo as cores, em branca, amarela e preta (...) O prognathismo, por exemplo, no branco, é evidentemente um

Identifica nos negros as mesmas características dos homens primitivos, com poucas variações (indiscretos, imprevidentes, preguiçosos, sensualidade exacerbada, não são adaptáveis à liberdade, têm tendência servil e falta de iniciativa). Quanto à mistura entre as raças, afirma: "a que é muito inferior muitas vezes passa á outra só os seus vícios, muito mais em harmonia com as suas próprias tendências que as qualidades"[86]. Cita Darwin e a teoria da regressão e completa com o ditado árabe: "Deus creaou o branco. Deus creou o negro, o diabo creou o mestiço", reconhecendo que há nele um fundo de verdade[87]. Na visão do autor, "Os crimes contra a pessoa cometidos pelos mestiços são quase sempre revestidos das mais atrozes circumstancias e da mais requintada crueldade"[88].

Não faz nenhuma ressalva a essa teoria racial, bem nos moldes de Gobineau; não a problematiza, e menciona o Brasil apenas para ponderar que aqui há uma dificuldade de estudo por não termos um tipo puro, em razão dos contínuos cruzamentos e da extensão territorial do país. Também não examina as consequências que um tipo de análise como essa implicaria para a compreensão do Brasil e da criminalidade brasileira.

Ao discorrer sobre os criminosos de ocasião, discorda de Garofalo – para quem o dizer "a ocasião faz o ladrão" não tem razão de ser, pois se no indivíduo não existe o germe do crime, não há ocasião que o faça desenvolver – e afirma que as circunstâncias podem levar um homem bom a delinquir, relativizando, nesse sentido, o determinismo de Lombroso e Garofalo.

Quando apresenta os criminosos alienados, identifica alguns deles antropologicamente com os natos, como os loucos morais ou epilépticos, como o faz Lombroso, e defende, no mesmo sentido de Ferri, que devem ser condenados, não pela responsabilidade moral, que obviamente não a têm, mas pela responsabilidade social, devendo ser segregados da sociedade em um asilo que atenda à sua circunstância especial de alienados.

Ao comentar dos criminosos habituais (dotados de fraqueza moral, mais do que tendências inatas e levados pelas circunstâncias a delinquir), Candido

---

estigma de regressão ao typo ancestral; entretanto, ele faz parte da constituição physica do negro, cuja raça é inferior, por se ter conservado estacionaria." (MOTTA, C. Classificação dos criminosos. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897. p. 32).

86. *Ibidem,* p. 35.

87. *Ibidem*, p. 35.

88. *Idem*.

Motta aproveita para sustentar uma das ideias mais presentes em sua atuação – a criação de estabelecimentos onde não apenas fosse veiculada a educação profissional, como também a moral. Este é um ponto crucial no discurso do autor – a moralização da sociedade, que deve focar, sobretudo, nos jovens, pois eles ainda estão em processo de formação de caráter. A verdadeira solução para a reforma da sociedade e para a construção de uma sociedade modelo é a moralização. Nesse ponto, concorda com Garofalo, no sentido de que a educação não pode formar o caráter, mas é um importante elemento modificador, quando interfere na primeira infância.

Na sua obra sobre *Os menores delinquentes e seu tratamento no Estado de São Paulo*, apresentada ao Quarto Congresso Científico, Primeiro Pan-Americano em Santiago do Chile, Candido Motta apresenta sua proposta para a questão, como o título expõe, o tratamento de menores. Justifica: "o embrutecimento da nova geração é a primeira das calamidades sociaes, das quaes é forçoso occuparmo-nos para impedir que os jovens, apenas atingida a puberdade tornem-se inquilinos dos cárceres"[89]. Entende o cuidado com os menores como uma questão premente, pois estes ao invés de se tornarem um perigo para a sociedade, devem se tornar homens de bem. E nessa linha incorpora a defesa dos substitutivos penais, centrais nas propostas de Ferri, equiparados por ele às prevenções sanitárias (como beber água fervida em tempos de epidemias), analogia presente de modo tão frequente nos textos do autor italiano[90].

Na opinião de Motta, deve-se tratar os menores de modo a prevenir o mal físico e moral, cercá-los de um ambiente higiênico e livre da influência perniciosa de criminosos e vagabundos[91]. Em suas palavras:

> Precisamos de um asylo em que, a par da instrução litteraria, recebam os menores uma educação *moral* e cívica rigorosa, em que se possa formar o caráter pelo estimulo e pelo exemplo para os naturalmente amoldáveis e *modificar* o dos que congenitamente são refractarios[92].

Diante disso, o autor, ainda como promotor público, apresenta à Câmara dos Deputados um projeto para a criação de um estabelecimento especial para

89. MOTTA, C. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. *Diário Oficial,* São Paulo, 1909. p. 8.

90. *Ibidem,* p. 7.

91. *Ibidem,* p. 9.

92. MOTTA, C. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. *Diário Oficial,* São Paulo, 1909. p. 11.

menores (moralmente abandonados), correcional, industrial e agrícola ao qual intitula Instituto Educativo Paulista, nos moldes do Reformatório Elmira, dos Estados Unidos[93]. Como narra Candido Motta, esse projeto foi aprovado com muitas simplificações e converteu-se na Lei 844, de 10 de outubro de 1902, regulamentada pelo Decreto .079, de 30 de dezembro do mesmo ano, estabelecendo assim o Instituto Disciplinar[94].

A classificação dos menores é uma questão central para Motta, porque dela depende a separação destes nas diferentes *classes/categorias* conforme o temperamento, tendências e caráter. No projeto, o autor ressalta que se previa uma divisão em três tipos: os duvidosos (segunda classe de observação); os maus (presunção legal, primeira classe) e os bons (terceira classe)[95]. É impossível não

93. Entre os diversos artigos do projeto, o nono é bastante emblemático, pois exige que o juiz ao proferir a sentença condenatória deve enviar ao instituto informações sobre a natureza do crime, circunstâncias, antecedentes, não apenas do detido, mas de seus parentes, assim como uma diagnose completa de condições física, intelectual e *moral* do indivíduo e sua família. Este artigo demonstra a preocupação em se definir e classificar o indivíduo, até porque a proposta é que ele seja separado em diferentes categorias/classes dentro do estabelecimento de acordo com a sua natureza. No artigo 10, parágrafo único, ainda, possibilita a criação de subclasses, tendo em vista a idade, o caráter e as tendências. Outra curiosidade diz respeito à administração do instituto, a qual deve ser confiada a uma pessoa formada em direito ou medicina.

94. Mudança de nome que foi criticada por Candido Motta, que considerava o anterior mais apropriado, pois menos comprometido com possíveis associações a instituições repressivas – mais uma vez seguindo os ensinamentos de Ferri – e menos degradante para a imagem do menor, que não deve conceber em seu internamento algo negativo; mas, sim, benéfico para seu futuro. Tanto o nome quanto a arquitetura (na forma de colégios e pensionatos) deveriam guardar por uma aparência neutra. Embora elogie o exterior do prédio destinado à instalação do estabelecimento, o autor é bastante crítico no que se refere às suas proporções e disposição, a partir das quais "não é possível fazer classificações racionaes, e evitar a comunhão das classes. Como é possível evitar o contagio dos bons pelos máus, como é possível exercer vigilância e fazer um estudo systematico e acurado do caracter dos recolhidos, como é possível emfim ali praticar-se a individualização da educação?". (MOTTA, *Op. cit.*, p. 53.).

95. *Ibidem,* p. 75. A lei aprovada modificou o projeto. São admitidos no Instituto Disciplinar maiores de 9 e menores de 14, que tiverem agido com discernimento; os maiores de 14 e menores de 21, condenados como vagabundos e os pequenos mendigos, viciosos, abandonados de 9 a 14 anos. Haveria duas secções: a primeira, para as duas primeiras categorias (cujo internamento dependeria da sentença), e a segunda, para a última. Tais categorias, por sua vez, podendo ser divididas em classes a partir de três critérios: idade, a natureza da infração e a conduta moral. Essas eram formadas pelo diretor e ouvidos o professor, mestre de culturas e os médicos.

se impressionar com o uso dos termos bons/maus/duvidosos. De fato, é curioso notar como esses autores, que se declaravam seguidores tão fiéis da ciência, ignoravam que tais termos estão para além dos limites da objetividade científica. É corrente identificar como esses criminólogos se traem em seu discurso.

Ao defender o trabalho agrícola para os menores, por ser ao ar livre, e absorver suas forças físicas, o autor mais uma vez afirma "Emquanto cultiva a terra, emquanto contempla a natureza que o cerca e o encanta, o seu espirito paira mui longe das idéas do mal para concentrar-se n'aquellas outras, que elevam e nobilitam o homem"[96].

Em uma mescla curiosa entre o saber médico e os conhecimentos da alma, na medida em que o primeiro é o meio para se alcançar o segundo, esses pensadores oscilam entre a ciência e a metafísica, pois querem desvendar pelo corpo/organismo os segredos da alma. Quando discorre a respeito da administração dessas instituições para menores, Motta afirma:

> O educador exerce as *funções de medico*, devendo fazer a diagnose do mal e saber achar o remédio adequado á cura; assim bem árduo é o seu papel e bem complexa a sua capacidade pois é difficillimo *o estudo de uma alma* estragada pelo exemplo, pelos contactos, pelos maos hábitos, á qual se impõe a mentira e a hypocrisia, á qual a ociosidade continua roubou todas as energias uteis[97].

No projeto exige-se que a função de diretor deve ser exercida por médico ou advogado e ressalta-se que a indicação de médico nem precisa ser justificada. O médico auxiliado de um pedagogo deve, de acordo com Motta, citando Laurent, criar uma ciência, a ortopedia moral, pois trata-se de realizar a "*cura moral*" desses "*espíritos enfermos*". E "quem melhor que um médico poderá classificar os menores segundo a psychologia de cada um?"[98].

A definição do caráter deve ser feita, para o autor, ao longo de uma observação atenta e a partir de um ponto de vista psicológico e antropológico que estabeleça o grau de degenerência, de perversidade, pois muitas vezes, um mendigo pode ser mais degenerado que um assassino, como afirmara Ferri[99].

96. MOTTA, C. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. *Diário Oficial*, São Paulo, 1909. p. 98.
97. *Ibidem*, p. 118.
98. *Ibidem,* p. 120.
99. *Ibidem,* p. 70-71.

Critica a lei quanto à não limitação do efetivo dos recolhidos, o que inevitavelmente poderia acarretar a aglomeração, problema que, segundo Ferri e relembrado por Motta, é um inconveniente, sobretudo, entre sujeitos dessa *categoria* psicológica, cujas consequências são a fermentação e a putrefação[100]. Além do contágio, dificulta a classificação e individualização.

Conforme a Escola Positiva, na visão do autor, a pena indeterminada é a mais adequada para o tratamento dos menores, pois estes apenas podem ser liberados após a regeneração, a qual deve ser identificada somente pelo diretor e demais funcionários do estabelecimento, e não pelo juiz.

Contágio, análise do caráter, individualização da educação, equiparação da instituição com um hospício, fermentação, putrefação, enfim, encontra-se em Candido Motta a essência do pensamento criminológico, ou seja, institucionalizar o indivíduo, analisá-lo para classificá-lo e classificá-lo para moldá-lo, e sempre num discurso em que fica evidente a analogia com a medicina, embora aqui a intervenção seja no indivíduo, mas com o intuito de curar o social. Um dos meios dessa cura é justamente o trabalho.

Sobre uma das proposições feitas na tese apresentada para lente da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1897, o emprego da mão de obra de condenados nas secções móveis, Candido Motta escreve um artigo para a revista dessa mesma faculdade. Sobre o encarceramento penitenciário, afirmava:

> Desde que a observação e a experiência foram empregadas como método no estudo da criminalidade chegou-se ao resultado inegável (...) de que nem todos os criminosos são suscetíveis de regeneração; e isto porque grande parte deles é levada à prática do crime pela ausência absoluta e hereditária do senso moral e pelos defeitos da sua organização psico-fisiológica. A conclusão a tirar-se é que o encarceramento penitenciário é de uma relatividade á toda prova, ocupando Um Plano Inferior nos sistemas de repressão penal.[101]

Não havendo prisão perpétua no Brasil, Motta destaca a inevitabilidade dos condenados eventualmente serem reincorporados à sociedade. No sistema de então, a partir dos ofícios que os presos aprendem no interior da prisão, seria impossível tal incorporação, porque raras vezes deles se ocupam quando fora da instituição carcerária. Para Motta, "A sociedade, portanto, a prevalecer tal

100. *Ibidem,* p. 55.

101. MOTTA, C. A mão de obra penal. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 29, 1933. p. 238.

sistema só receberá em seu seio Invalidos ou Incapazes. Será o asilo substituindo o cárcere"[102].

Para Motta, mais uma vez baseado nas leituras e informações a partir do estrangeiro, a solução está no trabalho ao ar livre, fora das muralhas do presídio e empregado no interesse público, pois segundo o autor, "desperta as energias abatidas, incita à luta corajosa pela vida, estimula as aptidões, e restitui à sociedade elementos ainda capazes de influir no seu progresso"[103]. Nesse trecho Motta demonstra em seu discurso sua filiação aos elementos-chave do evolucionismo darwinista característico do século XIX e base de muitos pensadores da Escola Positiva – a luta pela vida e a ideia de progresso, ambos pelo instrumento moralizador e regenerador do trabalho.

Além dos bons resultados econômicos que essa medida pode trazer, não poderia deixar de faltar na argumentação de Motta o resultado *moral,* indicando como prova disso a redução da criminalidade na Inglaterra, onde essa sistemática se realizou[104].

A filiação de Motta à Escola Positiva evidencia-se também em suas aulas. O programa de sua disciplina, entre todos os programas elaborados pelos professores da disciplina de direito criminal, entre os anos de 1889 e 1930, é o que mais apresenta as ideias da Escola Positiva. Mais da metade de seu curso discorre sobre os fundamentos dessa escola e, em várias ocasiões, coloca-se a favor delas "novas" ideias, percebendo-as como o resultado de uma evolução na ciência penal (uma vez que, como afirma o autor, tudo está sujeito às leis da evolução)[105].

Adota a dicotomia de Ferri, Escola Clássica e Escola Positiva, como o fazem a maior parte dos juristas da época. Da Escola Clássica, que estudava o crime como entidade abstrata, abstraindo o agente, doutrina que para Motta está esgotada e é incapaz de remediar os males sociais, a ciência penal se desenvolveu (no mesmo sentido da medicina, que transferiu seu olhar da doença para o doente) para uma perspectiva que volta o seu olhar para o criminoso, sua organização física e psíquica, seu ambiente físico e social, sendo esse olhar orientado pelo método da observação e experiência.

102. *Ibidem,* p. 261.

103. *Ibidem*, p. 261.

104. MOTTA, C. A mão de obra penal. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo,* v. 29, 1933. p. 265.

105. MOTTA, C. *Direito Penal*. São Paulo: texto datilografado, 1927. p. 1.

Motta discorre minuciosamente no ponto 5 do programa sobre os estigmas morfológicos dos delinquentes – peso, estatura, envergadura, medidas do crânio, da face, cor de cabelos, pés, mãos, esqueleto, órgãos genitais, fazendo constantes citações dos estudos, medições e constatações de Lombroso e Marro[106].

Além dessas características físicas, Motta ressalta que os criminosos têm atitudes, expressões próprias que revelam o "caráter da alma" no seu semblante, expressões que, para o autor, podem recordar tendências e atitudes atávicas:

> Os órgãos que são a sede principal dessa atitude são os olhos e a boca. É no olhar torvo e feroz que se revela sobretudo o delinquente, olhar no qual se reflecte o cynico, a insensibilidade ao sofrimento próprio e alheio e o prazer mesmo de produzi-lo. A boca também apresenta aquelle rictus cynico, satânico, tão conhecido do vulgo que o domina 'cruel'[107].

Motta parece mais descrever um monstro que um homem.

O autor faz a ressalva de que é difícil encontrar um criminoso com todas essas características, mas que tais estigmas são muito mais frequentes e numerosos nos delinquentes do que nos homens comuns, como aponta Garofalo, e como teve a chance de constatar analisando cerca de 200 presos na penitenciária da capital onde, apesar da diversidade étnica, constatou anomalias na maior parte deles. Conclui que, deixando de lado alguns exageros dos antropologistas, é incontestável que os criminosos apresentam muitos estigmas morfológicos notáveis[108].

A respeito dos estigmas psicológicos admite serem estes mais difíceis de se estabelecer, uma vez que pressupõem "penetrar nos íntimos recessos da alma humana, para perscrutar-lhes as anomalias do sentimento (...)"[109]. Trata-se de descobrir, como diz Motta, anomalias funcionais do "espírito", que determinam o modo de agir e de pensar.

---

106. Por exemplo, a menor estatura e peso dos delinquentes quando comparados à média, maior largura da face, maior mandíbula (ambos estigmas atávicos), menor crânio, olhos oblíquos, fronte fugidia, assimetria na face, nariz desviado para o lado, retilíneo, largo e grosso, lábio superior fino, orelha de asas grandes ou muito pequenas... Enfim, resume o autor, de todas essas características, "resulta uma physionomia especial que é diversa da dos homens que não os possuem. Compreende-se como essa physionomia será tanto mais visinha do typo completo quanto maior for o número de estigmas e quanto mais grave e notáveis forem eles." (*Ibidem*, p. 12.).

107. MOTTA, C. *Direito Penal*. São Paulo: texto datilografado, 1927. p. 12.

108. *Idem*.

109. *Ibidem*, p. 16.

Curioso perceber que em um dos primeiros pontos do programa Motta indica que a psicologia deve ser enquadrada como um ramo da biologia e fisiologia, ou seja, demostra sua filiação à corrente organicista. Mas, ao mesmo tempo, a associa a um "*penetrar na alma*" e descoberta das anomalias do "*espírito*". Como Lombroso, Motta realiza o percurso confuso do espírito ao corpo e do corpo de volta ao espírito, por meio do critério moral.

Ainda, para o jurista paulista o crime não é um fenômeno anatômico ou fisiológico, mas, sobretudo, psicológico. Portanto, para ele, é desvendando a constituição psíquica do criminoso, a relação dos motivos e contramotivos que determinam as suas ações, que se deve buscar a causa do comportamento antissocial. Essa busca se dá pela análise das três faculdades do espírito: a inteligência, o sentimento e a vontade.

As anomalias mais comuns nos criminosos são as que afetam os sentimentos. Estes, segundo Motta, e não a razão, são os verdadeiros impulsos, motivos de nossas ações, porque são eles que determinam a nossa vontade, como afirmara Ferri. O que faz certos sentimentos prevalecerem sobre outros não depende dos indivíduos, mas de sua constituição física e psíquica, determinada pela hereditariedade, pelo meio, pela educação e, por isso, não se pode mais admitir a ideia de livre-arbítrio. É a faculdade do sentimento, e não a intelectual, que determina a vontade e, portanto, a ação, "ao passo que a parte intelectual permanece até certo ponto, simples espectadora deste jogo de moveis diversos e opostos á mesma acção"[110]. Somos honestos ou desonestos por uma questão de fatalidade, e não de escolha, portanto. Assim como não podemos escolher ser um Dante, não podemos escolher ser honesto.[111]

Dessa forma, as principais anomalias estão relacionadas ao que se pode chamar "senso moral", no qual deve predominar o respeito aos semelhantes.

Nesse ponto é, sobretudo, Garofalo quem inspira Motta, seja na ideia de que são os sentimentos os determinantes da vontade, seja no sentido de que o senso moral (constituído pelos sentimentos de piedade e probidade) se constitui pela simpatia com o semelhante de onde deriva o respeito aos seus direitos[112].

A falta desses sentimentos, que os torna cruéis e insensíveis aos sentimentos e sofrimentos alheios, associa-se, ainda, a outros estigmas atávicos, na visão de Motta, como a tendência à preguiça e à vagabundagem, à resistência ao trabalho.

110. MOTTA, C. *Direito Penal*. São Paulo: texto datilografado, 1927, p. 17.

111. *Idem*.

112. *Ibidem*, p. 18.

São atávicos porque demonstram que esses indivíduos atuam na *luta pela existência* como os animais inferiores ou selvagens, pois sobrevivem às custas da eliminação e destruição do outro e de todas as regras do convívio social[113].

No âmbito psicológico, portanto, de acordo com Motta, esses indivíduos podem ser considerados como de fraco ou inexistente senso moral; vontade fraca (reagem de modo exagerado aos estímulos externos), sendo caracterizados por uma forte impulsividade e inferior capacidade intelectual, pois são afetados por perturbações nas associações das ideias, que deveriam agir como contra motivos ao impulso criminoso. Todavia, há uma certa contradição nesse ponto, pois, se afirma que são os sentimentos que determinam a vontade e que a inteligência é apenas espectadora do processo de sua formação, como pode ao mesmo tempo dizer que as ideias têm influência? Se ser ou não honesto é uma fatalidade, não há como resistir, se não há como resistir, não seria a normal associação de ideias que permitiria tal resistência.

Sobre a responsabilidade penal apresenta o debate entre as escolas Clássica e Positiva. O autor, a partir de Ferri, defende a responsabilidade social e determina que a medida da reação penal deve se dar de acordo com a temibilidade, conforme propunha Garofalo.[114]

Em uma lógica conciliatória, Candido Motta aponta que a Escola Positiva admite em alguns casos a mera predisposição ao delito, que, na presença de fatores externos neutralizadores, pode não se manifestar; a Escola Clássica, por sua vez, pode reconhecer a realidade dessas predisposições e conclui:

> Parece dever comportar, em qualquer escola o seguinte: os pensamentos de simples intimidação, pelos delinquentes sem criminalidade, destinados a servir o adversamento por todos; os pensamentos de reforma para os delinquentes criminaes, os pensamentos de eliminação para os delinquentes habituaes e incorrigíveis. A penalidade deve sem distinção de escola, ser completada pelas constituições preventivas destinadas a combater e a neutralizar a influencia do meio[115].

E complementa defendendo a pena indeterminada, proposta pela Escola Positiva, "que (…) pode ser aprovada sem comprometer a crença da liberdade e a responsabilidade moral (...)"[116].

113. *Ibidem*, p. 19.

114. *Ibidem*, p. 142.

115. MOTTA, C. Direito Penal. São Paulo: texto datilografado, 1927. p. 145.

116. *Ibidem*, p. 146.

Nesse autor percebemos uma significativa reprodução das teorias criminológicas, sobretudo, da escola italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo). Há pouca problematização no que se refere a essas teorias, pois não apenas não as analisa criticamente como pouco ou quase nada comenta sobre as críticas a que as teorias positivistas foram alvo desde o segundo Congresso de Antropologia Criminal, na França, já em 1889.

Luta pela existência e aptidão pelo trabalho são elementos presentes em seu pensamento e que justificam uma intervenção do Estado, sobretudo, em relação aos menores, sujeitos principais da preocupação de Candido Motta. Não à toa o jurista vincula-se de maneira tão incisiva às ideias de Ferri. As premissas deste autor acarretam um Estado extremamente interventor – de um determinismo matizado pelas problemáticas sociais, desemboca-se em uma estatolatria, que, por meio dos substitutivos e dos meios preventivos, busca moldar o indivíduo em um cidadão laborioso e apto na luta pela existência. E essa formatação, ou normalização, ocorre, sobretudo, em seu caráter.

E nesse aspecto, analisando os textos de Candido Motta, podemos identificar que as contradições inerentes ao positivismo criminológico, nele se reproduzem no processo de sua recepção. Emerge em seu discurso, por exemplo, com frequência, a necessidade de formação do caráter e da moral, que, por sua vez, estão sempre inseridos em um discurso que envolve a alma, em que pese o autor filiar-se a uma corrente organicista, materialista e naturalista.

Assim, em que pese reivindicar uma análise científica do crime e do criminoso, acaba analisando esse criminoso a partir de premissas e de modelos morais e que, portanto, não se submetem ao crivo científico, justamente porque muito mais ideológicos do que objetivos. Como bem pontuou Turatti, ligado ao socialismo jurídico italiano, o maior equívoco da Escola Antropológica estava na sua incapacidade de fazer uma crítica a fundo da sociedade de então, não se dando conta, por exemplo, de que certos comportamentos definidos como normais, para os padrões burgueses, poderiam ser considerados condenáveis de um ponto de vista externo à moral burguesa.

O moralismo e intervencionismo de Motta não se refere apenas aos menores e aos criminosos, mas também à prostituição. O jurista considera a prostituição o resultado de fatores antropológicos, físicos e sociais, mas tendo em vista ser um mal necessário, entende dever-se tolerá-la, mas ao mesmo tempo neutralizá-la, por meio de medidas administrativas relativas às mulheres. Para Motta, deve-se viabilizar a intervenção da *polícia* para que algumas medidas de caráter *moral* e *higiênicos* sejam tomadas, tendo em vista a proteção, sobretudo, da moralidade e ordem públicas (e não dos direitos individuais das

mulheres)[117]. Tais medidas, ou instruções preventivas, foram publicadas sob o título de *Regulamento Provisório da Polícia de Costumes* e entregue às mulheres, mas foram alvo de inúmeras críticas – atentado à liberdade individual, incompetência da polícia para regulamentar uma instituição não reconhecida etc. Ciente de alguns abusos em relação à execução do regulamento, Motta responde: "esses abusos que são sempre punidos, são preferíveis á devassidão publica, aos escândalos que tanto nos envergonhavam"[118].

Assim, Candido Motta pode ser visto como um jurista que se adequou à lógica intervencionista republicana do Estado brasileiro. Como se sabe, essa intervenção marcou-se de maneira significativa pelo autoritarismo e desrespeito às garantias individuais, em termos de um intervencionismo segregador (que atinge, sobretudo, determinados sujeitos), não apenas vinculado a uma higiene física, mas também moral.[119] E, nesse sentido, o discurso criminológico parecia adequado, pois legitimava essa intervenção, inclusive, com argumentos de "ciência", afinal, um Estado em defesa da sociedade não apenas pode, mas deve intervir.

6. Considerações finais

A chamada Nova Escola Penal afirmava-se justamente por representar no direito criminal os avanços da ciência, no contexto epistemológico marcado pelo positivismo e os demais *ismos* que com ele se associaram (naturalismo, organicismo, evolucionismo, darwinismo). Como a importância que esse contexto

117. Exemplos das medidas apontadas por Motta: a) não são permitidos os hotéis, devendo tais mulheres viver em domicílio particular de até 3 pessoas (medida voltada a impedir o caftismo); b) as janelas devem ter cortinas na parte de dentro e persianas na de fora (para impedir que se possa testemunhar o que lá dentro se passa); c) não se pode abordar os transeuntes, por meio de palavras ou gestos e com eles conversar; d) as persianas devem permanecer fechadas em determinados horários; e) devem se vestir de maneira decente quando estiverem nas ruas, resguardando o corpo e o busto; f) nos eventos públicos, como teatros, devem se portar com recato, não podendo conversar com os homens onde possam ser observados pelo público. (MOTTA, C. Prostituição. Polícia de Costumes. Lenocídio. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. v. 5, 1897. p. 312-315).

118. *Ibidem*, p. 315.

119. SEELAENDER, A. C. L. Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. In: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. *Diálogos Constitucionais:* Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

epistemológico teve na Europa, as transformações no âmbito do pensamento no Brasil também foram fundamentais para condicionar e moldar a recepção do pensamento criminológico. Assim, a recepção do evolucionismo, do monismo, do organicismo, do darwinismo, foi uma das premissas culturais que influíram na absorção do positivismo criminológico.

À medida que se consolida a República, também se consolida a criminologia positivista na cultura jurídica brasileira, no âmbito do ensino do direito criminal. E a maior parte dos juristas que a absorvem parte das premissas do evolucionismo e darwinismo e muitos do darwinismo social (combinado com o discurso racial), da sociedade como organismo.

A questão da raça, a partir dos moldes europeus, aparece explicitamente no pensamento de Severino Prestes e Candido Motta. A recepção da criminologia positivista implicava a absorção também da ideia da desigualdade natural entre os homens como uma verdadeira premissa e a raça era, justamente, um dos fatores que determinavam essa desigualdade.

O darwinismo social, que se traduz numa forte dualidade entre criminoso/honesto, anormal/normal, na ideia de incorrigibilidade e em alternativas eliminatórias, se reproduz de modo bastante enfático em Candido Nazianzeno Motta e Severino Prestes e até mesmo entre aqueles que não se declaravam adeptos da Escola Antropológica, como Pedro Lessa, que chega inclusive a sugerir a seleção artificial.

A importância do trabalho e educação moral como meio de luta pela vida e instrumento de regeneração também é um "lugar-comum" para esses juristas, com destaque a Candido Motta e Pedro Lessa.

As ideias de temibilidade e perigosidade serão centrais nesses autores, que os afirmam como critério definidor do tipo e da medida da resposta penal. O perigo está, sobretudo, no sujeito e não no seu ato. A temibilidade foi um dos conceitos mais centrais da Escola Positiva, pois corresponde a um de seus principais instrumentos para focar o direito penal no sujeito. Todavia, em que pese vangloriar-se pela objetividade de suas verdades, construiu um conceito tão ou mais subjetivo que o livre-arbítrio, pois medir a normalidade/temibilidade do homem não se mostrou mais preciso que medir sua liberdade.

Pedro Lessa, pelo curso de filosofia e a partir de uma heterodoxia própria, e em que pese criticar explicitamente a Antropologia Criminal, várias das concepções da Escola Positiva são por ele defendidas, entre elas, a defesa social como fundamento da pena, a incorrigibilidade de determinados criminosos e os meios eliminatórios a eles destinados, a preocupação com a formação do caráter moral dos menores. Severino Prestes não ousa discutir o livre-arbítrio,

mas afirma-se como um "defensor intransigente" da Escola Positiva. Nele é bastante presente também o discurso racial, assim como o será em Candido Motta, que marca definitivamente a adesão paulista às novas ideias do direito penal, destacando sua atuação no âmbito da menoridade, inclusive, como redator de uma lei que definia uma instituição para menores, enquadrada nos moldes da normalização criminológica. Assim como em Pedro Lessa, a preocupação com o caráter moral dos indivíduos o faz recorrer, em que pese seu evolucionismo e determinismo, aos mistérios da alma. José de Aranha, resistente às novas ideias, parecia uma voz do passado (inclusive afirmava-se monarquista), no furacão dos novos ventos.

Assim, pode-se concluir que, a despeito de poucas resistências, como algumas críticas em Lessa e o classicismo de Aranha, São Paulo, ao longo da Primeira República, sobretudo a partir da primeira década do século XX, absorve o positivismo criminológico no âmbito do ensino do direito criminal, a partir de Pedro Lessa e Severino Prestes e consolidando-se com Candido da Motta.

Uma recepção, como já pontuado, que busca adaptar a cultura jurídica brasileira aos novos tempos cientificistas, mas que não deixa de carregar os resquícios de perspectivas vinculadas à tradição, como o Direito Natural reconfigurado pelo evolucionismo (Lessa), a reticência religiosa (Prestes) em questionar o livre-arbítrio e o maniqueísmo moralista, que recorre à purificação da alma, além da disciplina do corpo (Lessa e Motta). Sincretismos e contradições que marcam as continuidades e rupturas da construção da cultura jurídica criminal durante a Primeira República.

7. Referências bibliográficas

ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906.

COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). *Quaderni Fiorentini*, 2007. v. XXXVI.

DIAS, Rebeca Fernandes. *Criminologia no Brasil:* cultura jurídica criminal na primeira república. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LESSA, P. *Estudo de Philosophia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

LESSA, P. Há um direito natural? *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 2, 1894.

LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905.

LESSA, P. O direito no século XIX. *Revista Acadêmica da Faculdade de São Paulo,* v. 8, 1900.

LOSURDO, D. *Controstoria del liberalismo*. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005.

MACHADO NETO, A. L. *História das ideias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

MOTTA, C. A mão de obra penal. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 29, 1933.

MOTTA, C. *Classificação dos criminosos*. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897.

MOTTA, C. *Direito Penal*. São Paulo: texto datilografado, 1927.

MOTTA, C. Prostituição. Polícia de Costumes. Lenocídio. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. v. 5, 1897.

MOTTA, C. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. *Diário Oficial,* São Paulo, 1909.

PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal:* colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897.

REALE, M. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura. Comissão de Literatura, 1959.

RODRIGUES, R. N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894.

SEELAENDER, A. C. L. Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. In: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. *Diálogos Constitucionais:* Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, J. R. *A ordem e a fera: o fenômeno jurídico no pensamento de Clovis Bevilaqua*. 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

Pesquisas do editorial

Veja Também Doutrina

- As relações entre punição e estrutura social no Brasil: a prática de extermínio e o racismo como "modo de ser" do sistema penal – *RBCCrim* 139/247-276 (DTR\2017\7106);
- Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade – *RBCCrim* 130/203-235 (DTR\2017\659); e
- Notas sobre o neurodireito penal e a neurocriminologia – *RBCCrim* 132/17-37 (DTR\2017\1423).